



DERECHO VIVIDO, PODER Y VULNERABILIDAD

El curso de la Antropología jurídica

Ignasi Terradas Saborit

COL·LECCIÓ ANTROPOLOGIA MÈDICA

DIRECCIÓ

Angel Martínez (URV), Fernando Vidal (ICREA/URV)

CONSELL D'EDICIÓ

Elisa Alegre-Agís (URV), Deborah Bekele (URV), Lina Masana (URV/UB).

COMITÈ ASSESSOR

Xavier Allué (URV), Arachu Castro (Tulane University), Josep M. Comelles (URV), Martín Correa-Urquiza (URV), Coral Cuadrada (URV), Thomas Csordas (University of California San Diego), Alice Desclaux (Aix-en-Provence), Mari Luz Esteban Galarza (Universitat del País Basc), Jordi Farré (URV), Gerardo Fernández Juárez (Univeridad de Castilla la Mancha), Alejandro Goldberg (Universidad de Buenos Aires), Mabel Gracia (URV), Joan Guix Oliver (URV), Jesús Armando Haro Encinas (El Colegio de Sonora, Mèxic), Claudi Haxaire (Université Bretagne Occidentale), Janis Jenkins (University of California San Diego), Carl Kendall (Tulane University), Ester Jean Langdon (Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil), Maria Antònia Martorell (URV), Cecilia Minayo (Fundació Oswaldo Cruz, Brasil), Luis Montiel Llorente (Universidad Complutense de Madrid), Joan Muela (URV), Rosa Osorio Carranza (CIESAS, Mèxic), Inma Pastor (URV), Enrique Perdiguero (Universitat Miguel Hernández), Giovanni Pizza (Perugia), Oriol Romani (URV), Núria Romo Avilés (Universidad de Granada), Francine Saillant (Université Laval, Canadà), Pino Schirripa (Sapienza, Roma), Ekkehard Schroeder (AGEM+Redaktion Curare), Txema Uribe Oyarbide (Universidad Pública de Navarra), Fernando Villaamil Pérez (Universidad Complutense de Madrid), Joana Zaragoza (URV).

MEMBRES HONOR

Arthur Kleinman (Harvard), Lluís Mallart Guimerà (París X), Eduardo Menéndez (CIESAS, Mèxic), Sjaak van der Geest (Amsterdam)

MEMBRES D'HONOR "IN MEMORIAM"

Josep Canals, Susan DiGiacomo, Tullio Seppilli

**MA
RC**

MEDICAL
ANTHROPOLOGY
RESEARCH
CENTER

DERECHO VIVIDO, PODER Y VULNERABILIDAD
El curso de la Antropología jurídica

Ignasi Terradas Saborit



Tarragona, 2024

PUBLICACIONS DE LA UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Av. Catalunya, 35 - 43002 Tarragona

Tel. 977 558 474 · publicacions@urv.cat

www.publicacions.urv.cat



Colección Antropología Mèdica, 42

1.ª edición: marzo de 2024

ISBN (papel): 978-84-1365-140-8

ISBN (PDF): 978-84-1365-141-5

DOI: 10.17345/ 9788413651408

Depósito legal: T 202-2024



Cita el libro.



Consulta el libro en nuestra web.



Libro bajo una licencia Creative Commons BY-NC-SA.

Obra sometida al proceso de evaluación de calidad editorial por el sistema de revisión por pares según las normas de la colección Antropología Mèdica.

Publicacions de la Universitat Rovira i Virgili es miembro de la Unión de Editoriales Universitarias Españolas y de la Xarxa Vives, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

TABLA DE CONTENIDOS

DE RERUM LEGALIUM. Ceci n'est pas un prologue.....	9
<i>Josep M. Comelles</i>	
AGRADECIMIENTOS	21
INTRODUCCIÓN	23
ADVERTENCIAS	29
1. El inicio de una Antropología social y jurídica	31
2. Morgan después de Malinowski: el antagonismo entre sujetos individuales y colectivos de derechos.....	37
3. Las ficciones jurídicas, la equidad y la legislación: partiendo de Maine	43
4. Estatus y contrato: don y compraventa	53
5. El contrato y la desigualdad	63
6. La equidad frente a la fragilidad de la vida humana: Bachofen después de Heidegger y Benjamin	79
7. Romanticismo y positivismo	91
8. El lenguaje del derecho y el minimalismo en el trato humano	99
9. El derecho vivido: norma, emoción y sentimientos	109
10. Kelsen y la cuestión de la cerrazón normativa del Derecho.	171
11. Norma y proceso: Derecho y justicia.	179
12. La etnografía jurídica, la cuestión patriarcal y el drama social . . .	197
13. Los rasgos etnográficos del proceso: del normativismo al realismo. .	219
14. Las costumbres: antes de la ley y frente a la ley; con la ley y envolviendo la ley.....	233
15. Cuando la ley criminaliza la costumbre: Marx contra los excesos del interés capitalista.....	253

16. La metonimia del orden social: la verdad sobre el delito	277
17. Sociedades anómicas: costumbres y «costumbres»	283
18. El paradigma vindicatorio, el civil/penal y sus ordenamientos jurídicos	289
19. La ética de la reparación	321
20. Entre el sistema vindicatorio y el penal: las razones y alcances de la ruptura beccariana	327
21. La raíz vindicatoria (composicional) de la responsabilidad civil: la llamada a una responsabilidad universal	359
22. La responsabilidad, las élites y las masas	363
23. El pluralismo ético y jurídico o las dificultades de la justicia restaurativa o reparadora	381
24. Justicia común y justicia social.	411
25. Derechos contra el Derecho	427
26. Símbolos: intensidad y evanescencia	435
27. Poseer: poder, necesidad y derecho.	481
28. Orientaciones finales	547
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	555

*Para Marc, por unos deberes pendientes
y por la teorización de la dictadura del mercado.
Para cada persona que consta en los agradecimientos.*

Nuestras horas son minutos,
cuando esperamos saber,
y siglos cuando sabemos
lo que se puede aprender.

ANTONIO MACHADO
Proverbios y cantares (1909)

DE RERUM LEGALIUM
Ceci n'est pas un prologue...

Josep M. Comelles
Universitat Rovira i Virgili
Medical Anthropology Research Center

*Un soneto me manda hacer Violante
que en mi vida me he visto en tal aprieto.*

Quan arribes a la tardor de la teva vida professional, hi ha la temptació de fer balanç. El resultat sol ser sempre agredolç. En la (meva) vida acadèmica hi ha ombres i llums, i la consciència que potser saber és no saber gairebé res. Assumeixes, a mesura que es fan blancs els cabells, que l'única alternativa és la de seguir aprenent, malgrat que mai ho has deixat de fer. L'única diferència amb els temps de joventut és que, tal com li passà a Monsieur Jourdain, en aquesta etapa final ho pots verbalitzar sense el temor del que opini la gent.

Una de les coses que et toca fer són pròlegs. M'agrada molt el gènere. El més habitual és que siguin antics estudiants, doctorands o amics i amigues els qui et facin la petició. Però també, de tant en tant, truquen els qui consideres els teus mestres, persones que han estat un far en la teva vida acadèmica i també personal. Tremoles. Parlar dels teus mestres —també dels teus estudiants—, és parlar d'aprenentatge, d'amistat, d'emocions i, sobretot, de sentiments. Els mestres, en aquells moments crucials de la teva vida en què cerques sense trobar respostes per la teva ignorància, són els que amb una paraula, una recomanació i un suggeriment oral o amb una lectura posen llum a la foscor.

Ignasi Terradas em demana un pròleg i, com va escriure Lope de Vega, «en mi vida me he visto en tal aprieto». Terradas ha estat sempre per mi, un «homenot», Josep Pla *dixit*, pel qui tinc un enorme respecte intel·lectual. És un dels mestres que he dut sempre al cor des de fa mig segle.

Tota la meva obra acadèmica, absolutament tota, remet d'una manera o altra a aquell xicot extremadament jove que vaig conèixer el 1972. Fou un any que, vist amb perspectiva, va ser determinant per a la meva trajectòria personal i acadèmica posterior per la concatenació de molts, potser massa, vols de papallones. Fer un pròleg a una obra seva no és fàcil.

Ignasi Terradas és el més jove de la generació d'antropòlegs que ens vam conèixer al Centro de Etnología Peninsular del CSIC, al carrer de les Egipcíaques a Barcelona. Una generació sencera que, després del moment fundacional, vam tirar endavant un projecte d'institucionalització acadèmica de l'antropologia. Segurament molts vam contribuir-hi amb una sabata i una espadanya. En canvi, de Terradas, la meva generació n'admirava la seva ment privilegiada i la seva impressionant capacitat analítica. Jo entenia molt poc de tot allò que explicava i escrivia a la seva *Antropología del campesino catalán*, publicada el 1973, i que, com explicaré, va desenvolupar una dècada més tard. Els contactes posteriors amb ell van dur-me a seguir atentament la seva producció intel·lectual fins avui mateix. Ara em demana un pròleg d'un llibre el tema del qual no forma part de la meva expertesa, però que esdevé, de nou, una grandíssima oportunitat d'aprendre.

Aquest és un llibre extens d'antropologia jurídica, amb una organització interna que remet a la seva condició inicial de curs. Un cop obert a la pantalla el document digital, el llibre està aparentment allunyat de les temàtiques de salut, que és el meu camp d'expertesa, però una lectura del contingut obre un ventall enorme de punts de connexió amb aquestes darreres i és una invitació permanent per incorporar conceptes, teories i contextos interpretatius de problemàtiques relatives a la salut i la malaltia, no solament del present immediat, sinó des del moment fundacional de la *tekhne* mèdica a la Grècia clàssica i des dels inicis del procés de medicalització fins demà mateix. Pel al lector que ve de les ciències sociosanitàries és un punt a tenir molt en compte.

És clar que jo mateix n'he fet una lectura centrada en els punts de connexió més evidents. Però cal una presentació de l'autor, de la seva obra i d'algunes aportacions relatives a les temàtiques que més poden interessar a les diferents especialitats de l'antropologia i, és clar, també a l'antropologia mèdica, a les ciències sociosanitàries, en particular a la història de la medicina i la salut pública: com els conceptes de drets individuals i drets col·lectius, el dret viscut i els costums, la problemàtica dels llenguatges de les burocràcies, el pluralisme jurídic en un context de pluralisme assistencial (*medical pluralism*), el simbolisme i el ritual, i totes les problemàtiques

jurídiques sobre els cos humà que, des de l'emergència dels moviments socials de finals dels seixanta, són al centre dels debats ètics, culturals i polítics i que donen lloc a la vindicació d'una producció legislativa. Abordar en detall aquesta problemàtica convertiria la presentació en una ressenya assaig. Per això em limitaré a algunes de les temàtiques per animar els lectors del llibre a treure les conclusions que es deriven de l'enorme feina d'erudició que hi ha darrere.

catorce versos dicen que es soneto;
burla burlando van los tres delante.

Quan algú opti per fer una història no presentista de l'antropologia social i cultural a Catalunya, toparà amb la posició singular de l'obra d'Ignasi Terradas. Dic Catalunya perquè, fora del Principat i dins l'antropologia espanyola, ha estat relativament desconegut, en part perquè ha escrit bona part de la seva obra més cabdal en català, en part perquè té una trajectòria acadèmica entre l'antropologia històrica, la història de la ciència com a *Mal natural, mal social* o de l'antropologia, com és el cas de *Requiem Toda*. La seva evolució cap a la l'antropologia jurídica a casa nostra, de la qual ha estat el fundador però a causa del seu grau d'especialització, ha quedat al marge de les temàtiques hegemòniques de l'antropologia que avui es fa al país.

Aquest llibre fou fruit d'un curs telemàtic d'antropologia jurídica durant la pandèmia, ja al llindar de la seva jubilació. Aquest darrer fet explica també l'esforç que fa per estructurar i sintetitzar dècades d'estudi i reflexió, i aclarir-ho amb l'ús sistemàtic d'exemples etnogràfics coetanis amb els quals estudiants, auditors o lectors puguin estar més familiaritzats. La recerca acadèmica és, aparentment, una feina de despatx, d'arxiu, de sala d'hospital o de camp. S'oblida que per molts de nosaltres impartir una classe és aprofitar l'ocasió per pensar, per imaginar. La classe magistral té molt de monòleg en un teatre a la italiana, però les transaccions que es produeixen amb els estudiants, la «química», la tria espontània dels exemples etnogràfics i la interpretació feta *à poil* acaben sent la font d'obres posteriors. Com en aquest cas, recuperada l'oralitat, mitjançant els enregistraments i corregida en la revisió de la transcripció. Però el mèrit és mantenir discretament els elements d'oralitat del text dramàtic en transcriure'l. La literatura dramàtica o els monòlegs també són transcripcions de l'oralitat que els directors d'escena, o els autors o els espectadors hauran d'interpretar. No tinc cap dubte que un cop transformada l'oralitat en text el seu

significat es transforma. En l'oralitat hom cerca que l'auditor, l'estudiant en aquest cas, capturi un conjunt, no un detall, per enlluernar-lo. Si no és així no hi ha «química» i en som conscients en acabar... Per això calen exemples per fer la llum. L'etnografia és una forma de representar la vida i els exemples la duen a l'aulari.

Un cop publicat, a banda dels especialistes en antropologia jurídica i dels estudiants que s'interessin pel tema, aquest llibre serà llegit sobretot pels juristes des d'una perspectiva transdisciplinària, en la mesura que introdueix un conjunt de conceptes, de fonts i de temàtiques de debats acadèmics que no sé si són els més habituals en aquell món. No pot ser d'una altra manera. El nostre amic comú, Louis Assier-Andrieu, considera que l'antropologia jurídica ha d'estar incrustada en els debats dels juristes, malgrat que als antropòlegs els sembli una cosa llunyana. Ignasi Terradas ho fa molt explícit en moltes parts del llibre i he revisat ressenyes de la seva obra en revistes jurídiques per confirmar-ho. No és cap drama per a l'antropologia com a disciplina, és una font d'enriquiment. Les nostres aportacions acadèmiques no han d'estar tancades dins una concepció actual de l'antropologia que té poc a veure amb la que els «pares fundadors» van desenvolupar abans de la II Guerra Mundial. Això es va produir a la dècada dels cinquanta, per la necessitat de fer valer el que els nostres companys italians denominen els «usos socials» de l'antropologia.

La interlocució entre l'antropologia i el dret en aquest llibre, i també la de la medicina amb el dret, no són un fet nou. Penseu en les desenes de juristes que van ser referents en la fundació de la disciplina entre els segles XVIII i XIX, molt presents en aquest llibre. Penseu en els centenars de metges que compartien amb ells la condició de socis de les societats d'etnologia i antropologia. No fou una casualitat: clergues, especialment missioners, juristes i metges, des del Renaixement ençà estaven familiaritzats, segurament intuïtivament o a partir dels referents clàssics, amb la mirada etnogràfica i amb un tipus específic de gènere narratiu etnogràfic. Tots pertanyen a professions aplicades. També les missions, ja que la «ciència missional fou una apologetica basada en l'etnografia», segons el jesuïta Sugranyes de Franch. Podem parafrasejar una idea semblant per a la ciència jurídica i la medicina.

Per als recents lectors d'Antonio Gramsci convé assenyalar que, segurament, Ignasi Terradas fou a Catalunya el primer antropòleg de la nostra generació que va llegir-lo i en va rebre influències. Gramsci, en els seus escrits lluminosos sobre el paper dels intel·lectuals, destina un parell de

paràgrafs al clergat i als metges com les dues professions paradigmàtiques del que definí com intel·lectuals orgànics. Hom pot pensar que la seva referència al clergat només remet als religiosos; erren, remet a la faceta jurídica que tant la religió com la medicina han tingut. Totes dues professions treballen sobre diagnòstics, jutgen sobre dades per distingir unes febres, unes supersticions, la possessió diabòlica o la bogeria. La relació dels clergues amb el dret i les professions jurídiques és omnipresent des de l'edat mitjana i a l'*Early modernity* perquè tenen una vocació aplicada, normativitzadora sobre les conductes. Tant Louis Assier- Andrieu com Ignasi Terradas dialoguen inevitablement amb les arrels del dret romà, amb els codis medievals o les formes de justícia en escrits etnogràfics del passat per poder entendre, en el cas del primer, les diferències entre la *common law* i els drets continentals i, en el cas del segon, la importància de la diversitat de les formes jurídiques *urbi et orbi*, per comprendre i interpretar correctament les arrels i les característiques del dret. Terradas ho fa amb una erudició enorme del registre etnogràfic generat des del Renaixement sobre els altres pobles que els europeus.

Yo pensé que no hallara consonante,
y estoy a la mitad de otro cuarteto;

Ignasi Terradas va marxar a Manchester a la segona meitat dels setanta. El seu objecte d'estudi eren les colònies industrials del Llobregat, un dels eixos del desenvolupament del capitalisme a casa nostra. Volia comparar les colònies britàniques com New Lanarck, situada entre Edimburg i Glasgow que ara visiten els turistes, per fer comparances entre el model britànic i el català, que ara també poden visitar els turistes. Manchester era aleshores el cap i casal de l'antropologia política internacional i recollia més de dues dècades d'estudis sobre les pràctiques de micropolítica —les *local-level politics*. A Manchester va llegir Marx i Gramsci en els temps que Ronnie Frankenberg encara no iniciava el trànsit que el duria a ser l'introduïdor de l'obra del sard al món de l'antropologia mèdica anglosaxona.

Els seus escrits, en particular *Les colònies industrials*, em van fer obrir els ulls i van marcar profundament la meua trajectòria posterior a partir de les preguntes de recerca que n'eixien. Per què el capitalisme industrial a Catalunya privatitzava les competències assistencials de l'estat, obrint escoles, esglésies, serveis mèdics i economats a aquestes colònies unides a la metròpoli catalana pel *Tranvía y Ferrocarril económico de Manresa a Berga*? Explicava com el capitalisme a Catalunya i la seva burgesia no eren

un tot monolític sinó que hi havia una complexitat d'interessos notable. El conservadorisme d'un sector d'aquesta burgesia treia les fàbriques de Barcelona i les instal·lava a l'antiga Catalunya carlina per tenir una mà d'obra dòcil, i els distingia en part dels interessos del capitalisme financer dels rendistes locals. Parlà de l'ordre i el desordre conservadors a la ruralia catalana en una sèrie d'aportacions importantíssimes a la microhistòria del país. En la seva obra queda molt clar que la religió i els religiosos eren els mediadors indispensables en molts processos socials, ja que l'Església va saber adaptar-se al capitalisme i al liberalisme i per això, entre d'altres accions, va desenvolupar ordes terciaris amb vocació assistencial o va importar els que tenien una vocació educacional.

La seva doble identitat d'antropòleg i d'historiador es pot trobar a *El món històric de les masies* o al *Cavaller de Vidrà*. Descriu el món d'una *gentry* rural, benestant immersa en una teranyina financera basada en l'emfiteusi, els censals i els lloguers del seu patrimoni immoble i que compartien amb els beneficiats d'un clergat sovint cabalers i fadristerns d'aquestes mateixes famílies. Un món del qual fou dels primers a revelar-ne les claus econòmiques, i que va permetre explorar als investigadors posteriors la lògica cultural de les donacions i testaments destinats a finançar les institucions d'acollida que controlaven a partir dels càrrecs com a administradors civils o eclesiàstics. Patrimonis d'uns establiments que tenien com a objectiu principal atendre la vulnerabilitat social i la malaltia dels ciutadans de tots els estaments socials, però que es finançaven com la *gentry* rendista urbana i rural, mitjançant els censos i l'emfiteusi oferts a amplis sectors de les classes populars, als municipis i a la Generalitat.

La seva obra es beneficiava de les enormes possibilitats que havien obert les *local-level politics* en què es va formar. Les masies i les colònies, la *gentry* rural, donen lloc a relats etnogràfics a partir de l'ús de les eines teòriques i metodològiques de l'antropologia, amb una riquesa d'opcions interpretatives que desborden els límits del neopositivisme. Destaca ell mateix, en aquest llibre, la trilogia entre marxisme, positivisme i escoles fenomenològiques perquè la combinació és la que permet interpretar unes fonts que desborden els límits de l'escriptura administrativa o interpretar les seves ombres i el seus silencis. En la seva etapa de professor d'Història Contemporània a la Universitat de Barcelona, fou el referent més important del desenvolupament de l'antropologia històrica al país.

más si me veo en el primer terceto,
no hay cosa en los cuartetos que me espante.

Calia explicar això per compartir-vos la meua dèria per entendre l'evolució d'Ignasi Terradas cap a l'antropologia jurídica. Però permeteu-me introduir primer una obra excepcional, molt desconeguda: *Eliza Kendall. Reflexiones sobre una antibiografía*, publicada el 1992, quan tot just havia tornat al Departament d'Antropologia de la Universitat de Barcelona. Deixo que valorin els lectors com presenta ell mateix aquesta obra en aquest llibre i el significat i la interpretació que li atribueix. Però vull posar en relleu alguna cosa. En la meua faceta d'historiador i d'antropòleg mèdic m'he fet un tip d'explicar com una anècdota aparentment banal pot permetre «comprendre» un món sencer. Els historiadors positivistes, i no diguem els sanitaris, arrufen el nas i et miren amb cara escèptica. Els antropòlegs sovint també. Els que ens hem fet un tip de remenar documentació d'arxiu sabem perfectament que una cosa és l'etnografia de l'antropologia professional o dels folkloristes i una altra són els escrits etnogràfics, o si voleu amb valor etnogràfic, presents en tota mena de documents, en la iconografia, en fonts audiovisuals i ara a internet. Són infinites, una nota a peu de pàgina com la que dona lloc a Eliza Kendall, un capítol de novel·la o en una seqüència d'una recent sèrie d'espies, entre infinitat d'altres... Ignasi Terradas ens va ensenyar que la nota sobre Eliza Kendall ens obria el seu món, el món dels que *no tienen quien les escriba* perquè a priori no són ningú. És ben cert que la historiografia de les classes populars i de les economies marginals del capitalisme té un gran desenvolupament des d'aleshores, seguint de fet, amb no poca distància temporal, el paper de reconstrucció de les poblacions marginals que feien els etnògrafs des de la nit del temps —permeteu-me la llicència—, els folkloristes i els antropòlegs des de la Il·lustració. El problema no és només fer una arqueologia sinó situar els casos com a exemples d'un desenvolupament de l'economia política que explica les pràctiques que els han conduït a ser una nota en un peu de pàgina d'un escriptor revolucionari. A Terradas li serveix per mostrar com el drama d'Eliza Kendall és el producte directe dels efectes del nou capitalisme i de la gènesi de noves formes de marginalitat econòmica. Kendall podria ser també la venedora de llumins d'Andersen, que mor perquè tampoc té lloc en la nova economia. El conte volia moure les consciències sense fer referència —o si— a l'economia política de les nafres del capitalisme, de la mateixa manera que Dickens va retratar visualment la tragèdia de la classe obrera i marginal britànica. Dickens o Andersen representen etnogràficament una realitat, volen promoure la

consciència social des del conte, el realisme o el naturalisme etnogràfics. Però la mateixa consciència de les nafres del capitalisme es pot trobar el debat sobre la beneficència liberal del segle XIX. També, en la vindicació de les assegurances de malaltia duta a terme per les societats de socors mutus que emergeixen dels moviments socials. Acabarien donant lloc al model bismarckià d'assegurança de malaltia i, ja al nostre segle, als models Beveridge, que la van promoure com una obligació universal, com la resposta al dret fonamental a la salut, perquè permet, malauradament no sempre, combinar la igualtat amb l'equitat.

Por el primer terceto voy entrando,

Louis Assier-Andrieu ha tingut sempre molt clares les relacions entre la medicina i el dret. Terradas també, però de manera potser menys explícita. La lectura d'aquest llibre, que cal fer des de l'antropologia i la sociologia mèdiques o des de l'economia i el dret relatiu a la salut, serveix per posar en relleu que els debats teòrics i les aportacions pràctiques de l'antropologia jurídica impliquen directament el sector salut de la nostra societat.

Cal destacar les pàgines dedicades al paper de «tenir cura» (care, cuidado) com un problema central en la reproducció dels grups humans. Des de l'obra d'Eduardo Menéndez som molt més curiosos a l'hora d'entendre el paper de la combinació entre care i cure i en el fet que les decisions respecte a l'una i l'altra en totes les societats humanes es fonamenten, d'una banda, en processos de diagnòstic de base naturalista però també culturalment pautades —els «científics», també...—, i de l'altra, en obligacions normativitzades, el que jo mateix he considerat com el dret a l'assistibilitat, que en llenguatge jurídic d'occident, hereu del dret romà, correspondria a la responsabilitat de la tutela o la de l'acollida. Insisteix Ignasi Terradas que això remet a un principi d'equitat i duu a la responsabilitat cap als més vulnerables i a les minories.

Les possibilitats interpretatives són enormes. La distinció que tindria més transcendència jurídica i que ja es feu a l'alta edat mitjana a Bizanci fou la de diferenciar entre la pobresa econòmica i la pobresa social, indispensable per entendre les bases jurídiques de les fundacions assistencials medievals —islàmiques o cristianes— que arriben fins avui dia. És la distinció entre el «pobre de solemnitat» i el «pobre vergonyant», entre el rodamon i el membre vulnerable de la comunitat. El grand renferment foucaultí volia segregar els primers i ignorà els segons a partir d'una

mirada seva esbiaixada per l'absolutisme. En canvi, la tutela institucional regida pel dret dels pobres vergonyants que podem documentar localment a bona part d'Europa, no deixa de ser una forma de justícia restaurativa perquè té com a objectiu principal disposar d'un mecanisme de seguretat col·lectiva actiu al qual tothom pot demanar l'aixopluc i, a la vegada, garanteix la protecció a les generacions futures.

L'objectiu de les fundacions assistencials bizantines i de les posteriors a l'Occident llatí es fonamenta en el concepte de persona jurídica del dret romà, una eina jurídica que garanteix la seguretat a llarg termini de la voluntat d'uns donadors que ja han mort. Malgrat que les fundacions assistencials poden ser interpretades en termes de redistribució, com una espècie d'impost voluntari de successions també, en determinades ocasions esdevé una forma d'imposició reglada com la que va desenvolupar-se a la Tarragona del segle xv per finançar el nou hospital. Si la tradició responia a l'obligació moral de la caritat —o de la filantropia—, aplicada als estaments benestants, l'ús social dels dispositius assistencials visibilitza un aparell de seguretat quotidiana basat en el dret que en possibilita l'accés, no sotmès a l'arbitrarietat de les creences en intervencions miraculoses de caire diví.

y parece que entré con pie derecho,
pues fin con este verso le voy dando.

El desenvolupament del dret social medieval que empara les pràctiques entorn de les institucions des de l'edat mitjana fou el fruit d'una revolució jurídica i cultural. Crec que cal comprendre'l com el fruit de l'escepticisme aristotèlic de l'escolàstica medieval, que diferencia la teologia de la filosofia natural. Si hi ha un *artifex factibus sanitatis*, hi ha també un *artifex factibus iuris* amb l'*auctoritas* necessària per construir un marc jurídic que garanteixi la continuïtat i la seguretat de les donacions fundacionals, que pugui ser embodied pel comú i permeti a les generacions futures vetllar perquè els administradors compleixin els objectius expressats pels donadors. Permet també incorporar al dispositiu de seguretat el racionalisme jurídic i normatiu associat a les regulacions de la pestilència o als regiments de la cosa pública.

No hi ha dubte que el que està en joc és que les classes dirigents es vegin compel·lides a donar una part dels béns adquirits en vida per assegurar, pels segles dels segles, unes institucions destinades que ningú pugui quedar fora del regiment de la cosa pública. Forma part del capital simbò-

lic —i dels interessos materials— de determinades famílies de les *gentry* urbanes en el qual fou essencial la mediació del clergat per incidir en la voluntat dels seus membres i traduir-la en deixes o testaments. Malgrat que Eiximenis afirmés que els pobres els posa Déu per moure la munificència dels rics, en la pràctica els clergues movien les voluntats, i els jutges i els notaris eren els *artifex factibus iuris* que hi donaven forma legal. Louis Assier-Andrieu explica la seva persistència pel paper que té, en aquest processos, que queden al marge del dret penal, una jurisprudència basada en una dialèctica permanent entre el present i el passat —l'*autorité du passé*—, que permet desenvolupar una metodologia dialèctica entre els uns i els altres que s'adapti als canvis històrics. Al cap i a la fi, l'estat del benestar no és sinó la transposició a gran escala del mateix principi que va conduir a regular els processos assistencials a les ciutats europees medievals. Si es deia filantropia, caritat o beneficència i es basava en aquest món jurat que descriu el llibre, ara es formalitza com un Dret amb majúscula que ja no té a veure amb Déu.

Ya estoy en el segundo

El «dret viscut» és àmpliament desenvolupat al llarg del llibre i és molt important en el camp de la salut. Per tant, no és una entelèquia teòrica, i per això l'autor proposa una amplíssima col·lecció d'exemples de base etnogràfica de casos més o menys individuals, en la línia, si voleu, del que va fer Foucault a *Pierre Rivière*. El propòsit és semblant, Pierre Rivière era el fruit d'un seminari i aquest llibre també ho és.

Els exemples a l'aulari són sempre contes moraux, que diria Eric Rohmer. Moraux remetia a etnografia pel cantó dels costums. Són contes destinats que el auditor visqui l'escena. També a Les mil i una nits els contes que fan referència al califa Harun ar-Raixid, el descriuen vestit de pobre per poder veure de primera mà com els pobres vivien a Bagdad i així fer justícia. Els exemples triats en el llibre són nombrosos i de fonts diverses. Destaquen una colla de controvèrsies jurídiques recents, tractades com a exemples etnogràfics, que als auditors del curs els havien de ser familiars. D'una banda, els relatius a la judicialització de la política espanyola; de l'altra, els relatius a les controvèrsies jurídiques que està plantejant el desenvolupament de la tecnologia diagnòstica i terapèutica en medicina i, a la vegada en l'actual fase del procés de medicalització, les qüestions relatives al cos i al gènere.

Temàtiques com la legislació de l'avortament, dels trasplantaments, la regulació de les cures pal·liatives i de l'eutanàsia, de la violència de gènere, de les identitats de gènere i la transició des d'una consideració exclusivament forense de l'alienació mental a les problemàtiques de la salut mental derivades de la necessitat de respectar els drets fonamentals de les persones etiquetades com a malalts mentals greus, entre d'altres. Però també als drets de qualsevol pacient. Bona part dels debats en el sector sanitari giren actualment sobre la vindicació dels drets dels «clients» o «usuaris» —remarqueu-ne la terminologia mercantilista— com a agents actius i no passius dels dictàmens mèdics. L'etnografia sobre aquestes temàtiques posa en relleu com l'experiència dels pacients i de les seves xarxes socials crea espais de debat sense que el sistema sigui capaç d'entomar-ho perquè els criteris de participació que s'invoquen són artificials i indiferents a les dimensions emocionals i subjectives dels casos.

Però també es pot documentar etnogràficament el contrari. Després de la fundació del *Seguro Obligatorio de Enfermedad* (SOE) franquista, el 1944, l'acció política més important i més populista del règim posava a l'abast l'atenció mèdica gratuïta, els metges descrivien etnogràficament la figura del paesopaguista, un beneficiari amb la cartilla a la mà que per primera vegada a la seva vida podia accedir al metge i volia ser atès amb igualtat. L'havien obligat a pagar una quota i això li donava el «dret» de ser recompensat amb una visita i, també, amb una recepta gratuïta. Els metges ho veien com un escàndol. La situació generava confrontacions en la mesura que els metges vivien la seva funció social i els seus drets professionals a partir d'uns criteris simbòlics i rituals que els paesopaguistas posaven en qüestió. Tres generacions després podem descriure etnogràficament les mateixes vivències.

Una part molt substancial de la darrera part del llibre remet al simbolisme i al ritual. Tant en medicina com en dret són crucials. Les professions aplicades assistencials —l'assistència de l'advocat d'ofici també en seria un exemple— tendeixen a construir ideal types a la manera weberiana emparats per categories jurídiques —són auctoritas i sovint autoridades. Això es tradueix en aparells rituals i simbòlics en què el llenguatge ocupa una part substancial. En una obra cèlebre el filòleg Kemplerer va parlar del valor polític i simbòlic de la llengua del III Reich. Si ho apliquem als llenguatges professionals, de nou a la medicina i al dret, obtindrem les mateixes conclusions. Els llenguatges donen lloc a «identificacions», però també aquestes identificacions són la clau d'unes «identitats» que perme-

ten als membres de la corporació imposar el seu poder. Formen part, pel seu valor identitari, de les seves resistències numantines per defensar-les i mantenir unes prerrogatives associades a rituals de tota mena.

y aun sospecho
que voy los trece versos acabando;

En un pròleg la idea és presentar, avalar i recomanar un llibre. Suporto que això que he escrit desborda de lluny els límits d'un pròleg. En aquest punt no sé si és un pròleg. M'era impossible no escriure'l en català. No em sortia. Tampoc podia fer un pròleg convencional d'un parell de pàgines.

Als qui ens dediquem a l'antropologia mèdica, els recomanaria una lectura del conjunt però una de molt atenta d'algunes parts. He manifestat des de fa dècades que treballar en aquest camp exigeix sempre una aproximació històrica. És ineludible perquè el nostre dispositiu sanitari s'inscriu permanentment en l'economia política i està emmarcat jurídicament amb la diversitat de significats que Terradas proposa sobre el dret. És el producte de la concatenació de processos polítics, ideològics i culturals, el que anomenen «procés de medicalització». El relat orgànic procedeix dels metges i de la medicina, el resultat final és un procés de canvi polític i cultural que ha portat a considerar la salut un dret fonamental i universal. El canvi ha calgut traduir-lo sempre en termes jurídics. Aquest llibre ens ofereix un marc incomparable, amplíssim, per poder treballar de forma interdisciplinària la major part de problemàtiques que estan presents en la gestió actual del dispositiu sanitari arreu del món, no solament les regulacions que són avui infinites, sinó les formes com la ciutadania i els pobles viuen en les situacions de crisi els obstacles o les dificultats per accedir als recursos, les manques d'equitat, les desigualtats. Al final de la vida, però, el dret que la persona que l'atengui et parli amb la teva llengua i respecti la teva identitat cultural.

contad si son catorce, y está hecho¹.

1 Lope de Vega, «Soneto de repente», a *La niña de plata* (1617).

AGRADECIMIENTOS

Debo las transcripciones de las clases que me han servido de referencia a un grupo de amigos y antiguos estudiantes. Agradezco su generosa y diligente colaboración a Lidia Montesinos, José María Ortuño, Marta Martín, Juan Endara, Miguel Doñate, Joaquim Palomar, Santiago de Llobet, Pilar Rodríguez, Roser Capdevila, Ignacio Iturralde, Gemma Celigueta, Laura Villaplana, Agustín d'Onia, Silvia Mateo, Montserrat Garriga, Helena Fabré, Oscar Mercadé, Jordi Alsina, Edurne Bagué, Mireia Campanera, Pablo Romero, Eliseu Carbonell y Andrea Segarra. Silvia Bofill y Raúl Márquez, además de hacer ese trabajo, se han ocupado de coordinar el envío de mensajes y la recepción de las transcripciones, ordenando distintos plazos de entrega.

Todos los que han hecho las transcripciones han sido también mis interlocutores en diversas ocasiones: en conversaciones personales, en encuentros informales, en clases y seminarios, dirigiendo sus trabajos y compartiendo investigaciones, simposios y publicaciones. Muchas de las ideas que expongo han pasado por esas interacciones. Las considero importantes para la consecución del contenido definitivo. Además, diversas partes de este manuscrito deben sus fuentes y comentarios a Paolo Di Lucia, Louis Assier-Andrieu, Mari Luz Esteban, Riccardo Mazzola, Edoardo Fittipaldi, Lorenzo Passerini Glazel, Ramón P. Rodríguez Montero, Giuseppe Lorini, Elena Mamoulaki, Aris Tsantirooulos, Rafael Ramis, Tomás de Montagut, Rafael Gimeno-Bayón Cobos, Santiago González-Varas, Joan Frigolé, Marco Aparicio, Antonio Madrid, Júlia Petit, Julio Zino y Norbert Bilbeny.

INTRODUCCIÓN

He tratado de abordar la Antropología jurídica en su curso, en su fluir, en cómo ha descubierto determinadas problemáticas, en cómo las sigue descubriendo y en cómo va descubriendo las nuevas, o aparentemente nuevas. En este sentido, destaco la atención de la Antropología jurídica hacia las exigencias o vindicaciones sociales provocadas por la vulnerabilidad de la vida humana y frente a las luchas por el poder.

La idea inicial de este libro partió de un curso de Antropología jurídica que fue grabado en casi todas sus lecciones, porque lo impartí telemáticamente durante la pandemia del covid. Luego, pedí ayuda a un grupo de antiguos estudiantes y amigos para transcribir los audios: estos han servido de base y guion para algunos de los temas. A medida que he ido redactando, he ido añadiendo, desarrollando y también podando lo que me venía transcrito: de este modo, el curso impartido en un año académico se ha transformado en otra cosa, en el transcurso más general que toma una tradición de conocimiento. Así que, desde una perspectiva relativamente dinámica, con sus límites y cuestiones abiertas, constato el fluir de una corriente, de una tradición que no cesa en sus indagaciones y replanteamientos. Tomando hasta cierto punto la metáfora del río, he tratado de presentar la disciplina desde un curso «medio»: desde donde todavía se nota la pureza y el frescor de las fuentes que le han dado origen, con el ímpetu de la corriente cercana a unas cumbres inaccesibles, enriquecida ya con algunos vigorosos afluentes, lejos todavía de su cauce inferior, donde si bien se mostrará con más anchura, apenas se le notará la fuerza de su corriente, y donde ya no se ve tan límpido.

Lo básico de la Antropología jurídica corresponde a un valor de conocimiento y a un fondo ético: estudia cualquier sistema jurídico, cualquier agregado de normas y procederes, más o menos reglados, que sirven a mucha gente para obtener lo que fácilmente se traduce por justicia, o por un término no muy alejado del mismo significado y que merece igual consideración. La primera «originalidad» de la perspectiva antropológica es su prevención contra determinadas impresiones y prejuicios de tipo etnocéntrico. Así, la burocratización, el formalismo sofisticado, el poder de

coacción o el éxito político no hacen a un Derecho superior a otros. Hay que indagar en los criterios y actividades que lo hacen válido, eficaz, para una supuesta mayoría social y a la vez hay que entender las excepciones. Hay que conocer sus raíces, su razón de ser y de perdurar, así como sus límites críticos. Es por ello que al presentar el curso de la Antropología jurídica expongo los problemas humanos que lo constituyen, con independencia de la pertenencia académica de sus autores. No sigo de modo restringido a una especialidad institucionalizada, sino a un conjunto de problemáticas abordadas con bastantes aportes excéntricos al saber del campo académico.

El ámbito de la Antropología jurídica recoge una tradición que no cesa de enfrentarse a problemas de la condición humana universal en circunstancias locales. La Antropología jurídica estudia cómo la vida humana se ordena y desordena con el derecho, se orienta con una idea más o menos vaga de justicia y se reconoce en un orden social. Lo efectúa partiendo de reconocimientos específicos de responsabilidades, obligaciones y posesiones de derechos, a partir de responder de las propias acciones y actitudes ante los demás. La Antropología jurídica observa las continuidades entre lo explícitamente normativo y lo estipulado en acuerdos particulares, entre las costumbres normativas y las expectativas (con sus circunstancias) de su cumplimiento o desuso. Estudia la realidad de las fusiones entre normas morales y jurídicas, las primeras con unas sanciones sociales simbólicas o indirectas y las segundas con unas sanciones que afectan directamente a las personas físicas o a sus derechos.

La Antropología jurídica tiene muy en cuenta el tiempo subjetivo e intersubjetivo, de personas y de grupos sociales, frente a un Derecho¹ que trata de parar el tiempo, y que también lo hace retroceder y avanzar a su manera. Los procesos judiciales se paran en un conflicto, lo limitan con sus reglas procesales y con más normas que lo circundan (constituciones y leyes especiales que pueden afectarlo). Las sentencias —y más en sociedades como la nuestra— a pesar de que pueden llegar muy rezagadas respecto a los hechos, programan el futuro. A menudo, el tiempo penal o el de la resolución civil, solo por el tiempo transcurrido, se asemeja al de los «platos fríos» de las venganzas. La emoción o impresión psicológica y mo-

1 En mayúsculas cuando se trata del derecho instituido en el Estado, con el paradigma positivista como su ciencia inspiradora y con una jurisprudencia como resultado de las acciones de justicia y de la interpretación dogmática.

ral de la resolución judicial viene creada en gran medida por ese tiempo de espera e inseguridad. Un tiempo que afecta la vida, pero que formalmente el Derecho no lo contempla si no ultrapasa cierto límite.

La vida siempre acaba envolviendo al Derecho. Depende de la vida que siga vigente o que sea derogado. Los hechos lo «delatan». Hay factores que el Derecho no puede controlar y que hacen que un texto legal pueda interpretarse según la literalidad normativa o según sobreentendidos simbólicos, porque hay leyes que afectan directamente a la vida de las personas y otras que lo hacen indirectamente, pero no por ello con menos eficacia. Así, una ley puede tener una gran fuerza disuasoria en lo simbólico, en lo que connota o difunde subrepticamente, más que en lo que manifiesta explícitamente. Y al revés: por ejemplo, las declaraciones, promulgaciones, adhesiones y convenios sobre derechos humanos tienen escasa firmeza legal ante legislaciones más específicas, de aplicación jurídica (y especialmente judicial) más directa. Pero ello no quita que posean un gran valor simbólico, y que se recurra incesantemente a la apreciación de ese valor para su real aplicación. También hay leyes específicas que pueden contener algunas vaguedades en su literalidad, pero que resultan muy válidas en su acción simbólica. Estos avatares se explican por el régimen o clima político en que se vive y por la cultura jurídica de la población y de los dirigentes de la misma. La vida del Derecho queda en manos de las relaciones y vicisitudes del poder en cada ámbito social (familia, empresa, instituciones...) y de los convencionalismos morales o religiosos, así como de la cultura jurídica que posee una población en general. Hablaremos de estas cuestiones al tratar el derecho simbólico, el derecho vivido y las normativas *jurales*, temas característicos de la Antropología jurídica.

Históricamente, la Antropología jurídica nace de un ambicioso programa —que se da a mediados del siglo XIX— de derecho comparado universal, en el que confluyen cuestiones jurídicas con el estudio de fenómenos simbólicos y pragmáticos de la vida social. Para entonces coinciden, en gran parte, lo que se va a desarrollar como Antropología social con lo que ya es la historia del Derecho antiguo. Pronto, todavía en el siglo XIX, sus planteamientos vendrán refrendados, reformulados o rebatidos por sucesivas etnografías jurídicas en civilizaciones primitivas.²

² Voy a mantener el término *primitivo* a falta de otro mejor para saber de qué tipo de sociedades estamos hablando. Con todo, el uso peyorativo del término ha ido cediendo al valor

De tal modo, que para la segunda mitad del siglo xx ya encontraremos una disciplina en pleno desarrollo que es a la vez Antropología social y jurídica.

Cuando la Antropología jurídica ya dispone de una base etnográfica de carácter universal, podemos definirla como el estudio de las variadas formas con que la humanidad reconoce y atribuye responsabilidades, derechos y deberes, pactos y obligaciones, y al mismo tiempo reconoce también y trata de resolver conflictos.

La perspectiva que tratamos de ofrecer aquí sobre la Antropología jurídica se fija en su dinámica histórica, que no es la de un progreso positivo unilineal, como se suele caracterizar en la Historia del Derecho, con su enfoque positivista. La perspectiva antropológico-jurídica ofrece más bien una historia de vaivenes o fluctuaciones, de cuestiones mal resueltas o siempre pendientes y también de constantes universales en torno a los fundamentos de la justicia y los derechos. No es la historia de progresivos desarrollos de Estados de Derecho, de derechos compartidos progresivamente por comunidades internacionales. Es también esta historia, pero muy modificada por los relatos etnográficos sobre cómo afecta y cómo se vive realmente el derecho en distintas sociedades.

Un determinado concepto de *derecho vivido* informa el enfoque de la Antropología jurídica. No es el derecho vivo en la costumbre frente

histórico, estético y también ético de lo «primitivo», en el sentido de una civilización alternativa, de otra forma de organizar la sociedad y crear la cultura. Ni la tradición etnológica ni la de la Antropología social y cultural han conseguido hallar un término más unívoco para nombrar esas sociedades. A veces se han utilizado calificaciones carenciales como «ágrafas» o «sin Estado», idealistas como «pueblos naturales», o históricamente confusas como «pueblos indígenas, autóctonos, aborígenes...». Estas calificaciones tampoco se libran de evocar un evolucionismo unilineal de progreso hacia la «civilización» (con la escritura o el Estado). En este libro retengo el término *civilización primitiva*, primero para saber de qué estamos hablando y para intentar hablar de ello de acuerdo con cierta tradición etnográfica que califica las sociedades primitivas como civilizaciones (cf. W. Lloyd Warner en *A Black Civilization. A Social Study of an Australian Tribe*, Nueva York: Harper, 1937). Obviamente descarto la noción de primitivo como poco desarrollado o poco sujeto a cambios históricos. Retengo el concepto en su significado más bien fenomenológico: lo que se tiene por fundamental o que se da con más naturalidad que otras cosas. Así, la concepción primitiva de persona es la que reúne con más naturalidad los aspectos físicos, morales, jurídicos y religiosos de la misma, sin que esta indiferenciación cause problemas. Y cuando en nuestra sociedad se pide la reunificación existencial de dichos aspectos, la fenomenología primitiva de la persona en sociedad devuelve valor al término. Así lo indica Eugène Minkowski en *Vers une Cosmologie*, París: Aubier-Montaigne (1936).

al legislado por un Estado (que también), tampoco es el derecho vivo por la vigencia de una norma. Más bien se trata de cómo se vive el derecho, de cómo afecta a la vida de las personas de un modo holístico y cotidiano, de cómo interactúa con todas las facetas de la vida y de cómo adquiere sentido a través de intereses y valores; de cómo, a pesar de la perspectiva hegemónica positivista, aparece incrustado con la moral, con la economía, con la religión, con la política, incluso con elementos estéticos. En nuestra sociedad también ocurre, más de lo que se piensa habitualmente: más allá de lo que se enseña como Derecho positivo. Aún más: porque a menudo el dogma de la independencia de lo jurídico deja a este ámbito con menos defensa frente a las interferencias de los otros: por no ser consciente —o no querer serlo— de esas influencias o confluencias.

A veces se entiende que la Antropología jurídica consiste únicamente en aplicar un método etnográfico al Derecho. Sin duda esto es algo útil, algo que puede hacer un jurista, un criminólogo o un periodista bien informado sobre todas las interrelaciones del Derecho en los espacios microsociales. Hay jueces, abogados, investigadores con diversas formaciones sociológicas y antropológicas que desarrollan verdaderas etnografías jurídicas, sobre todo en sus estudios de casos. Pero para que un planteamiento pueda decirse de Antropología jurídica hay que ponerlo en el contexto de la variedad de formas de vida jurídica de la humanidad. Hay que sacarle el jugo social y cultural por comparación con lo que se conoce en el espectro etnográfico y en las teorías generales —más universales— sobre fenómenos jurídicos. De otro modo se puede hacer un estudio muy detallado, pero sin superar las barreras del etnocentrismo o del nacionalismo jurídico. Es por ello que el mayor desarrollo de la Antropología jurídica, como disciplina, comienza cuando ya existe todo un corpus etnográfico y una teorización para establecer principios y contrastes universales en el ámbito de la justicia y los derechos. Es así cómo se pueden revalidar los conceptos de contraste universal de estatus y contrato inaugurados por Maine; de reciprocidad y contrato de mercado, entre Malinowski y Polanyi; y de ritual y proceso, entre Gluckman y Turner. Es en esta dirección que presentamos la división universal entre sociedades con un sistema vindicatorio de derecho y otras con el sistema civil/penal. Esta división nos da las claves para comprender mejor, no solo la consistencia de otros ordenamientos jurídicos (para sociedades bastante distintas de la nuestra) sino también la

razón de ser del nuestro en la historia, su origen como respuesta a unos conflictos históricos bastante bien conocidos. Si entendemos la génesis de nuestro ordenamiento jurídico y la conflictividad social que le acompaña, podemos comprender también mejor sus limitaciones y el porqué de los cambios que solicita.

ADVERTENCIAS

En vez de citas con apellido y año de publicación, he optado por las notas a pie de página con autores y títulos completos primero y luego, en proximidad, con referencias tipo *op. cit.* Cuando debo repetir la cita en páginas posteriores, ya más alejadas, repito otra vez el título completo o parte de él. Lo hago por una razón didáctica: porque llevo observando que los estudiantes (y profesores) van perdiendo la memoria de títulos que deben recordarse bien y que deben poder ofrecerlos oportunamente en sus contextos, anotando o explicando algo sobre su aportación. La cita de un apellido sin el título no ayuda a ello, y cierta redundancia refresca el recuerdo con la idea o cuestión que aparece en el texto. Este recurso me parece muy importante dada la actual avalancha de autores y títulos. Ayuda a seleccionarlos y a situarlos más directamente con su contenido. Así queda justificada su cita y la memoria de su aportación.

Respecto a las notas en general y al estilo expositivo: un estudio de este tipo no debe leerse con el ritmo y progreso de una narrativa, hay que releer e interrumpirse, con las notas, con oraciones subordinadas y con lo dicho entre guiones y paréntesis: es necesario para aprehender las cuestiones planteadas, haciendo varias reflexiones en paralelo. Nos enfrentamos a textos que debemos trabajar, no a relatos para entretenernos. Hay que memorizar, relacionar una y otra vez, reflexionar, confrontar con la propia conciencia y experiencia de juicio, mantener la vitalidad crítica sin cederla a la servidumbre de los tópicos. Hay que estudiar, no conformarse con impresiones. En el mismo sentido: hay temas que reaparecen en varios capítulos y su inclusión puede parecer redundante, pero tiene una finalidad teórica de conocimiento (epistemológica): hay cuestiones de hegemonía patriarcal, de identificación de género, de etnografía procesal o de diferenciación de los ordenamientos jurídicos que no deben olvidarse para distintos contextos y por ello las reiteramos, tratando de mostrar su operatividad en varios contextos. Mostrar su cruce en variados campos es precisamente esencial para comprender su relevancia.

Cuando cito o traduzco los textos, escribo en cursiva. También cuando refiero conceptos que corresponden a teorizaciones específicas de auto-

res, o cuando quiero enfatizar alguna expresión (se nota por el contexto). Uso la primera persona del singular cuando coloquialmente me toca la responsabilidad de lo que digo, mientras que normalmente uso la primera del plural como invitación para compartir los recorridos de la reflexión, o bien para reconocer cosas comúnmente compartidas. Descarto algunos términos o ideas que —al decir de Machado— son buenas para embestir, pero simplistas para pensar. Es inútil hacer pensar ante la decidida voluntad de embestir.

Trato de aclarar al máximo las cuestiones teóricas y el sentido de diversas aportaciones etnográficas e historiográficas, pero con los límites necesarios para no producir excesivas digresiones. Cuento con el uso de este libro por parte del profesorado que lo desarrolla en su magisterio. Algunas cuestiones las dejo como enunciados para dicha tarea, sus apuntes; de otro modo nunca acabaría de escribirlo y aún con muchos defectos.

Intento presentar una Antropología jurídica que resulte interesante tanto para estudiosos procedentes del Derecho como de la Antropología social. A veces parecerá que me dirijo más a juristas que a antropólogos, o al revés, pero este es el curso de la propia Antropología jurídica: naciendo con juristas en pleno siglo XIX, desarrollándose con antropólogos después, renaciendo otra vez con juristas y antropólogos a partir de los años 1930, y desarrollándose en la actualidad en los dos ámbitos disciplinares. Pienso que, en su curso actual, la Antropología jurídica debe valer tanto para juristas como para antropólogos y debe poderse impartir e investigar tanto en departamentos de Derecho como de Antropología, siempre en pie de igualdad.³ La complementación disciplinaria desde la Antropología, sobre todo por el lenguaje prolijo y especializado del Derecho, hace la tarea un poco difícil, pero no imposible. Y desde el Derecho hay que sentirse libre para relativizar algunas perspectivas dogmáticas y encajar cuestionamientos que pueden parecer extraños o ingenuos, pero que están refrendados etnográficamente.⁴

3 Cf. Ignasi Terradas Saborit (Coord.), «Derecho y Antropología social en pie de igualdad». Dossier en la *Revista de Antropología social* (2015).

4 Sigo el criterio de Max Gluckman y colaboradores respecto a la cerrazón y reduccionismo de los modelos teóricos y a la ingenuidad de la Antropología en relación con otras disciplinas: Max Gluckman, *Closed systems and open minds: the limits of naivety in social Anthropology*, Edimburgo: Oliver and Boyd (1964).

1. EL INICIO DE UNA ANTROPOLOGÍA SOCIAL Y JURÍDICA

Como ciencia de la sociedad humana, la Antropología social nació a mediados del siglo XIX. En gran parte fue resultado de la iniciativa de unos juristas que buscaban una comparación universal de varios elementos de lo que, en el mundo euroamericano en general, pertenecía al ámbito del Derecho civil. Con esta idea se desarrolló inicialmente el campo del Parentesco, único e idiosincrático de la Antropología social.⁵ Estos juristas pioneros apenas denominaron con un nuevo sintagma lo que estaban haciendo. Algunos de ellos (Maine, McLennan) tenían claro que se trataba de una *Jurisprudencia comparada*, otros se preocuparon menos de si estaban construyendo una especialidad del Derecho o una nueva disciplina (Morgan, Bachofen), otros aparecían en el campo de la historiografía (Fustel de Coulanges) y otros, que no eran juristas, algo más tarde, en el campo de la historia de las religiones (J. G. Frazer). En cualquier caso, Maine, Morgan, Bachofen, McLennan y Fustel de Coulanges⁶ fueron los que proporcionaron los primeros conceptos, métodos y teorías de lo que entrado ya el siglo XX se reconocería primero como Sociología del Parentesco⁷ y luego como Antropología social. A ellos debemos los conceptos

5 El Parentesco en Antropología social no debe entenderse como el campo de las familias de procreación (de hecho o de derecho) y sus relaciones con los demás parientes, sino como un campo jurídico y político mucho más extenso, de relaciones de consanguinidad (incluyendo adopciones y fraternidades) y de afinidad en sentido muy amplio (con varios tipos de alianzas) cuyos referentes están en las civilizaciones primitivas. Maine ya enfatizó en el siglo XIX este extenso carácter político, evocando las relaciones entre clanes, y entre grupos análogos, como si fueran «nacionalidades». Meyer Fortes ha añadido la interconexión constante de lo político con lo normativo social o jural y con lo familiar, así como la estructuración que el Parentesco efectúa de lo social, representando pertenencias y alianzas, con una motivación que desarrolla a la vez el *status* y el *contrato*, uniendo estas dos ideas sociojurídicas que Maine había separado: Meyer Fortes, *Kinship and the social Order*, Chicago: Chicago UP (1969).

6 Autores que trataremos pronto con mayor detenimiento.

7 Con Raymond Firth, *We, the Tikopia*, Londres: George Allen & Unwin (1936).

clave de los estudios de Parentesco: exogamia y endogamia, sucesión y alianza; clasificatorios (fusión de lineales y colaterales) y descriptivos (mayor diferenciación de lineales y colaterales); estatus y contrato; linajes y clanes, mitades y clases; consanguinidad, afinidad y reglas matrimoniales, estas últimas distinguiéndose entre prescriptivas y prohibitivas (las etnografías introducirían pronto las preferenciales).

Un inciso importante: el concepto de clan es fundamental para la Antropología jurídica. A pesar de que ha sido y es usado de un modo vago o abusivo, refiere una entidad social válida e inequívoca cuando se trata de establecer y definir la responsabilidad por daños entre sujetos colectivos de derecho. Lo veremos en los ordenamientos jurídicos vindicatorios. En este mismo sentido dentro del clan resulta más dura la prohibición de conflictos faccionales o de faidas. También significa en muchos casos una unión de linajes que cumplen conjuntamente con una regla de exogamia, *con derechos y deberes recíprocos en acontecimientos como los funerales* y otros rituales de tránsito. Pueden reconocerse intereses comunes entre los miembros de un clan respecto a otros clanes. Todo esto en general, luego hay matices diversos para cada sociedad: es así cómo nos define clan Meyer Fortes:⁸ con unas características que resultan válidas para la Antropología jurídica.

El punto de interés histórico, que une desde el principio el enfoque social con el jurídico en la Antropología, es la búsqueda de reglas, de unas normas que parecen ordenar la vida social. Durante un siglo, por lo menos,⁹ la innovación teórica de la Antropología social gravitaba en torno al Parentesco y a su correlativa organización del conjunto de la sociedad. Reglas o normas de matrimonio y sucesión, de residencia y cooperación económica, de jerarquías y grupos de edad y sexo o género, de rituales y asignaciones simbólicas. El *universo de las reglas* —al decir de Lévi-Strauss— ha dominado gran parte del quehacer teórico de la Antropología social. Y aún, como señala Louis Assier-Andrieu,¹⁰ cuanto más la Antro-

8 Meyer Fortes, *The Dynamics of Clanship among the Tallensi*, Londres: Oxford UP (1945) p. 62.

9 El libro de Elman Service, *A century of controversy*, Nueva York: Academic Press (1988) proporciona la mejor historia de la Antropología explicada a través de sus debates primordiales. Ayuda a entender el porqué de la primacía de lo jurídico en la constitución de la disciplina.

10 Louis Assier-Andrieu destaca la paradoja que supone primero rechazar la normativa jurídica, por considerarla demasiado formal y restringida, y tener que inventar otra cuyo aco-

pología social ha pretendido alejarse del normativismo jurídico, cuando incluso lo ha negado, más lo ha imitado. Así, se ha negado el principio jurídico (y moral) de la responsabilidad, sustituyéndolo en demasía por el de reciprocidad, el cual tiene un campo semántico muy amplio en la etnografía. Va desde la creación de intercambios de regalos, costumbre que conocemos perfectamente, hasta el reconocimiento de la recepción de un importante valor humano que no se entiende bien ni como don ni como regalo (en un matrimonio por ejemplo), pasando por ofrecimientos totalmente desinteresados, que obedecen a impulsos de amor, de amistad o de generosa equidad,¹¹ por exhibiciones políticas de riqueza (en el *potlatch kwakiutl*), por competiciones de prestigio social y político (en el *Kula* trobriandés), y lo más importante para la Antropología jurídica y económica: por prestaciones de trabajos, bienes y ayudas que no se remuneran con un valor socialmente equivalente (el que se manifiesta coyunturalmente en el precio), en todo eso contrastan con los intercambios de valores en el mercado.¹² Cuando oponemos *reciprocidad a mercado* atendemos sobre todo a este tipo de distinciones.

Pero la reciprocidad no es a menudo otra cosa que la obvia bilateralidad (reciprocidad restringida) o multilateralidad (reciprocidad generalizada) de una responsabilidad ya creada o sobrevenida (por la iniciativa de un primer don u ofrecimiento que obliga a un reconocimiento y devolución). Además, el concepto de reciprocidad generalizada tiene su normativa análoga en Derecho con la figura de la responsabilidad extracontractual, conocida por los romanos como *aquiliana* (por la ley *Aquiliana*):¹³ porque la responsabilidad multilateral es el reverso de la obligación de reciprocidad generalizada. Si se hubieran tenido en cuenta ambas norma-

plamiento con la realidad social puede resultar aún más discutible: «L'anthropologie, entre la négation et l'imitation du droit» en Jacques Commaille, Laurence Dumoulin y Cécile Robert, *La juridicisation du politique*. París: LGDJ (1999).

11 Cf. Ignasi Terradas Saborit, «La reciprocidad superada por la equidad, el amor y la amistad», *Endoxa*, 15 (2002).

12 La etnografía de Raymond Firth continúa proporcionando seguramente el mejor ejemplo de las actividades de «reciprocidad» en una sociedad primitiva, combinando la última acepción que he expuesto con algunas de las anteriores, en oposición al mercado: *Primitive Polynesian Economy*, Londres: Routledge & Kegan Paul (1965).

13 Ramón P. Rodríguez Montero, en *Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho romano*, Santiago de Compostela: Andavira (2015), nos proporciona una contextualización histórica precisa del concepto.

tivas para su traducción jurídica, podríamos haber dicho que no es que las sociedades de reciprocidad (primitivas) tuvieran una moral de la generosidad más desarrollada, sino que tenían una obligación de responsabilidad más extendida, comprometida colectivamente. No eran más generosos individualmente sino más responsables socialmente: porque al participar en grupos de solidaridad colectiva, cualquier iniciativa económica repercutía sobre la totalidad de su grupo y, potencialmente, por lo menos, sobre la responsabilidad que cada grupo tenía con los demás (debía dar y aceptar composiciones a modo de responsabilidad civil).

Estableciendo conexiones como estas entre Derecho y Antropología, podríamos dar más relieve jurídico a una cultura primitiva y a la vez familiarizarnos mejor con ella, tal como enseñaba Malinowski:¹⁴ entender mejor el carácter simultáneo socio-lógico y jurídico de sus relaciones. La Sociología durkheiminiana ha hecho un recorrido análogo: tratar de sustituir con reglas sociológicas las normas jurídicas. Pero unas y otras están en constante solapamiento: la solidaridad orgánica de Durkheim depende de la normativa contractual, como él mismo debe admitir,¹⁵ y la solidaridad mecánica —demasiado mecánica ante las etnografías— depende de la responsabilidad multilateral que acabamos de mencionar.

En las fuentes etnográficas tenemos normas o reglas que prescriben, prohíben, prefieren o discriminan de un modo u otro. Podemos entenderlas como costumbres. Así lo hacía Meyer Fortes cuando definía la Antropología social como el estudio de costumbres.¹⁶ De este modo se explican comportamientos reales o ideales, frecuentes o excepcionales, inhibitorios u ostentosos.

Ahora bien, hay que plantearse de entrada la cuestión del etnocentrismo: ciertamente que hay conceptos —prejuicios— que unas sociedades vierten sobre otras y las interpretan «a su gusto». El Derecho es capaz de

14 Bronislaw Malinowski estableció con gran rigor empírico la normativa de la reciprocidad —aunque demasiado desgajada de la responsabilidad— en *Crime and Custom in Savage Society*, Londres: Kegan Paul (1947) (1926); y entre sus otras aportaciones a la Antropología jurídica hay que destacar su gran tratado sobre los derechos posesorios de la tierra en *Coral Gardens and their Magic*, Nueva York: American Book Company, 2 vols. (1935).

15 Émile Durkheim incide sobre el significado del contrato como tregua en medio de la desconfianza y la hostilidad: *De la división du travail social*, París: Quadrige/PUF (1991) (1893 y 1902, primera y segunda ediciones).

16 Una idea recurrente en Meyer Fortes, por ejemplo en *Religion, Morality and the Person*, Cambridge: University Press (1987).

mucho, muchísimo, etnocentrismo. Tanto, que tenemos la tentación de deslegitimarlo absolutamente para comprender otras sociedades: nuestro Derecho las malinterpreta hasta el punto de que para entenderlas mejor hay que tratarlas como si no tuvieran derecho.¹⁷ Pero lo tienen, aunque lo tienen de un modo tan diverso que es casi *como si* no lo tuvieran. Un modo no instituido (como el que Polanyi¹⁸ analizaba para la Economía) difuso o incrustado en los demás ámbitos: eso es lo que quiere destacar Louis Assier-Andrieu. Pero metodológicamente seguimos estudiando Antropología económica, política, jurídica, del arte, de la religión, etc. básicamente por una costumbre analítica que por ahora resulta difícil de cambiar, dada la ingente literatura acopiada bajo estos epígrafes y con conceptos y métodos asociados. Sin embargo, una cosa es tener que limitarnos metodológicamente y otra es poder mantener una teoría del conocimiento (una epistemología) que defienda la disolución práctica o existencial de esos campos «especializados». La limitación metodológica es necesaria porque la sobreinformación alcanzada es excesiva, y apenas se puede manejar, a pesar de aplicársele muchos cortes analíticos. Hay que circunscribir primero una información en forma de datos significativos (lo que otorga una

17 Louis Assier-Andrieu, jurista y antropólogo, frente a las excesivas exigencias del Derecho para reconocerse en sociedades «primitivas», ha optado a veces por decir que no tienen «Derecho», que tienen «otra cosa» que no es ese Derecho que ordena o pretende ordenar nuestra sociedad. Ahora bien, al apuntar a esa diferencia no quiere decir que no tengan un ordenamiento de carácter normativo, con el que han hecho frente a un mundo de responsabilidades, derechos y obligaciones o deberes que ha configurado *estados de derecho*, quizás aún más consistentes o menos contradictorios que el nuestro. Sus derechos pueden ser tan distintos a nuestro Derecho, que tiene sentido decir que no tienen Derecho. Lo mismo sucede con la religión, la economía, la política, el arte, la historia, la filosofía... y de hecho nuestra religión, nuestra economía, nuestra política han tratado de borrar a las primitivas, pero de algún modo hemos de reconocer esos ámbitos, y a falta de otros términos, creo que es mejor retener los conceptos que ya tenemos para reconocerlos, siempre que reconozcamos en ellos otros principios y características. Pero ante la prepotencia de nuestro derecho, política o religión, tiene sentido negar la existencia de estos dominios en las civilizaciones primitivas, porque las más de las veces se reinterpretan con mucho etnocentrismo. La perspectiva de Louis Assier-Andrieu ha creado la Antropología jurídica más radical y universal que conozco: *Chroniques du juste et du bon*, París: SciencesPo (2020); *Le droit dans les sociétés humaines*, París: Nathan (1996).

18 Karl Polanyi distinguió la disolución holística de la economía en sociedades ordenadas según principios de reciprocidad y redistribución de la economía instituida por el mercado: «The Economy as an Instituted process» en Polanyi, K.; Arensberg, C.; Pearson, H. (Eds.) *Trade and Market in the Early Empires*, Nueva York: The Free Press (1957).

tradición disciplinaria y subdisciplinaria) para ir la ampliando después. Incluso la perspectiva fenomenológica más comprometida con un contexto amplio de dudas y conexiones no puede evitar momentos analíticos de corte positivista. No podemos pretender ampliar caóticamente un caos para comprender algo que es muy complejo. Por lo tanto, si no confundimos una metodología modesta con una epistemología que debe ser más ambiciosa, si no confundimos la forma de ir analizando los fenómenos con la forma final para explicarlos y comprenderlos, podemos estudiar, debemos estudiar con las limitaciones de las «subdisciplinas».

Es decir que la crítica al etnocentrismo nos ha de permitir utilizar primero divisiones analíticas para después integrarlas del modo más fiel a como parecen ser vividas en las sociedades que estudiamos. En realidad esta operación resulta más sencilla en lo concreto empírico que en las formulaciones abstractas: así lo demuestran muchas etnografías.

2. MORGAN DESPUÉS DE MALINOWSKI: EL ANTAGONISMO ENTRE SUJETOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE DERECHOS

A Morgan le debemos una serie de conceptos fundamentales para los estudios de Parentesco, pero además, algunos de ellos tienen una vertiente jurídica fundamental. Así ocurre con los que marcan la transición histórica del sujeto colectivo de derecho al sujeto individual. Nuestro Derecho está dominado por el sujeto individual. La persona jurídica de referencia es en principio el individuo. Así viene concebido como persona física, jurídica y moral. Esta personalidad se atribuye luego —mediante ficción— a los sujetos colectivos de derecho. Sin embargo podemos pensar en derechos, obligaciones o responsabilidades tanto individuales como colectivas. La preponderancia jurídica del sujeto individual en el Derecho se explica porque nuestra sociedad es marcadamente individualista.¹⁹

Morgan destaca el individualismo social y jurídico de nuestras sociedades, y es el primero que lo hace, en contraste con otras, sobre todo con las primitivas. En ellas, el sujeto de derecho más común es el sujeto colectivo, protagonizado habitualmente por clanes y linajes. Esto quiere decir que la adscripción y reconocimiento de los derechos, de las responsabilidades y obligaciones se hace entre grupos, entre colectividades. Hay

19 Sobre las ideologías y sociologías del individualismo: Louis Dumont, *Ensayos sobre el individualismo. Una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna*, Madrid: Alianza (1987); Louis Dumont, *Homo Aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid: Taurus (1982). Sobre obligaciones y responsabilidades individuales en una sociedad con una gran proporción de sujetos colectivos de derecho: Alan Macfarlane, *The Origins of English Individualism. The Family, Property and social Transition*, Oxford: Basil Blackwell (1978). Rodney Hilton criticó la aportación de Macfarlane ante lo que consideraba un exceso de énfasis en la ideología y la práctica individualista para una época en que resultaba anacrónica («Individualism and the English Peasantry», *New Left Review*, 120(1) (1980). Sobre la relevancia de los derechos sociales en época medieval: Paul Ourliac, «Le droit social du Moyen Age», *Mélanges Imbert*. París: PUF (1989).

también un reconocimiento individual, que es universal,²⁰ como el otro, pero menos importante en las sociedades primitivas.

El sujeto colectivo de derecho en las civilizaciones primitivas aparece claramente cuando aplican su derecho vindicatorio:²¹ frente a un homicidio o a lesiones graves o leves, así como frente a daños patrimoniales, corresponde a todo el grupo ofendido, normalmente un clan, un linaje o grupo de parentesco, ejercer la acción vindicatoria y al grupo ofensor responder solidariamente (responsabilidad colectiva). No se ejerce la acción ni se responde individualmente, sino entre grupos. Las acciones, obligaciones y responsabilidades se ejercen colectivamente. En cambio, entre nosotros, estas acciones y responsabilidades, sean penales o civiles, se ejercen la mayoría de las veces individualmente, y lo más importante: cuando se ejercen colectivamente, se hace bajo la ficción de la *persona jurídica* que tiene un referente de acción y responsabilidad individual. Es decir, que en nuestra cultura jurídica domina el referente individual para imaginar y aplicar socialmente los principios de acción (civil y penal, demanda o denuncia), obligación y responsabilidad.

El individualismo es la ideología que tiende a favorecer las representaciones de todos los fenómenos normativos con arreglo al principio empírico de la existencia individual, en menoscabo de la experiencia —también empírica— de vida social. No hay sociedades puramente colectivas o individuales, hay tendencias, eso sí con exageraciones hacia un lado u otro. La sociedad del hipercapitalismo que expone Thomas Piketty²² es altamente individualista. Los isleños de las Andamán descritos por Radcliffe-Brown²³ son más bien de responsabilidad colectiva. Los *tikopia* descritos por Raymond Firth²⁴ tienen claras solidaridades colectivas, pero no dejan de tener también ámbitos de acción y libertad individual en su universo normativo.

20 Sobre la constatación del principio de individuación y sus consecuencias para toda una filosofía de la responsabilidad: Arthur Schopenhauer, *Metafísica de las costumbres* (Edición de Roberto Aramayo) Madrid: Trotta (2011).

21 Que trataremos en capítulos posteriores.

22 Thomas Piketty, *Capital et idéologie*, París: Seuil (2019).

23 Alfred R. Radcliffe-Brown, *The Andaman Islanders*, Nueva York: The Free Press (1964) (1922).

24 Raymond Firth, *We, the Tikopia*, Londres: Allen & Unwin (1936).

Morgan²⁵ trató de comprender la consistencia de las sociedades más notables en derechos colectivos y sociales frente a las sociedades con derechos más individualizados. Junto con ello, la cuestión histórica más relevante: ¿Cómo se había podido pasar de unas a otras? Para responder a esta pregunta, estableció primero dos grandes tipologías de Parentesco y estructuración social para el conjunto de la humanidad: los sistemas clasificatorios y los descriptivos.²⁶ Los primeros corresponden grosso modo a las sociedades con derechos y responsabilidades colectivas y los segundos a las más individualizadas. La transición de un tipo de parentesco y derecho a otro venía marcada por la herencia de la propiedad privada.²⁷ Morgan explicó la aparición de la propiedad privada como consecuencia del desarrollo de políticas individualistas en las sociedades clasificatorias con derechos eminentemente sociales. Precisamente, bastantes años más tarde, Bronislaw Malinowski encontraría en las Trobriand un conflicto importante establecido entre los derechos y obligaciones con los clanes y linajes matrilineales por una parte, y los intereses y afectos desarrollados individualmente que querían desplazar o anular a los anteriores. Como en la relación entre las posesiones individuales y las colectivas (que Malinowski también estudiaría) todo parecía depender de equilibrios entre extremos inasumibles. El individualismo estricto acababa produciendo mucha ruina y violencia si no se combinaba con derechos sociales de po-

25 Lewis H. Morgan, «Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family», *Smithsonian Contribution to Knowledge*, 17, (1870 [1868]); *Ancient society. Researches in the lines of human progress from savagery through barbarism to civilization*, Nueva York: Henry Holt (1907 [1877]).

26 Estos conceptos obedecen a una distinción terminológica y de agrupación social: fusión de parientes lineales y colaterales, en sociedades con clanes o grupos corporativos de Parentesco y mayor distinción entre lineales y colaterales en sociedades más individualizadas y con desarrollo de un Estado.

27 Friedrich Engels se basó en Morgan y desplazó la explicación basada en el desequilibrio introducido por la expansión individualista a la de una formación de clases sociales con intereses antagónicos. De hecho, ambas trayectorias son históricamente compatibles. Engels siguió además con la correlación establecida por Morgan entre la herencia de la propiedad privada y la formación del parentesco descriptivo que reducía el clasificatorio a unidades familiares más pequeñas (para ejercer derechos y para tomar responsabilidades): Friedrich Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. En relación con las investigaciones de L. H. Morgan*, Madrid: Ayuso (1972) (1884). Marx hizo anotaciones al libro de Morgan remarcando la distinción entre sociedades con y sin Estado: cf. Lawrence Krader, *Los apuntes etnológicos de Karl Marx*, México: Siglo XXI (1998) [Marx escribió esos apuntes durante los años 1880-1882].

sesión colectiva, mediante redistribuciones. Malinowski descubrió una especie de tercera vía con la reciprocidad y el sistema del don, cosas que situaban a la sociedad trobriandesa —como él decía— en algo distinto a los extremos esperados por el etnocentrismo: el comunismo o el individualismo más estrictos. En el capítulo final trataremos la cuestión de la posesión de los frutos de la tierra en la obra de Malinowski.

Morgan asumió el evolucionismo y su contribución suele quedar capitalizada por ese posicionamiento. Pero su contribución a la Antropología jurídica no es tanto sobre la evolución social sino sobre la historia de la propiedad y la caracterización de los sujetos individuales y colectivos del derecho. En esta dirección posee varios análisis históricos y etnográficos²⁸ que llegan a contradecir sus compromisos evolucionistas, compromisos que en parte tuvo que tomar de un modo forzado por la censura.²⁹

Las sociedades clasificatorias³⁰ establecen derechos sucesorios sobre las funciones o roles sociales de las personas, no sobre el dominio de las cosas. Estas también pueden heredarse³¹ pero no tienen tanto valor social como la sucesión en las funciones diversas que cada persona tiene por su posición en la estructura social. De hecho, las cosas se heredan precisamente para significar el vínculo sucesorio, análogamente a cómo los romanos lo entendían con el concepto de persona.³² En las sociedades

28 Lewis H. Morgan, *League of the Iroquois*, Nueva York: Citadel Press (1962) (1851) y la parte final de su *Ancient Society*, que culmina con una crítica radical al individualismo.

29 Cf. Thomas Trautman, *Lewis Henry Morgan and the invention of Kinship*, Berkeley: University of California Press (1987).

30 Morgan las llama así porque sus sistemas de parentesco agrupan a muchos individuos «clasificándolos» unos respecto a otros, según derechos y obligaciones que obtienen en función de sus roles interactivos de parentesco. Terminológicamente, los sistemas clasificatorios se caracterizan por la fusión de lineales y colaterales, causando grupos clasificados que establecen relaciones normativas entre ellos. Los sistemas descriptivos tienen también algunas fusiones terminológicas, pero mucho menos. Con todo ya no se pretende la correlación estricta entre terminologías y estructuración social que prevalecía en torno a los trabajos de William Rivers: cf. la presentación de este debate en Elman Service, *A century of controversy*, Nueva York: Academic Press (1988).

31 Cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, Madrid: CSIC (2019) Cap. III, 10.

32 Cf. Marcel Mauss, «Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne, celle de 'moi'» en *Sociologie et Anthropologie*, París: PUF (1950). Es como heredar una corona para suceder en la monarquía: no se sucede en la monarquía solo para poseer el objeto *corona*, sino para heredar el poder adscrito al monarca. La corona es solo un símbolo —aunque muy importante— de ese poder.

clasificadoras, las cosas están supeditadas a los roles o funciones sociales. En nuestra sociedad hay pocas funciones sociales necesariamente y exclusivamente heredadas. En general, los bienes se adquieren mediante contratos, donaciones y testamentos. No hay una herencia forzosa para todo el mundo de funciones según un estatus y de cosas que le van asociadas. En cambio, en las civilizaciones primitivas se heredan las funciones rituales, económicas y jurídico-políticas: se tienen por pertenecer a clanes o a grupos de parentesco y a grupos de residencia en una misma comunidad o pueblo.

Con Morgan y Engels, las familias, preferentemente nucleares, con sus reconocimientos «descriptivos» de Parentesco (situando un individuo frente a otros, más que la pertenencia de éste a un grupo frente a otros),³³ con la herencia de la propiedad privada y con un Estado altamente comprometido con estos fenómenos, caracterizarán las sociedades individualistas o de clases divididas, no ya por la propiedad privada sin más, sino especialmente por la propiedad privada como capital, tal como destacará Marx.

De este modo, la familia aparecerá en las sociedades ordenadas en gran parte por el capitalismo como una reducción del Parentesco, como su minimización, lo cual favorecerá el desarrollo de la Iglesia y del Estado como sucedáneos del orden social que antes venía dado por la estructura de las relaciones de Parentesco.³⁴ Con ello se desarrollará a su vez el Derecho privado, el sujeto individual de Derecho y el Estado como garantizador de la seguridad y libertad de los individuos, siempre bajo ese régimen normativo que como ya destacará Maine, se constituye especialmente a partir del *contrato*. El *contrato* sustituirá al *estatus*, tanto en lo individual como en el dogma de carácter liberal de lo colectivo (el contrato social).

33 Aunque insistimos en que se trata de una cuestión de proporciones y de orden básico de la sociedad, las relaciones de pertenencia en nuestra sociedad pueden ser determinantes de roles y funciones sociales: ya hemos mencionado la familia monárquica, también ocurre con familias poderosas por motivos de su capital económico, social o político, pero la fundamentación del orden social no es señorial y feudal, es contractual y estatal.

34 Cf. Jack Goody, *The Development of the Family and Marriage in Europe*, Cambridge: Cambridge UP (1983).

3. LAS FICCIONES JURÍDICAS, LA EQUIDAD Y LA LEGISLACIÓN: PARTIENDO DE MAINE

Henry Sumner Maine³⁵ inicia una parte importante de la Antropología jurídica al comparar tres fuentes de Derecho (ficciones jurídicas, legislación y equidad) y estableciendo un contraste histórico entre sociedades regidas por el *estatus* y otras por el *contrato*.

¿Qué es una ficción jurídica? Puede ser dos cosas: la extensión de las propiedades de una figura legal que cualifica una realidad fáctica concreta a otra realidad. También puede ser (este es el caso que más interesa a Maine) el desplazamiento de una disposición legal para una situación social o condición personal diversa de la que la había suscitado.

Empecemos por la primera: se trata de una representación legal que extiende su concepto a lo que no coincide con el hecho (realidad fáctica o empírica) que la instituyó jurídicamente. El ejemplo más notable es el que va de la legitimación de la filiación a la adopción. En principio, partimos del reconocimiento jurídico de un hecho de la vida como *filiación natural*: el reconocimiento de un ser humano como hijo a través del parto natural de la madre, llamado así hijo natural.³⁶ Luego vendría la primera ficción —por una suposición según costumbre y ley moral—: la legitimidad, la cual ha podido corresponder a la madre, al padre, a los dos o a otros, según épocas y sociedades. Esta legitimidad tiene en nuestra sociedad un valor registral (registro civil). Luego se produce otra ficción cuando se hace una adopción. Esta se ha acostumbrado a reconocerla más como

35 *Ancient Law*, Londres: Dent & Sons (1965 [1861]).

36 Esta condición natural ha quedado modificada por varias intervenciones tecnológicas con regulaciones distintas según países. Cf. Marilyn Strathern, *After Nature. English Kinship in the Late Twentieth Century*, Cambridge: Cambridge UP (1992); Joan Bestard, *Tras la biología: la moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción*, Barcelona: Universitat de Barcelona (2004).

ficción³⁷ que la anterior (la de la filiación legítima). Ahora bien, lo que hay que destacar antropológicamente de esas ficciones es que tienen un fondo de imagen natural, de algún hecho natural. Su fuerza convencional descansa en alguna conexión material o simbólica (de metonimia física o de metáfora metafísica)³⁸ con la naturaleza.³⁹ Este referente natural puede ser muy débil o muy fuerte, dependiendo de las relaciones de poder y sus conflictos. Por ejemplo, actualmente se opone políticamente una idea de *familia natural* —que en realidad es un grupo histórico muy fluctuante en su composición y apariencia sexual— a la *fluidéz de género* —que tampoco abandona un mínimo de rasgos naturales en sus expresiones—. Es imposible prescindir del hecho natural del cuerpo con los imponderables de su vida y muerte. Y a la vez es imposible manifestarlo sin alguna transformación cultural, convencional. Pero se ha montado una lucha política en defensa de estos extremos, irreales en su pureza.⁴⁰

¿Qué hace la adopción? Crea un instrumento jurídico análogo al de la filiación natural y legítima: constituye a un hijo que no es natural como si lo fuera a efectos de legitimidad. Copia, hace una especie de mimesis de la filiación natural y legítima. Al mismo tiempo, la adopción evoca la ficción de la misma legitimidad, puesto que, en realidad, cuando un padre reconoce la legitimidad de su hijo (como nacido de su esposa), lo está adoptando: no lo distingue de un hijo biológicamente adulterino. Solo si surge un conflicto entre los esposos puede revelarse una paternidad biológica (por magia, por testimonios o por análisis bioquímico).

La adopción es históricamente un fenómeno complejo y cargado de distintos significados sociales. Por ejemplo, conviene contextualizar con gran especificidad y distinguir entre las adopciones entre parientes cercanos en comunidades no anónimas y las adopciones internacionales en sociedades de mercado; las adopciones de menores o de adultos con dis-

37 Incluso en Antropología se ha utilizado el término *parentesco ficticio* para estos casos.

38 Que coincide con las formas de magia desde que Frazer las teorizó en *La Rama dorada*.

39 Esta referencia última a la naturaleza en los fenómenos de parentesco y de cultura en general, que se da más en unas que en otras civilizaciones, se sitúa en medio de los extremos del convencionalismo y del naturalismo (constructivismo cultural vs. determinismo natural). Cf. Hua Cai, *L'homme pensé par l'homme*, París: PUF (2008).

40 Estos extremos pueden triunfar políticamente incluso si quienes los defienden los desmienten con sus propias vidas: este es el poder del faccionalismo con sus servidumbres fanáticas.

tintos significados afectivos y económicos; las adopciones en situaciones de persecución, guerra o deportación y las adopciones por empobrecimiento y emigración. Pueden darse además equívocos en las relaciones entre adoptantes y donadores para la adopción.⁴¹

En cuanto a la segunda acepción de la ficción jurídica: el uso de una ley para una finalidad distinta de la que la había motivado. Esta ficción ha servido tanto para desvirtuar el objetivo social de la ley, acrecentando los perjuicios que quería evitar, como para extender e intensificar su motivación. Así, hemos visto en España que la legislación para proteger a minorías vulnerables, se ha aplicado también a las instituciones y élites menos vulnerables del Estado. Pero ya desde los antiguos romanos, también el Derecho internacional ha asumido el Derecho privado, extendiendo la responsabilidad contractual entre particulares de distintos países a países enteros. La ficción de la personalidad jurídica —individual y colectiva— ha permitido establecer igualdad en trato y derechos, aunque ha podido aplicar injustamente la responsabilidad individual (de un cargo político o de una élite) sobre toda una colectividad.⁴²

Al mismo tiempo, también en determinadas épocas, se ha respetado el principio de la *personalidad de las leyes*, permitiendo que una persona pudiera ser tratada y juzgada de acuerdo con las leyes de su comunidad de procedencia, una forma antigua de pluralismo jurídico.⁴³ Con ello se apuntó, ya desde los romanos, a un derecho de gentes universal, entre un derecho común y un respeto a costumbres jurídicas propias. Esta tradición se mantuvo en época medieval, pero, como en todos los avatares del Derecho internacional histórico, con altibajos notables: épocas de convivencia y pluralismo y otras de conquista y ocupación violenta.

41 João de Pina Cabral, *Between China and Europe*, Londres: Continuum (2002): una parte interpreta que se trata de una donación en adopción con implicación de bondad moral («tratarlo como a un hijo») y la otra que compra un siervo o esclavo.

42 A nivel simbólico, pero con validez jurídica, se usa el término que designa todo un país para confrontar en realidad un gobierno o una parte de un gobierno a un individuo o a otro gobierno. Así: «Michel F. contra España»: para significar Michel F. frente a la responsabilidad de unas personas concretas en su etapa de gobierno. Pero la ficción ayuda a que esa responsabilidad sea compartida por la tributación de todos los ciudadanos del país. Así, en realidad, a nivel internacional prevalece una responsabilidad colectiva vindicatoria.

43 Para un seguimiento histórico de estas cuestiones entre la Antigüedad y el Medioevo: Denis Numa Fustel de Coulanges, *Histoire des Institutions Politiques de l'Ancienne France*, 4 Vols. París: Hachette (1889-1908).

Desde el punto de vista antropológico, la legislación como fuente de Derecho, puede confundirse con la función política (en el sentido del ejercicio de un poder) de la ficción jurídica y de su eficacia simbólica. Es decir, que puede teorizarse la ley como un mito que interpreta y da pautas de conducta tanto para lo que directamente indica como para lo que indirectamente puede evocar. Esa sustancia indirecta puede devenir más *actual*. Que se dé o no se dé va a depender de cambios políticos o de correlación de fuerzas. Encontramos un ejemplo en la ley española de Amnistía (46/1977, de 15 de octubre). Sucintamente, cuando se promulga esta ley, el objetivo político y social más explícito y directo para la población en general es el de amnistiar a todas aquellas personas perseguidas por su lucha o resistencia al franquismo. Se parte de un contexto (dictadura) en el que la ley reprime la democracia. Lógicamente, ya en régimen democrático, los que lo habían defendido y habían contribuido a su establecimiento, no debían sufrir los castigos de la dictadura. Por lo tanto, el contexto de esa ley de amnistía pedía liberar a los demócratas de las represalias de la Dictadura contra la libertad de expresión, de reunión, y de todas las libertades propias de un régimen democrático (partidos políticos, sindicatos, parlamento, libertad de prensa). Pero años más tarde se fue redescubriendo la amplitud de la criminalidad política ejecutada bajo el régimen del *Movimiento Nacional* y también la que tuvo lugar bajo el de la República durante la Guerra Civil. Entonces se desequilibró el lugar mítico: centrado primero en amnistiar a los luchadores por la democracia, que debía desarrollarse con mucha fuerza después de tanta dictadura, se desplazó posteriormente hacia la vindicación de las víctimas de la Guerra Civil y del régimen del *Movimiento Nacional*. La amplitud de lecturas que ofrecía la ley —sin tener que entrar en deducciones analógicas— desplazó la centrada únicamente en la amnistía para los luchadores por la democracia a la que contemplaba la amnistía para los criminales de la Guerra Civil y del régimen del *Movimiento Nacional*. Sendas leyes de *Memoria histórica* y *Memoria democrática* han tratado de corregir, con énfasis en las posibilidades simbólicas, la demanda de responsabilidad penal para los crímenes de la guerra y la dictadura. Así, se han ido reconociendo esos crímenes y recuperando los cuerpos de las víctimas. Pero la jurisprudencia ha podido esgrimir la ley de amnistía frente a denuncias por imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad (con arreglo a las adhesiones españolas a normativas internacionales posteriores a la ley de 1977). Con lo cual se ha producido una recreación —dotada de gran eficacia simbólica— de

los posicionamientos habidos durante la Guerra Civil y la Dictadura o régimen del *Movimiento Nacional*: un agarre de cada facción política a diversos *mitos o referentes únicos* para todo lo ocurrido. Así, con estos referentes únicos y exclusivos, se ha recreado un escenario conflictivo entre varios posicionamientos.

Hay quienes defienden una Amnistía total con el olvido de todo el pasado y la propuesta de partir de la correlación de fuerzas actuales, como si estas debieran toda su existencia a un régimen plenamente democrático. Quienes vindican justicia para sus muertos quieren encontrarlos y enterrarlos con un reconocimiento de su victimización. Los que ante los muertos bajo el régimen del *Movimiento Nacional* vindican a los suyos bajo la República. Los que quieren juntar ambas vindicaciones en un proyecto o mito de reconciliación. La realidad —por eso podemos calificar de mitos o referentes únicos todos esos objetivos— es que se da con persistencia esta diversidad de posicionamientos, cada cual con sus referentes exclusivos. La solución política (con leyes correctoras) se revela insuficiente por el momento, generando más insatisfacción en unos y provocación para otros. En el capítulo final retomaremos estas cuestiones de pluralismo conflictivo. Aquí solo apuntamos a que una solución posible pasa por un mayor conocimiento mutuo del por qué de los *mitos o referentes únicos* de todo el panorama de las violencias políticas.

Maine consideraba que las ficciones jurídicas son muchas y que pueden pasar desapercibidas porque a veces ya no se recuerda bien el espíritu u objetivo de una ley cuando fue promulgada. La ficción jurídica juega mucho con el tiempo, como hemos visto en el caso de la ley española de Amnistía. Pasa un tiempo y lo que tenía un sentido prioritario para aplicar la ley casi de golpe puede cambiar totalmente de sentido. También hay que tener en cuenta que estos cambios pueden venir influidos por nuevas coyunturas políticas, por cambios o resurgimientos en los ámbitos de la economía, la moral y la religión.

Así pues, el estudio de las ficciones jurídicas, desde un punto de vista antropológico, requiere el conocimiento de todo un contexto amplio. No es suficiente el conocimiento del contexto estrictamente legal, jurídico, sino que debe entrar también en el social, en el de las ideologías y actitudes morales y políticas. Así puede entenderse mejor el funcionamiento de la ficción jurídica.

Cuando Maine habla de equidad tiene sobre todo presente la tradición británica de los juicios de equidad. Estos tuvieron que ver con una

iniciativa del gobierno de la monarquía para resolver las indemnizaciones por daños y perjuicios en conflictos muy particulares, cuya resolución se veía obstaculizada por falta de precedentes jurisprudenciales y de normativas generales aplicables. Fue en este contexto en el que la monarquía británica, reinando Eduardo I, estableció una autoridad judicial suprema para poder innovar, de acuerdo con la justicia que a su criterio requiriera cada caso. Blackstone vincula esta institución británica a la tradición de los juicios de equidad del pretor romano.⁴⁴

A lo que apunta Maine con esta tradición de equidad es al perfeccionamiento diligente de la justicia distributiva en casos complejos de daños y perjuicios (con cuotas de difícil determinación para varios responsables). Se trata de una cuestión que apela al fondo ético y jurídico de la responsabilidad civil. Por una parte hay el carácter material, moral y psíquico de los daños; por otra, la participación en la responsabilidad de varios sujetos y la atribución judicial según cuotas de responsabilidad; y aún interviene la equidad, cuando la responsabilidad se encara con el estado físico, moral y psíquico del responsable, puesto que en determinados casos (en accidentes de tráfico por ejemplo) puede quedar más dañado el sujeto responsable que su víctima o perjudicado.⁴⁵ No todas las implicaciones vividas en un conflicto de responsabilidad pueden ser atendidas por el Derecho, sin recurrir a su *función antropológica* (Supiot): a su confrontación con el derecho vivido, en cómo afecta la vida de las personas, teniendo en cuenta sobre todo sus condiciones de existencia.

La noción de equidad más extendida en la cultura jurídica es la que nos legó Aristóteles con su concepto de epiqueya⁴⁶ el cual apunta hacia dos direcciones. Una, hacia la valoración de la intencionalidad en la ofensa, el discernimiento de la malicia en el obrar. Especialmente cuando resulta difícil en justicia conseguir ese discernimiento por la presencia de varias

44 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago: The University of Chicago Press (1979) (1765), Libro III, Cap. 4, VIII. Cf. nota 2 en p. 366: Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, op. cit.

45 Cf. Ignasi Terradas, «Cuestión de responsabilidad y equidad: una perspectiva desde la Antropología jurídica» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 13 (2009).

46 Aristóteles, *Moral, a Nicómaco* (Traducción de Patricio de Azcárate), Madrid: Espasa-Calpe (1999); Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (Edición y traducción de María Araujo y Julián Marías), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2014); Aristóteles, *Retórica* (Edición bilingüe de Antonio Tovar), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2003).

circunstancias que escapan al hecho que se enjuicia. Para este criterio de equidad habría que atender a todas esas circunstancias aunque no estuvieran contenidas en los hechos que se juzgan. Este rasgo de la epiqueya arístotélica trabaja en la dirección de integrar la aplicación del Derecho —de la ley— en un juicio con el derecho vivido. Va en la dirección contraria de la especialización judicial: juzgar el conjunto de un obrar con el conjunto de un ser, en vez de un solo hecho, o pocos, y su calificación jurídica: dar más importancia a la serie de acciones que pueden dar un sentido más pleno a la intencionalidad que a una sola, que no acierta a revelar la intención con mayor integridad (tanto si es dolosa como si es inocente).

La otra dirección viene a ser complementaria de la anterior: replantear los criterios normativos ante las peculiaridades de cada caso. Se trata de un criterio propio de los ordenamientos vindicatorios, el cual puede procurar ventajas y también desventajas para la acción de la justicia, tal como estudiamos en la parte dedicada a la crisis histórica del sistema vindicatorio, los regímenes absolutistas y la emergencia del Derecho penal.

La idea del juicio de equidad no puede formularse con una normativa general —ello iría en contra de su propio criterio— sino que debe aprenderse con ejemplos. Uno de los más conocidos al respecto es el juicio de Salomón;⁴⁷ el juzgador resuelve con una provocación ordálica (sacrificar a un niño) un derecho materno. Juega con la psicología y la fuerza del afecto materno para resolver un caso para el que no estaba previsto el uso de las ordalías. Salomón la inventa exprofeso para este caso concreto. Decide afrontar un riesgo, convencido de la total entrega del amor materno en el enfrentamiento entre dos mujeres que reivindicaban a un niño como hijo suyo. La renuncia de una de ellas a la posesión del hijo, con tal de que viva, es la señal inequívoca de la superioridad afectiva y moral de la madre natural. Se trata de un proceso dentro del ordenamiento vindicatorio, que permite resolver conflictos mediante sentencias producidas por ordalías. El criterio de equidad va hasta los límites antropológicos del caso: entra en la psicología moral del amor materno. No se limita a la normativa aplicable al conflicto porque tampoco tiene pruebas para hacerlo. Su juicio y sentencia, trasladados a nuestro ordenamiento serían totalmente improcedentes (se podrían aducir infracciones de ley y quebrantamientos de forma): no tienen sentido fuera de su propio ordenamiento jurídico (vin-

47 Primer libro de los reyes, 3,16-28 (École biblique de Jérusalem, *La Sainte Bible*, París: CERF, 1961).

dicatorio) para el que obtienen validez y vigencia tanto el juicio ordálico como la libertad del juez para ampliar los hechos enjuiciados. Antes que nada, la ordalía propuesta por Salomón introduce una gravísima amenaza de muerte contra un inocente. Pero en el relato bíblico, la crueldad de la propuesta salomónica se correlaciona moralmente con la crueldad de la mujer que quiere arrebatar el hijo a otra. Esto hace que el juicio salomónico adquiera un valor moral que desplaza completamente el desvalor del que se vale. Actúa como una provocación que desvela inmediatamente la maldad que es la única realmente capaz de aceptar el sacrificio del niño, y a la vez, la bondad y el amor que aceptan la desposesión materna a cambio de respetarle la vida, mostrando así la verdadera maternidad.

Este tipo de juicios de equidad juegan con las emociones como normas⁴⁸ e inventan recursos juzgadores fuera de lo común, aunque insisto: en su contexto histórico, el juicio de Salomón resulta legítimo para un ordenamiento que cuenta con ordalías y amplio arbitrio del poder judicial.

Quando se instaura un juicio de equidad en el que hay una forma de conseguir la perfección de la justicia, se da la epiqueya aristotélica. Pero se trata de una invención sobrevenida para el caso. No es generalizable para otros casos, o lo generalizable no es algo que se reconozca preferentemente en el terreno jurídico, aunque sí en el de la Antropología jurídica: en el caso de Salomón, se trata del dogma moral del amor materno. En términos de cultura jurídica, el juicio según equidad no proporciona un nuevo referente normativo sino más bien una cultura judicial que puede *inspirar* para juzgar otros casos. Lo mismo que, con mayores límites, ocurre en la cultura jurisprudencial: el conocimiento de un buen número de casos resulta *inspirador* para la resolución de otros, no solo en atención a la aplicación de unas normas concretas o fundamentaciones jurídicas específicas, sino en atención también a «cómo en su conjunto se ha juzgado y sentenciado».

En cuanto a la Legislación, además de su integración en los recorridos de las ficciones legales o jurídicas, cabe señalar también su existencia meramente simbólica, por la imposibilidad de su conocimiento completo y pormenorizado. Se trata del problema de la ignorancia del Derecho so-

48 Sobre esta cuestión: Edoardo Fittipaldi, *Norma. Una proposta di concettualizzazione per la Sociologia del diritto e le altre scienze sociali*, Milán: LED (2022).

bre el cual discurrió Joaquín Costa.⁴⁹ La ignorancia del Derecho es una cuestión que puede comprenderse desde lo que podríamos considerar como sus síntomas históricos: por una parte el precepto de que *nemini licet ignorari ius*, que a nadie le es lícito ignorar el Derecho, que nadie tiene derecho a ignorarlo; pero por otra parte, la promulgación inaccesible de leyes, como en una de las anécdotas de Calígula: colgar edictos en lo alto de los capiteles y muros de las basílicas para que pasaran desapercibidos y poder castigar abusivamente sus transgresiones. Actualmente tenemos la interminable letra pequeña de los contratos, las leyes vagas o con unos lenguajes equívocos e ininteligibles a la espera de decretos más prácticos para su aplicación; y lo que Costa critica más: su número excesivo, imposible de conocer, el legislar «sin ton ni son».⁵⁰ Es decir que, por una parte, el Derecho pretende instituir nada menos que la vida, y por ello ha de tratar de ser inteligible para la vida de las personas y, por otra, se desarrolla con una serie de previsiones y provisiones —que por lo común obedecen a intereses que precisan «complicar» o «manipular» el Derecho— que lo visten con un exceso de indumentaria imposibilitándole el andar. El realismo jurídico aconseja que más que conocer el Derecho hay hacer como si se le conociera. Así aprenden los operadores jurídicos: por imitación de su pragmática y raras veces por el estudio completo de su semántica. En vez de ir al *espíritu de las leyes*, captar el *estilo de su porte*. El Derecho, ya hablamos de ello en otras partes de este libro, tiende a alienarse excesivamente de la lucidez coloquial. Entonces, debe ser traducido. Así se descubre en ocasiones, como ocurre con otros lenguajes formales, un significado más ordinario y poco convincente.⁵¹

La pista importante para la Antropología jurídica de la legislación no es la interpretación dogmática de las leyes sino la interpretación vivida de las mismas: cómo afectan la vida de las personas, cómo estas refieren

49 Joaquín Costa, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*, Barcelona: M. Soler (1908).

50 Cf. Maria Luisa Maqueda (2016) «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 118, 2(1).

51 Para una crítica de estos formalismos, aunque el autor contaba con una traducción privilegiada por parte de un magistrado: Bruno Latour, *La fabrique du droit*, París: La Découverte (2002). Para una crítica de las coincidencias del derecho penal con los intereses y la jerga neoliberal: Geoffroy de Lagasnerie, *Juger. L'État pénal face à la sociologie*, París: Fayard (2016). Para comprender mejor el posicionamiento excéntrico de Lagasnerie: *Penser dans un monde mauvais*, París: PUF (2017).

lo que la legislación ha supuesto para el curso de sus vidas. Es por este motivo que una ley sobre el divorcio o sobre el aborto, sobre el alquiler o sobre la contratación laboral se ve forzada a tener un lenguaje y contacto más directo con la realidad de las vidas de las gentes que una ley que solo atañe a la promoción en la carrera judicial, sujeta a los «tejes y manejes» del «cuerpo», igual que ocurre con los demás «cuerpos». La racionalidad burocrática es más poderosa que la racionalidad jurídica: es capaz de dividir cualquier institución que se ha dado dogmáticamente por indivisible. El atractivo de la divisibilidad burocrática es el de tener un feudo, un espacio de poder igualado a otros y reconocido necesario por los superiores. Por eso, en la medida en que el Derecho cede a la racionalidad burocrática, se va dividiendo y subdividiendo, perdiendo cada vez más fondo común. Bastantes juristas reaccionan y resisten esos excesos, desde la enseñanza del mismo Derecho hasta la fundamentación de doctrinas jurisprudenciales, pero ni los constitucionalistas pueden apenas resistir su condición de «especialistas»: es como encontrar a un canonista reivindicando la retórica de una *especialización* en los diez mandamientos para que los pueda cumplir cualquier judío o cristiano.

4. ESTATUS Y CONTRATO: DON Y COMPRAVENTA

Con estos dos conceptos, Maine estableció una distinción altamente relevante para la Antropología jurídica. En las sociedades de *estatus* se establecen vínculos según derechos y obligaciones, partiendo de unas posiciones que se adscriben a las personas según pertenencias a clanes o a grupos de parientes y según posiciones de Parentesco que van dependiendo de la edad y del sexo. En cambio, en las sociedades de contrato, las personas entran en derechos y obligaciones sobre determinadas materias —no es que su posición en la sociedad ya determine de antemano lo que deben cumplir y esperar lo que otros deben cumplir con ellos—. De aquí que, tal cómo funcionan las civilizaciones primitivas, se pueda oponer la reciprocidad al contrato (en contra de la teoría evolucionista de Davy que luego expondremos). La *reciprocidad* como teoría holística (no solo económica o jurídica) entiende el universo de los derechos y las obligaciones adscrito al *estatus*, mientras que la teoría del *contrato* los entiende adquiridos *ex novo* según cada compromiso contractual.

Por otra parte, varias doctrinas jurídicas enfatizan la base de reciprocidad que implica el contrato. Evidentemente, la idea de reciprocidad permeabiliza a todo acuerdo bilateral, no se puede negar. Pero la cuestión estriba en esa diferencia que hemos señalado y que Maine sostuvo al comienzo de la Antropología jurídica. Mark Mosko⁵² ha expuesto con varios detalles empíricos el modo distinto de operar de la *reciprocidad* y del *contrato*, en concordancia con diversos tipos de vínculos y valores sociales, revalidando la tesis de Maine.

Entre Fustel de Coulanges y Marcel Mauss culmina la teorización de la mayor vinculación de bienes a estatus o estatutos personales, siguiendo con la partición establecida por Maine. Precisamente, Fustel de Coulanges⁵³ entra en esta tesis con una institución de Derecho romano, el mismo derecho que desarrollará toda una casuística contractual. Se trata de los

52 Mark S. Mosko, «Inalienable Ethnography: keeping-while-giving and the Trobriand Case», *JRAI*, 6 (2000).

53 *La Cité Antique*, París: Flammarion (1984).

bienes que constituyen el patrimonio del paterfamilias vinculado al culto a los antepasados. Estos bienes no pueden desvincularse a través de contratos que los alienen, bajo pecado de profanación de los recursos vinculados al culto. Marcel Mauss iniciará la apreciación de los fenómenos conservadores de guardar el nombre mientras se da la cosa, o algo que la simboliza, y de dar la cosa con pesar del sentimiento de apego a la misma. En las coexistencias de la economía de mercado con la economía patrimonial de bienes vinculados encontramos la prelación adquisitiva del que ha vendido para recuperar lo vendido (sin perjuicio de que la venta simule la obtención de un crédito hipotecario) como en los derechos de tanteo y ventas a carta de gracia.⁵⁴

Desde la perspectiva vindicatoria, cuando prima el derecho de vinculación de bienes, el precio recibido por la enajenación del bien patrimonial se entiende como compensación por la ofensa a la integridad de dicho patrimonio, especialmente por el nexo que el bien material guarda con una obligación religiosa y con el deber moral que la acompaña: el de poder transmitir (*tradere, traditio*) dicho patrimonio al linaje.

Los sentimientos de apego y la moral del bien tradicional de la familia subsisten, aunque las vinculaciones inalienables —o casi— hayan desaparecido con las leyes y costumbres de mercado. En ese sentido, forman parte del derecho vivido la tristeza, la nostalgia y el llanto (por el bien perdido, que destaca Mauss) que deja tras de sí la venta de un bien de arraigo patrimonial.

El derecho vivido todavía nos muestra rasgos de una sociedad de estatus adscrito cuando hay que deshacerse de bienes de patrimonio. Estos sentimientos vividos no son reconocidos por el Derecho contractual, ni tienen cabida en su registro notarial, pero pueden conocerse y constituyen la historia que envuelve al contrato. Pueden explicar dudas, vacilaciones, pesares y derrotas en una compraventa, cosas que predisponen para sostener ideas morales y políticas sobre el orden de la economía con su sociedad.

54 Para todas esas cuestiones: Marcel Mauss, «Essai sur le Don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques», en *Anthropologie et Sociologie*, París: PUF (1989) (1924); Maurice Godelier, «L'énigme du don», *Social Anthropology*, 3, nos. 1 y 2, (1995). Para un ejemplo histórico concreto de estas ficciones: Llorenç Ferrer, «Censals, vendes a carta de gràcia i endeutament pagès al Bages (s. XVIII)», *Estudis d'Història Agrària* (1983).

El derecho vinculatorio se distingue del contractual por su fusión de los derechos patrimoniales con derechos de personas sobre personas. Paradigmáticamente, es el derecho paterno sobre esposa e hijos. En varias civilizaciones (notablemente en las primitivas) no hallamos la distinción contractual entre el derecho sobre las cosas y el derecho sobre las personas; distinción que encontramos en el Derecho romano para el que también rige la tradición del derecho vinculator patriarcal.

En las civilizaciones primitivas hemos de referir la racionalidad del don en vez de la racionalidad del mercado, no porque no se produzcan intercambios con rasgos típicos de mercado, sino porque su proporción es exigua y la racionalidad en el economizar y distribuir viene dictada por la moral del don,⁵⁵ la cual significa esencialmente dinamizar los recursos con arreglo a la distribución obligada de los frutos del trabajo, recibiendo a su vez (*reciprocidad*) los frutos de otros trabajadores; todo ello dispuesto según un cuadro de derechos y obligaciones contraídas por las posiciones de Parentesco (por nacimiento y a través de la edad y el sexo). Por lo tanto, no hay compraventa ni explotación de trabajo ajeno, sino distribución y recepción de los frutos del trabajo según cada posición en el Parentesco.⁵⁶ Trataremos más ampliamente esa cuestión en el capítulo final del libro.

La propiedad privada hecha inversión de capital en el mercado, con todas sus consecuencias para el desarrollo de un sistema de compraventas (de trabajos y productos de todo tipo), ha favorecido aún más la distinción entre derechos sobre cosas y sobre personas. Aunque, después de Marx, antropológicamente se puede hablar de derechos sobre personas tratadas como cosas y derechos sobre cosas tratadas como personas. Evidentemente, se trata de una noción de persona que no es la ficción de persona jurídica, ni estrictamente física, sino de persona moral y social, como ser humano dotado de varias capacidades y de vida manifiesta en varias relaciones sociales.

En sociología jurídica, los derechos son siempre de las personas y entre o sobre personas en relación con cosas, pero no exclusivamente sobre las cosas sin tener en cuenta las relaciones entre personas (Maine, Marx y

55 Marcel Mauss, «*Essai sur le Don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*», en *Sociologie et Anthropologie*, París: PUF (1989) (1924).

56 Para un esquema clásico de una economía basada en la racionalidad del *don* y la *reciprocidad*: Raymond Firth, *Primitive Polynesian Economy*, *op. cit.*

Vinogradoff lo han dejado claro). Sin sociedad no hay derecho, del mismo modo que en toda sociedad se encuentra alguna forma de derecho. La más mínima posesión es un acto que tiene sentido jurídico —el mínimo sentido normativo— siempre en sociedad, siempre de alguien frente a otras personas, si no es así, no tiene sentido la posesión: es un concepto social. Las relaciones humanas de la posesión y de la desposesión no se explican por leyes de atracción y repulsión electromagnéticas, sino por las capacidades de poder y de coordinación que tienen los seres humanos entre sí, para influir en el comportamiento inducido o compartido.

Los derechos de posesión hablan entre las personas (no con las cosas) con todas sus cualidades y capacidades, por más que un negocio jurídico —un contrato laboral, por ejemplo— haga uso exclusivo de solo alguna de ellas. Precisamente en la especificidad del contrato del capitalismo moderno se halla la alienación que Marx teorizó.⁵⁷

Puede parecer que las cosas nos hablen, como cuando Marx⁵⁸ hace hablar a la naturaleza del bosque en relación con los derechos de propietarios y recolectores, pero se trata de un lenguaje humano para humanos. Se humaniza la naturaleza: como si tuviera un sentido ético muy humano. Precisamente este es el encanto y la falacia del *giro ontológico*: pretende independizar a los agentes naturales de toda expresión humana, revelando «la suya». Pero parafraseando a Nietzsche, se trata de una pretensión humana, demasiado humana, porque se hace hablar a los agentes naturales con un lenguaje tan humano que no lo parece porque es inhabitual: el lenguaje del profundo respeto por las íntimas y maravillosas peculiaridades de cada ser, un reconocimiento muy humano o para algunos «demasiado» humano.

Pero las cosas no hablan ni el lenguaje jurídico ni ningún otro lenguaje que tenga significado para el orden social. Por más que yo hable con una cosa, no establezco una relación de posesión con ella: debo hablar de alguna manera con otras personas. La sociología de la posesión (y de la propiedad, por supuesto), la convencionalidad social en la posesión, antecede a cualquier representación aparentemente no normativa de la naturaleza. Marx escribe como si primero existiera la naturaleza con sus

57 Resulta esclarecedora la introducción que Fromm escribió a los textos de Marx sobre la alienación: *Marx y su concepto del hombre*, México: Fondo de Cultura Económica (1962). También Mészáros István, *Marx's Theory of alienation*, Londres: Merlin (1975).

58 Lo veremos en el capítulo «Cuando la ley criminaliza la costumbre».

signos y después la humanidad con sus convenciones, pero esos signos de la naturaleza adquieren sentido precisamente gracias a una mínima convencionalidad humana, lo cual no quiere decir que el significado adquirido no pueda incluso ir en contra de dicha convencionalidad.

Que el derecho sobre los esclavos se haya considerado un derecho sobre cosas debe interpretarse primordialmente como un derecho sobre personas tratadas como cosas. La explicación relativista radical no vale, porque si la esclavitud hubiera sido una condición natural para determinada cultura (la romana), no existiría la personalidad del liberto —y aún del libre— en la misma persona del esclavo (lo mismo veremos a propósito de la incapacidad de la mujer tornada de repente en la responsabilidad propia de un hombre).

El cómo y el porqué del trato al esclavo definen mejor su personalidad social y jurídica que el supuesto derecho directo sobre las cosas. Descubrir ese cómo y ese porqué es la tarea de una Antropología jurídica. Varios autores han reflexionado, han tratado de explicar críticamente, o de justificar en parte, la institución de la esclavitud desde que lo hiciera Aristóteles. En este sentido, el caso histórico brasileño y sus diversas sociologías resultan muy reveladoras.⁵⁹ No es extraño que el tratamiento de esclavitud se corresponda con la etimología del término *familia*. En la tradición patriarcal romana, el poder de tener familia se fundamenta en el poder de tener esclavos domésticos. La familia es un núcleo de poder que no se expresa por su capacidad respecto a esposa e hijos, que también, sino fundamentalmente sobre fámulos. *Familiae nomine etiam duo servi continentur*: que con dos esclavos ya podemos hablar de familia, sin mención de esposa e hijos. Para el reconocimiento de la familia es indispensable un mínimo de servidumbre.⁶⁰ Personas tratadas como sirvientes en total disponibili-

59 Especialmente en su reconstrucción de un *continuum* entre el régimen esclavista y el patriarcalismo moderno: Gilberto Freyre, *Casa grande e senzala*, Río de Janeiro: Olympio (1969); *Sobrados e Mucambos*, Río de Janeiro: Olympio (1968); *Ordem e Progresso*, Río de Janeiro: Olympio (1974); Otávio Ianni, *As metamorfoses do escravo*, São Paulo: Difel (1962); Fernando Henrique Cardoso, *Capitalismo e escravidão no Brasil meridional*, Río de Janeiro: Paz e Terra (1977); Maria Alice de Aguiar, *O Elogio da Dominação*, Río de Janeiro: Achiamé (1984).

60 Con posterioridad, y hasta la actualidad, la posesión de una servidumbre resulta también indispensable para representar la solidez y el bienestar de la familia «burguesa» o mínimamente acomodada para cumplir con la cultura moral (y religiosa) de una clase media o alta. Sin servidumbre sigue sin reconocerse una familia de clase y «con clase».

dad y como cosas para su libre compraventa: ese poder sobre el famulato es el que retuvo el nombre de familia. Así, se entiende la familia como una institución política dotada de un poder básico y necesario para su existencia: el sumo poder del paterfamilias⁶¹ —paradigmáticamente sobre los esclavos— es el que confiere ese aumento de potencia y de seguridad, la *auctoritas* sobre el resto de componentes de la familia. Toda la pureza del patriarcalismo de tradición romana —como poder y jurisdicción incontestados— se debe a la relación del paterfamilias con su famulato, y económicamente es su utilidad principal.

Retomando la cuestión de la alienación de bienes en un sistema de reciprocidad contrastado con otro de mercado, se han podido confundir muchos aspectos entre ambos por olvidar lo esencial de uno y otro sistema: en el primero se pueden transferir las vinculaciones y en el segundo, no. Sin embargo, en el sistema de mercado conocemos la transferencia de vinculaciones, aunque no sea la que fundamente y ordene la vida económica. La conocemos con los regalos. Aclarémoslo: el objetivo del regalo —hablamos del regalo de motivación afectiva, no de sobornos o servilismos— es despertar el agrado de un gesto por parte de una persona con la que se comparte un afecto. En la elección del regalo: «esto le va a gustar porque lo sé», se produce el reconocimiento del sentido agradable de una vinculación (con una cosa) entre dos personas. Lo mismo ocurre cuando el regalo consiste en la donación o legado de un bien: se transmite la vinculación que la persona tenía con aquel bien a otra persona que se tiene en especial consideración, normalmente un pariente. En estos casos, lo que destaca es la vinculación de la persona con el objeto. Ello significa que, en realidad, se transfieren vinculaciones, reconocimientos del vínculo con la cosa entre dos o más personas. Cuando se habla del impacto existencial del don de reciprocidad generalizada,⁶² se piensa en este fenómeno: se transfiere la virtud de la vinculación con el objeto desde una persona a otra. Indefectiblemente, ello resulta apreciado por el carácter y relevancia de dicha vinculación. Es lo que le confiere valor. Como en la herencia de un patrimonio querido y cuidado por un antecesor y recibido

61 Sobre la deriva individualista del paterfamilias romano: Robert Nisbet, «Kinship and Political Power in First century Rome» en Donald Black y Maureen Mileski, *The social Organization of Law*, Nueva York: Seminar Press (1973).

62 Nancy Munn, *The Fame of Gawa. A Symbolic Study of Value Transformation in a Massim Society*, Durham: Duke University Press (1992).

por el heredero con el aprecio renovado en una vinculación análoga. En términos de derecho vivido, se transmiten vinculaciones con cosas, no solamente cosas.

Ahora bien, con el imperio del mercado capitalista surgen toda una serie de desvinculaciones para favorecer el enriquecimiento individual mediante la venta de bienes compartidos. De hecho, en la historia europea, este proceso comienza con las donaciones y legados que se hacen a la Iglesia, en detrimento de las que se hacían entre parientes.⁶³ Eso sí, con parientes que pueden beneficiarse en parte de esas donaciones a través de la misma Iglesia, deviniendo clérigos. Más tarde, las desvinculaciones (desamortizaciones) afectarán a la misma Iglesia en beneficio de su puesta en el mercado con una presumida demanda útil para el aumento de la producción agraria.⁶⁴

La desconsagración de los lugares sagrados es el rito y norma canónica para desvincular un bien eclesiástico. Esto significa reconocer el nexo sagrado entre el objeto y su poseedor y tener que borrar ese vínculo, con toda su naturaleza, para poder alienar el objeto. No se trata de trasladar el vínculo, lo cual no requeriría ninguna desconsagración, como cuando se traslada el dominio de un lugar sagrado de una orden religiosa a otra, sino de destruir el vínculo, porque ya no va a existir como tal. Así, si en la consagración de un altar se le coloca en un hueco una reliquia que le confiere una vinculación metonímica con el universo santo y sagrado de la Fe, en su desconsagración se retira, siempre a modo de magia metonímica, como una *rama dorada* de Frazer. Una vez que se retira la reliquia, donde reside el espíritu del que depende la vida religiosa del lugar, el ara y su recinto ya pierden todo poder para el culto. Se destruye el vínculo y, al hacerlo, el lugar pierde todo el poder y la vitalidad espirituales. La transferencia del dominio entre órdenes religiosas sería una transferencia de vínculos, pero su disposición para el mercado se hace con la destrucción del vínculo. La transferencia de los bienes eclesiásticos al mercado equivale a una profanación, y como tal fue valorada y sentida por muchos fieles: así se sintió su desvinculación histórica (desamortización). En el salto de la Antropología económica y jurídica de los

63 Cf. Jack Goody, *The Development of the Family and Marriage in Europe*, Cambridge: Cambridge UP (1983).

64 Para un compendio crítico de las desamortizaciones españolas: Joaquín Sanmartín, «El problema de la desamortización en España», *Cuadernos de Aragón*, n.º 21 (1990).

vínculos del don a las desvinculaciones del mercado ocurre —para quienes valoran aquellos vínculos— una profanación, mientras que para los que los desvaloran supone una liberación económica, la cual se realiza en el mercado.⁶⁵

Este aspecto del desarrollo del capitalismo contemporáneo ha llevado a una confusión concerniente a las ideologías políticas: los conservadores de ahora son liberales anticonservadores en el contexto del mercado del siglo XIX. Su defensa del absolutismo de mercado implica su alianza con la desvinculación o profanación de los bienes de la Iglesia. El conservadurismo actual es destructor de vinculaciones, no es su protector, es destructor de vinculaciones de familia, de municipio, de Estado y de religión. No quiere conservar ninguna vinculación afectiva o espiritual ante una oportunidad de mercado. Entiende la libertad básicamente como una desposesión. Su capacidad para capitalizar depende de su poder para desposeer. El «conservadurismo» actual destruye sistemáticamente el apego o vinculación afectiva de las personas con las cosas y su transmisión, su regalo, siempre que puedan alienarse en el mercado. El Estado se aprovecha de ello añadiendo oportunidades de fiscalización a las oportunidades de mercado y ficcionando donaciones y herencias como si fueran compraventas. Tanto es así, que los mismos «conservadores» —aquí sí que para conservar sus patrimonios— se han alzado contra la apropiación estatal de una parte de sus legados. Las contradicciones no cesan.

El resultado de estas coyunturas suele ser que los más pobres no pueden resistirse al comercio de sus recuerdos de familia, y los más ricos pueden caer en la tentación de que les ocurra lo mismo ante la codicia de una oportunidad de mercado. Así, podemos contemplar la compraventa de viviendas enteras con las cosas de sus antiguos residentes, o de múltiples objetos dispuestos en un mercado de pulgas o encantos como en una vivienda; es decir con los indicios de los vínculos vividos. Al venderse, incluso a veces el nuevo propietario adquiere conciencia de la profanación que lleva a término, y busca —no sin algún chasco— a los herederos naturales del inmueble, para devolverles algún objeto que cree que han de estimar.

65 Marcel Mauss parece haber comprendido casi siempre ambos aspectos. Por eso en ocasiones parece como si defendiera uno o bien otro; y también trató de unificarlos con una teoría sobre la moneda primitiva: «Valeur magique et valeur d'échange» en *Oeuvres*, París: Minuit (1974).

Sea por beneficio, por oportunidad o por necesidad, los bienes de vinculación sentimental acaban alienados en el mercado. En contraste con esos bienes, hay otros que resisten sobradamente su alienación por el valor real o simbólico que tienen en relación con el Estado o con el orden político que precisa el mismo mercado. Así, no se alienan tan fácilmente palacios reales, parlamentos, sedes gubernamentales, judiciales o bancarias. Más difícil es todavía alienar coronas o cetros reales, aunque sí se alienan altas condecoraciones con cierta facilidad. Varios títulos de nobleza pueden comprarse directa o indirectamente (con donaciones) y constituyen garantías de capital social para operaciones mercantiles.

5. EL CONTRATO Y LA DESIGUALDAD

Georges Davy⁶⁶ desarrolló una teoría evolucionista en la que el principio de reciprocidad o sistema del don de Marcel Mauss entraba en continuidad con el contrato del Derecho civil. Juramentos asertorios y promisorios, o bien promesas juradas privadas, serían claros antecedentes de los contratos. Davy «contractualiza» la reciprocidad: de ello hablaremos más adelante. Aquí nos interesa otro aspecto de su obra, complementario con la visión de Durkheim sobre el contrato.

La perspectiva de Davy parte de las creaciones de deberes y obligaciones mutuas. Primero conviene aclarar que, de acuerdo con el Derecho romano, podemos distinguir entre deberes y obligaciones. Los primeros serían de carácter moral, obligándose cada parte o una sola parte (deberes de culto religioso, de amor filial, de precedencia o respeto personales) a cumplirlos sin que puedan someterse a la autoridad sancionadora de un tercero. Mientras que el cumplimiento de las obligaciones es velado por la autoridad de un tercero y de un proceso (judicial).⁶⁷ Esta distinción es también sociológica y políticamente importante, puesto que implica el sometimiento o no de la obligación contraída a la autoridad del proceso. Pero en el fuero interno de cada parte puede que exista mayor fusión o *continuum* entre el deber, el sentido del deber y la responsabilidad ante la obligación. Es precisamente ese *continuum* el que refuerza la tesis de Davy y en buena medida está refrendada por muchos contratos. Si bien la naturaleza y lógica del contrato se centra en el cumplimiento de unas obligaciones concretas, estipuladas y definidas materialmente, no en cumplir con las expectativas de una actitud y disponibilidad (según el «estatus»), el contrato precisa también a menudo de una actitud que no es

66 Georges Davy, *La foi jurée. Étude sociologique du problème du contrat. La formation du lien contractuel*, París: Alcan (1922).

67 Giuseppe Falcone, «Obligatio est iuris vinculum», en *Annali del Dipartimento di Storia del Diritto, Università degli Studi di Palermo*, Turin: Giappichelli (2003).

capaz de definir con precisión y que queda englobada en la categoría de responsabilidades recíprocas. A veces, la referencia moral se acoge a una responsabilidad que se ha convertido en norma consuetudinaria: así, por ejemplo, cuando en los tradicionales contratos de cultivo catalanes se estipulaba que el campesino cultivaría *a ús i costum de bon pagès* (según uso y costumbre de buen campesino), la referencia es a una actitud general de cuidado y responsabilidad que el contrato no puede controlar de un modo específico. Se trata de una disposición de carácter moral muy general, la cual entra plenamente en la categoría del deber. Lo que está comprometido entonces es el honor, la buena fama, el prestigio social del campesino y también del propietario. Antònia Morey y Joan Carreras⁶⁸ recogen este aspecto, destacando el caso del propietario que debe restituir el buen nombre al campesino a quien previamente ha difamado, al comprobar que no le estaba engañando como creía.

Diana Sarkis⁶⁹ ha sintetizado con la expresión *trabajar con el corazón* la experiencia de las exigencias y compromisos de amplio abasto moral en los trabajos agrícolas. La tradición de la implicación que exige la responsabilidad moral se ve chocada por la invasión de un capitalismo que transforma el sentido del trabajo. Se pasa de un sentido tradicional del trabajo en el que las relaciones salariales se concebían como una extensión de los lazos de amistad (*sadaqa*), cariño (*mahabbe*) y confianza (*tiqqa*) entre familias, a trabajar «para extraños». ⁷⁰ Sarkis muestra cómo esta alienación social del contrato de trabajo individualizado e individualista anda pareja con la alienación del concepto tradicional de valor, cuando queda sujeto al precio. El valor de la persona en una tradición islamizada (referida a la venta de José, hijo de Jacob) entra en la injusticia con el precio, porque antes el valor era lo que se correspondía con algo (que podía ser también una persona) haciéndole justicia. ⁷¹ Se trata de una concepción de cultura vindicatoria que nos lleva al *wergeld*, al valor de la persona según su dignidad en la escala social como referente de todos los valores, algo ajeno al precio establecido en un mercado laboral. Sarkis concluye que el

68 Sobre el significado de la cláusula «a uso y costumbre de buen labrador» en los contratos agrarios de las Baleares, Lleida: XIII Congreso de Historia Agraria (SEHA).

69 En *Trabajar con el corazón. Trabajo, capital y economías morales en la agricultura Siria*, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona (2015).

70 Ibid., p. 255.

71 Ibid., p. 223.

mercado capitalista del trabajo *despoja a las jornaleras antiguas del valor de su patrimonio simbólico familiar (buena reputación) que se han ganado durante años (y generaciones) con su comportamiento como trabajadoras y como personas...* Este proceso de mercantilización es vivido con extrema violencia por Nidal, Uardi, Firás y el resto de la familia, quienes lo perciben como una reducción tout court de las personas a su valor monetario, reducción que juzgan como un pecado mayor, pues atenta contra los principios fundamentales de la Creación, es decir del buen orden del mundo.

La tesis de Davy tiene aquí su cabida. El capitalismo habría establecido por un lado unos contratos —que son los que tenía Maine presentes al distinguir el contrato de los deberes u obligaciones según estatus— en los que toda la capacidad responsable se hallaba escriturada y definida por materias. Este tipo de contratos tiene sus extremos en la compraventa ordinaria de mercado y en el incumplimiento ventajoso y responsable con las cláusulas penales del contrato (*efficient breach of contract*) que impone una multa, reparación o indemnización. Luego, en otros contratos (paradigmáticamente los laborales y de constitución de sociedades mercantiles), quedarían implícitas o con vagas referencias unas responsabilidades de carácter moral que solo pueden entenderse según actitudes y costumbres del mismo carácter. Así pues, el carácter moral de la promesa jurada o de los juramentos asertorios y promisorios se mantendría —aunque más vagamente o como abuso de la buena fe de la parte trabajadora— en el universo de los negocios jurídicos contractuales. Reitero, sin embargo, los extremos: contratos de compraventa sin negociación entre las partes, que son contratos de adhesión o predispuestos por una parte; y en el otro extremo: contratos laborales moralizados según costumbres, antiguos contratos sinalagmáticos que son trueques de bienes y servicios, afectos también a costumbres morales de cumplimiento, contratos de corretaje o mediación para negocios muy diversos que dependen primordialmente de la actitud moral de la buena fe, o contratos personalísimos (*intuitu personae*) que dependen de circunstancias y características de las personas implicadas.

Se puede objetar que la buena fe resulta indispensable para realizar cualquier contrato. Cierto, pero pragmáticamente —y esto nos impone una vez más la fuerza de la costumbre— la buena fe y la responsabilidad moral afectan más a unos contratos que a otros: hay compraventas automáticas que no dejan dudas sobre su corrección y otras que incluso quedan suspendidas por sospechas de mala fe o indicios de estafa. El con-

texto social que hace de una práctica legal una costumbre confiada o una operación vulnerable es el que nos explica realmente el contrato como hecho social con todas sus atribuciones.

Resulta significativo que en el lenguaje ordinario el verbo contratar signifique casi siempre la acción de parte de quien tiene la iniciativa para un contrato en el que la otra parte consiente o se adhiere a su propuesta, con una influencia menor sobre las condiciones y pactos del contrato. Esta desigualdad es paradigmáticamente constitutiva del contrato de trabajo, lo que Durkheim destacaba como la desigualdad en las condiciones para contratar, un pacto que es un enfrentamiento en desigualdad de lucha. Esto en el ámbito laboral se traduce, de una parte, con la expresión *ser contratado* y, de otra, con la de *haber contratado*. El derecho contractual en su idealidad normativa trata de superar esta desigualdad, amparándose en la libertad formal, el consentimiento mutuo y la misma capacidad de negociación para ambas partes. Pero es solo una ficción legal. Es uno de estos aspectos del Derecho que Alain Supiot⁷² destaca por ser de los que las ciencias sociales han rescatado de la inopia del Derecho, devolviéndolo a la realidad vivida, porque el Derecho se ha mostrado inútil para revelar la realidad de estos contratos. Muchos de los estudios del libro de Pierre Bourdieu y colaboradores, titulado *La miseria del mundo*,⁷³ van dedicados a las desigualdades e iniquidades que existen tras un régimen contractual laboral.

La propuesta de Alain Supiot es la de restituir al trabajo lo que él considera la dimensión propiamente antropológica. En realidad, la propuesta de Supiot se inscribe en la recuperación de lo que típicamente el trabajo capitalista aliena. Prescindiendo de la parte utópica de la perspectiva marxista sobre la alienación, debemos aceptar, por lo menos, lo que podríamos considerar como compensaciones de las relaciones de alienación. Esto es, tratar a las personas teniendo en cuenta que necesariamente habrá algunas relaciones alienadas en que serán tratadas como objetos, o por lo menos muy parcialmente en relación con el conjunto de su personalidad. De hecho, estos tratos son ineluctables en cualquier sociedad, aunque desde luego son más frecuentes en las sociedades capitalistas. Uno de los planteamientos éticos más conscientes de este problema lo debemos

72 Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, París: PUF (2015).

73 Pierre Bourdieu, *La misère du monde*, París: Seuil (1993).

a Simone de Beauvoir.⁷⁴ Nos dice que, entre otras razones, se precisa una moral para hacer frente a la ambigüedad con que las personas se tratan como sujetos con una consciencia de integridad, y a la vez como objetos o instrumentos parciales para la existencia de otras personas. La solución al conflicto es de carácter ético: no perder la consciencia de la integridad de las personas mientras se está en la necesidad de tratarlas como objetos. Esto tiene dos consecuencias: que el trato, aún en forma de objeto, se humaniza más, en el sentido de mayor respeto a la dignidad de la persona humana; y que se pondrá énfasis en compensar, o incluso reparar, el trato forzosamente dispensado a la persona como objeto. Así es como distinguimos, por ejemplo, el trato de un médico a su paciente como objeto de su ciencia y praxis, y a la vez en términos de respeto y consideración por la dignidad del mismo como ser humano.

Tendríamos pues, por una parte, una teoría más bien absoluta de la alienación, la que Marx propone teniendo en cuenta la versión más pura o cruda del capitalismo decimonónico y, por otra parte, una teoría como la de Beauvoir, modificada por una visión más realista de todas las condiciones existenciales que se dan a lo largo de la historia. Alain Supiot insiste en este punto, considera que *el trabajo no puede ni debe ser reducido a la forma histórica particular que tomó en las sociedades industriales desde el siglo XIX, es decir, el trabajo asalariado a tiempo completo. La forma asalariada* —prosigue Supiot— *es solo un momento de la larga historia del trabajo*. Porque hay que tener en cuenta —el caso es especialmente notable en civilizaciones primitivas—⁷⁵ que el trabajo se puede encontrar completamente difuminado o disuelto con otras actividades que nosotros no solo no reconocemos como trabajo sino incluso como todo lo contrario, como ocio. Es decir, que en otras sociedades no se plantea el mismo problema de la alienación capitalista precisamente porque la presentación de la persona tiene un carácter mucho más íntegro que en su aprovechamiento laboral como trabajo para un capital. Marx distinguía este aspecto: al separar la presentación de la capacidad para trabajar del trabajo concreto que se realiza en la relación del contrato capitalista (*relación de producción* para Marx).

Sin descartar algunas alienaciones parciales relativas al trabajo en otras sociedades, insistimos en que siempre puede darse un trato de obje-

74 Simone de Beauvoir, *Pour une morale de l'ambiguïté*, París: Gallimard (1947).

75 Raymond Firth, *Primitive Polynesian Economy*, *op. cit.*

to a la integridad personal. En las sociedades en las que el trabajo se halla fusionado con otras actividades, la relación contractual pierde su sentido, porque no la tienen los encuentros en los que las personas desarrollan toda una serie de capacidades no estrictamente laborales, de gran amplitud social, para las cuales no tiene sentido precisar lo que para nosotros serían unas *condiciones laborales*. Trabajar de común acuerdo en iniciativas de reciprocidad generalizada —redistributiva— o del sistema del don moviliza toda una serie de recursos humanos que no pueden de ninguna manera reducirse a lo que en una sociedad capitalista se entiende por trabajo. Es así como Raymond Firth halló rito, ocio, fiesta, danza, comida, e incluso aspectos de carácter abiertamente lúdico en los «trabajos» realizados con las canoas en Tikopia.

No hay que olvidar que el mismo Adam Smith había establecido en su filosofía moral el trabajo como una iniciativa de la *simpatía* humana.⁷⁶ El concepto de simpatía de Smith significa más bien una empatía o solidaridad para cooperar, algo que desde luego no tiene que ver con el tipo de trabajo empleado en la relación capitalista. Smith sumerge el trabajo en estas relaciones de *simpatía* que caracterizan la expectativa de éxito en una empresa, la euforia en la cooperación para la misma y el disfrute de su resultado. En la filosofía moral de Adam Smith puede intuirse la figura del emprendedor, pero totalmente diluida en una obra común. Solo de esta manera ve Adam Smith compatible su filosofía moral con la de otros autores ilustrados para los que los sentimientos morales priman sobre las utilidades económicas. La alineación ética de Smith coloca la simpatía con la gratitud y con el resentimiento o la compasión frente al daño, constituyéndose así la determinación del juicio moral, tal como nos recuerdan Raphael y Macfie. Smith antepone continuamente la intención, la motivación en el juicio moral antes que la utilidad final. La misma conciencia surge en la relación social, no en un repliegue individualista. Esto va en contra de la interpretación sesgada que el liberalismo económico ha hecho de toda su obra —centrándose únicamente en el tema de la reificación del mercado—. Pero Adam Smith⁷⁷ también era consciente y critica los efectos perniciosos de la alienación y explotación capitalistas, no en el sentido que después desarrollaría Marx, pero sí en el sentido de cierto maltrato a

76 Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Oxford: Clarendon Press (1976).

77 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Oxford: Clarendon Press (1976).

la naturaleza humana y al empobrecimiento de las condiciones de vida. Sin embargo, su compromiso con el capitalismo le hacía augurar que tales condiciones deberían resultar transitorias y que la innovación tecnológica las superaría, pero el fanatismo capitalista no ha tenido en cuenta este primer posicionamiento de Adam Smith. Y menos se ha preguntado qué hubiera ocurrido si Adam Smith hubiera podido presenciar la persistencia de lo que él mismo consideraba posiciones intolerables de existencia humana bajo el capitalismo. Tal como dejó su obra, en ella aparece la contradicción en la que incidirá el marxismo: entre la parte *simpática* de la naturaleza humana y la parte egoísta, tal como Buckle destaca.⁷⁸ Con todo, Adam Smith en *La riqueza de las naciones* irá abandonando los planteamientos de los *sentimientos morales*. Como destaca Joan Robinson,⁷⁹ parecerá afirmar cada vez más la naturaleza expeditiva del capitalismo, preocupado esencialmente por el incremento de la productividad, la libertad comercial y la acumulación de activos.

Para Alain Supiot, la función antropológica del derecho en relación con el trabajo en régimen capitalista significa, en primer lugar —dado el orden jurídico—, por lo menos, la recuperación de la capacidad jurídica para acortar en justicia las diferencias. Esto sería, retomando a Durkheim, reequilibrar al máximo la diferencia de poder entre patronos y empleados. Para ello se requiere fundamentalmente seguir dos recorridos: el de los derechos humanos con su desarrollo doctrinal y el de los límites del derecho ante los imponderables de la vida. Con lo cual, se plantea una vez más la necesidad de resoluciones de equidad entre el tener que cumplir con legislaciones específicas y a la vez con orientaciones y leyes fundamentales sobre la dignidad y libertad humanas. Por eso resulta tan importante vincular orgánicamente los principios constitucionales y los convenios internacionales sobre derechos humanos con las legislaciones específicas, dando lugar a una jurisprudencia que resuelva el derecho al trabajo como derecho social. Esto se ha tenido presente más en la filosofía del derecho laboral y en sus principios institucionales que en la mayoría de los casos prácticos. Con todo, esta es la única pista abierta a falta de transformaciones que reformen las mismas bases de las relaciones jurídicas del mercado capitalista.

78 En la *Introducción* de Raphael y Macfie en Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*. *Op. cit.*

79 Joan Robinson, *Economic Philosophy*, Harmondsworth: Pelican Books (1964).

Mientras estas reformas no ocurren, la experiencia laboral como experiencia existencial oscila entre una responsabilidad moral que siempre trasciende la estrictamente contractual y la tendencia a la desvalorización de dicha responsabilidad por la presión para disminuir los costes laborales. La vivencia que resulta de esta condición es la de un chantaje en el que hay que escoger entre trabajar «bien» sin su debido reconocimiento, o trabajar «mal» como en un chantaje.

Davy se fija más en la parte formal que en la sustantiva del contrato, pero el capitalismo enseña cómo las formas se entienden según las materias que se contratan y los riesgos y beneficios que implican. Si nos concentramos en el aspecto formal de los contratos —entendiéndolos con libertad para negociarlos—, sí que podemos interpretarlos como ceremonias de creación de obligaciones mutuas. En esta representación difieren poco de las promesas juradas y de los juramentos promisorios. Para Davy, la fraternidad jurada —*la foi jurée*— sería el antecedente del contrato: una ceremonia de creación de deberes y obligaciones mutuas. Sin embargo, Davy no ve lo que Maine ya había señalado: en la fraternidad jurada se instituye un rol (de parentesco), un estatus, y en virtud de ese rol se conocen toda una serie de deberes y obligaciones según circunstancias. Como hermano, una persona se compromete con otra; o como un grupo de hermanos que se hermana con otro grupo de hermanos. Entonces los deberes y obligaciones son los propios de los hermanos entre sí, no hace falta enumerarlos, tarea imposible por otra parte, puesto que la asistencia que un hermano debe ofrecer a otro dependerá de un cúmulo de circunstancias, muchas imprevisibles.

En una fraternidad jurada o de sangre (por el rito de la consanguinidad mágica) en una sociedad primitiva, antigua o medieval hay que tener en cuenta que, a diferencia de la fraternidad consanguínea, se elige a la persona. Hay una conciencia clara y actual del compromiso adquirido voluntariamente. Pero se la elige para la disponibilidad típica que ocurre entre hermanos. Jurídicamente hay una prueba «de fuego» para esa disponibilidad, que es la vindicación del hermano. No es que la fraternidad jurada sirva únicamente para establecer una solidaridad vindicatoria, pero sí que esta es la que imprime el máximo valor a dicha fraternidad: estar dispuesto a vindicar (exigiendo reparaciones o composiciones) y hasta vengar al hermano ofendido.⁸⁰

80 Cf. Ignasi Terradas, *Justicia Vindictoria*, Madrid: CSIC (2008).

Históricamente, el vínculo matrimonial se ha desarrollado entre el *estatus* y el *contrato*. Por una parte, la asunción de los roles de esposo y de esposa establece una disponibilidad moral muy amplia (que algunas fórmulas canónicas tratan de precisar dentro de su amplitud, haciendo valer la fidelidad en toda circunstancia). Al mismo tiempo se puede establecer un contrato matrimonial muy preciso y protocolizado en esponsalicios o capítulos matrimoniales. Los matrimonios entre patrimonios y sus personas pueden estar más pendientes de esta parte contractual que de la canónica. Las costumbres, el derecho consuetudinario y el derecho civil enfatizarán más una parte u otra según las circunstancias de cada unión conyugal.

Jean Gaudemet⁸¹ pone en evidencia que ni el derecho romano llegó a establecer el matrimonio como un contrato estricto y que el derecho canónico, admitiéndolo como contrato, lo instituye fundamentalmente como sacramento. Además, ha habido sociedades y épocas con unos vínculos matrimoniales muy precarios o de importancia marginal. Desde el punto de vista de la Antropología social, el matrimonio queda incorporado las más de las veces (en sociedades primitivas, antiguas y medievales) en integraciones políticas superiores que enfatizan el poder de los clanes y otros grupos de parentesco o el de sus alianzas; mientras que, en los matrimonios entre esclavos, la prole redundaba a favor de la fuerza de trabajo de sus amos, debilitando su disponibilidad para «su familia» (la del esclavo). Recordemos que precisamente el término familia en la antigua Roma proclama antes que nada el poder del paterfamilias sobre los esclavos domésticos, los *famuli*.

La voluntad contrayente entre los esposos queda también como acto principal de la celebración del matrimonio en unos casos y queda implícita o diferida en otros, en los que priman los convenios contractuales entre las familias con sus patrimonios. Gaudemet destaca que cuando obtienen importancia los pactos o capítulos matrimoniales suelen establecerse según etapas, con dones y contradones, con estipulaciones sobre sucesiones

81 En «Mariage et famille», en *Sociologie Historique du Droit*, París : PUF (2000). Gaudemet analiza también la tensión entre las doctrinas de la *manus* o poder transmitidos por el padre de la novia a su esposo y el del valor sacramental del consentimiento mutuo y la indisolubilidad matrimonial. Cf. También al respecto: Enric Porqueres, *Individuo, persona y parentesco en Europa*, Barcelona: Universitat de Barcelona (2021).

y heredamientos prelativos y preventivos. Todo ello va de acuerdo con los derechos consuetudinarios que regulan estos negocios jurídicos.⁸²

Isaac Schapera⁸³ halló además que la parte contractual del matrimonio puede obtener unos significados sociales y morales distintos según intereses y posicionamientos sociales. Así sucedía con el *bogadi* de los Kgatla, la entrega de varias cabezas de ganado por parte de la familia del novio a la de la novia. Según circunstancias de la propia diferenciación social de los Kgatla y de la colonización europea, el *bogadi* podía interpretarse como un don de gratitud; como una compensación por la pérdida de la mujer en su grupo; como un «precio registral» abonado a la familia de la mujer para que reconociera la legitimidad paterna de su descendencia; como el inicio de un proceso de reciprocidades entre las dos familias, y como —el significado más compatible con las prácticas introducidas por el colonialismo— el precio de «compra de la novia», replicado con las obligaciones de servicio (hasta la humillación) que deberá dedicar al marido y a su familia. Es notable cómo esta última versión imperará en la propia Antropología (ignorando estudios como los de Schapera) a pesar de ser la menos afín a la moral de tradición indígena. Es la más distante de la concepción del matrimonio como alianza entre dos grupos y afectividad solidaria entre dos personas, aproximándose a la idea de la compraventa de una esclava. Evidentemente, según el estatus de las familias concernidas tendrá más o menos sentido un matrimonio como alianza histórica o bien como puntual compraventa de la mujer.

Ya hemos indicado que en Antropología jurídica no conviene generalizar el contrato. Hay que atender a sus contextos específicos, sobre todo cuando suscitan unas actitudes y conductas que el lenguaje jurídico no es capaz de definir con precisión. Hay que explicar para cada caso —etnográficamente— qué significa para el derecho vivido la buena fe contractual, el cumplimiento hecho con diligencia y sentido moral de la responsabilidad, todas las cosas que trascienden la normativa estricta del Derecho civil. Son fenómenos, cualidades morales, que pertenecen al fuero subjetivo de las personas. No tienen directamente un valor de mercado, aunque este depende de ellas. Algunas cláusulas penales tratan de traducir estas cualidades morales en valores de mercado: el incumplimiento de lo pactado

82 Cf. Francesc Maspons i Anglasesell, *Tractat dels Pactes Nupcials: o capitols matrimonials, que escrigué Joan Pere Fontanella*, Barcelona: Ibérica (1916).

83 *Married life in an African Tribe*, Londres: Faber and Faber (1940).

crea una responsabilidad que obliga al resarcimiento, pero a menudo surgen problemas que superan el criterio estrictamente jurídico. Se necesita un juicio o arbitrio de equidad para enfrentarse a los dilemas creados en la misma historia del desarrollo de un contrato. Así, el conflicto entre una situación sobrevenida y la responsabilidad contractual (*pacta sunt servanda*) no puede dirimirse solo «con arreglo a la ley». La inteligencia judicial es requerida para resolver estos casos, y digo inteligencia, no función judicial: se requiere la inteligencia jurisprudencial que es capaz de deslindar casos y a la vez aprovechar pistas de solución en antecedentes. Pero las circunstancias pueden ser tan novedosas (por ejemplo, las complicaciones de la internacionalización en el Derecho mercantil) que requieren una verdadera innovación, como en el antiguo tribunal de equidad británico celebrado por William Blackstone. Resulta muy significativo el hecho de que allí donde el Derecho ha sentido más la urgencia de actuar de un modo innovador o rupturista —con más fracasos que éxitos, sobre todo en cuanto a la satisfacción de la urgencia— haya sido en el terreno de las indemnizaciones por daños y perjuicios. Precisamente este punto siempre rezagado en el Derecho civil/penal es el que ha obtenido primacía en el vindicatorio, con su urgencia composicional.

La previsión de incumplimientos que tenemos en nuestro Derecho resulta escandalosa para otras culturas jurídicas. Por ejemplo, para las tradiciones islámicas,⁸⁴ ¿cómo pretender la confianza cuando se prevén varias posibilidades de falta de responsabilidad? En principio, para las tradiciones o escuelas jurídicas islámicas, las cláusulas penales reflejan inmoralidad. Que se haga un contrato previendo su incumplimiento, aunque sea parcial, supone una actitud inmoral que va contra la disposición de buena fe y confianza. Si uno se compromete y da su palabra en una relación contractual, no puede anticipar maliciosamente el incumplimiento. Solo si sobreviene algún accidente de modo imponderable la misma actitud recíproca de buena fe resolverá la situación, no con una premisa de desconfianza.

De otro modo, prometer algo recíprocamente y no cumplirlo luego por la interferencia con algún interés sería como si una persona que dice

84 En algunas tradiciones jurisprudenciales islámicas se ha tenido que acomodar la *sharia* a las cláusulas procedentes de la libertad contractual de las costumbres y jurisprudencias occidentales: Nabil Saleh, «Freedom of contract: what does it mean in the context of Arab Laws?», en *Arab Law Quarterly*, 16(4), 346-357 (2001).

estar declarando la verdad a otra, le dijera al mismo tiempo que en caso de que le mintiera le pagaría una compensación. Esta previsión anularía la buena voluntad, la buena fe en decirle toda la verdad en aquel momento. Sin embargo, en el contexto del lucro de mercado, la mentira se normaliza —es clave en el comercio— y solo si «se descubre» o si es excesiva se litiga. Entonces o bien el Derecho se adapta a un nivel de manipulación y fraude o bien se produce una especie de disociación cognitiva entre las prácticas de mercado y el orden legal, interviniendo este último solo en los excesos o «descubrimientos» de determinados fraudes y manipulaciones. A este respecto resulta significativo el número de indultos⁸⁵ que se conceden a los delitos financieros —un complemento ejecutivo al imperio del mercado— y aún el desarrollo de doctrinas que han podido establecer que existen delitos fiscales o financieros que finalmente no lo son porque no se han podido determinar las personas perjudicadas por los mismos o porque no se ve la legitimidad de la acusación.

Bajo la dictadura de mercado se mezclan buenas y malas intenciones, se mezclan picarescas. La famosa ley del mercado —de ajuste o equilibrio entre oferta y demanda— es en realidad una ley que permite aprovecharse de la vulnerabilidad, la desventaja y la necesidad ineluctable. Los monopolios gozan de rentas absolutas que solo dependen de su poder para fijar precios, transforman la supuesta competitividad de mercado en una subasta de necesidades. Economistas como Skaperdas⁸⁶ exponen todo el repertorio de la corrupción real del mercado que va en contra del propio modelo liberal de sociedad en el que el mercado debe quedar incluido, y no al revés: la sociedad dentro del mercado. Para ello hay que restringir el imperio del interés privado mediante una legislación, que no hay que cambiar mucho, sino simplemente procurar que la jurisprudencia esté más atenta a ella. Skaperdas menciona el ejemplo postsoviético para mostrar la falacia de la economía de mercado políticamente independiente: siempre viene forzada por un poder.⁸⁷ El régimen postsoviético de varios

85 Cf. Antonio Madrid, «El indulto como excepción», en *Crítica penal y poder*, (6) (2014).

86 Stergios Skaperdas, «Restraining the genuine Homo Economicus: why the Economy cannot be divorced from its governance», en *Economics & Politics*, 15(2) (2003).

87 Sobre el *Economic Warfare* consustancial al capitalismo y sobre la acción de varios poderes en la economía de mercado pueden seguirse la mayoría de aportaciones al libro coordinado por K. W. Rothschild, *Power in Economics*, Baltimore: Penguin (1971). Para una visión más reciente de la encrucijada entre ciencia económica y condicionamientos políticos: José

países no fue de *libres mercados* sino de *mafias desenfrenadas*. Lo cual —prosigue Skaperdas— muestra simplemente la persistencia del poder monopólico sobre la economía, tanto en imagen socialista como en imagen liberal. Skaperdas ve ese poder anclado tanto en la microeconomía como en la macroeconomía. El aguijón de la codicia individual, del lucro a toda costa, rige en todos los ámbitos. Así destaca cómo en el ámbito de la empresa privada (también podría extenderse a la pública) proliferan las actividades improductivas que se apropian de la producción de otros. Cómo los empleados consumen el tiempo tratando de influir a sus jefes en vez de trabajar; cómo los ejecutivos y gerentes de las grandes empresas buscan su enriquecimiento personal a costa de la promoción de los intereses de sus jefes, accionistas y asociados (y ya sin mencionar los derechos de los que allí trabajan); cómo se invierte en *lobbies* para conseguir subsidios, menos impuestos y legislaciones «amistosas» en vez de conseguir mayor eficacia en el mercado; cómo, desde autónomos a multinacionales y gobiernos, todo el mundo busca apropiarse de la producción de otros más que el desarrollo de la propia. Así, los aventajados en la apropiación de la producción ajena llegan a sacar ventaja sobre los más productivos con la propia. Una lucha de todos contra todos para apropiarse de lo que otros producen supera el nivel en el que Marx concentró su análisis, la explotación del trabajo por el capital. Lo que se ve en fusiones, apuestas bursátiles, trasiegos de ejecutivos, concesiones públicas e inversiones internacionales es una constante lucha para apropiarse de los bienes de otros. En este contexto, el *lawfare* se ha revelado complementario del *lobbying*. Esos términos lo dicen todo: la influencia americana sobre cómo llevar los negocios. Para influir sobre una legislación o sobre una política, se hace a través de un grupo de influencia (mediática, de vecindad parlamentaria o de contacto personal) o con unos litigios estratégicos que sirven de amenaza o chantaje cuando no castigan directamente a un competidor.

Cuando Skaperdas se plantea el problema de los precios, en relación con una supuesta competitividad perfecta en el mercado, descubre la enorme influencia que sobre ellos tienen las maniobras de acaparamiento de bienes y servicios y el dictado de los precios por parte de los monopolios de base. Al mismo tiempo, la legislación que lleva a cabo un gobierno

Manuel Naredo, *Economía, Poder y Política*, Madrid: Díaz & Pons (2015); *Taxonomía del lucro*, Madrid: Siglo XXI (2019).

se convierte en gran medida en un poder para debilitar a la oposición. En esto ya comienza el *lawfare*. Entonces solo falta la burocracia⁸⁸ para añadir la conversión de sus intereses privados en necesidades ineluctables para ejecutar acciones tanto públicas como privadas: la mistificación de los *costes de ejecución*. La burocratización de lo privado y de lo público se aprovecha de la inseguridad e ignorancia causadas por la abstracción con que se expresa la idealidad empresarial y estatal en sus discursos y programas para los consejos de administración, las asambleas de accionistas y los parlamentos. Así se pueden crear innumerables oficinas de traducción de decisiones empresariales y de legislaciones estatales, ofreciendo interpretación, regulación, control y ejecución. La burocracia se revela entonces indispensable para toda iniciativa legal y económica de la que depende el poder para vivir: es el parásito que indica y guía a su parasitado hasta donde hay comida.

En general, el enfoque de Skaperdas renueva el realismo económico de Thurman Arnold con gran relevancia para lo jurídico: muestra la idealidad del mercado liberal, tan lejano de la realidad. Críticamente aconseja salir del presupuesto de la benignidad del *Homo economicus*, de todas las idealidades del emprendedor ejemplar y entrar en los *costes directos e indirectos del conflicto y de la apropiación, el poder de los intereses creados (vested interests)*.⁸⁹

Los modelos para entender lo que ocurre en la realidad del mercado (acaparamientos, subastas de necesidades, monopolios de bienes y servicios básicos, leyes y regulaciones para chantajear) son en gran parte de tradición antropológica. Para entender bien la realidad del mercado en sus interacciones interpersonales y en las consecuencias para la sociedad en su conjunto, hay que ahondar especialmente en las variedades del patronazgo, del compadrazgo y del faccionalismo, no muy distantes de los plan-

88 Después de un repaso algo ingenuo de la historia universal del mercado en relación con el poder, Skaperdas presenta una perspectiva más lúcida sobre el quehacer de la burocracia tanto en lo privado como en lo público: *op. cit.*, p. 154.

89 *Op. cit.*, p. 158.

teamientos básicos de Campbell y de Nicholas,⁹⁰ así como de la primera formulación de Mosca sobre las élites políticas.⁹¹

Respecto al incumplimiento doloso en los contratos: Durkheim dio en el clavo al presentar el contrato más como un instrumento precavido entre insolidarios que como una afirmación de la solidaridad social. Esta es la paradoja moral de nuestros contratos: tiene que ver con la bicefalia capitalista, competición y cooperación. El contrato capitalista refleja siempre el recelo y a la vez cuenta con la responsabilidad, a veces incluso con excesos de disponibilidad. Con lo cual, para entender etnográficamente los contratos hemos de tener siempre presente la doblez del individualismo competitivo, con su necesidad de cooperar confiadamente.

Un apunte final para entender los límites jurídicos de la libertad contractual, especialmente cuando un acuerdo contractual trata de esquivar el poder judicial: en el contexto de la *sharía* islámica,⁹² el Tribunal Supremo de Sanaa (Yemen) estableció en principio (35/1420, 6 de mayo, 2000)⁹³ que cuando dos partes (dos negocios) acuerdan resolver sus disputas únicamente a través del arbitraje, sin recurrir a los tribunales, pueden hacerlo si la resolución arbitral no infringe la ley dispuesta para los arbitrajes, ni cae en los supuestos que la legalidad procesal civil prevé para que procedan en casación. La ley de arbitraje del Yemen (1992, ref. 1997) contempla varias cosas: la posible ilegalidad del propio contrato de arbitraje, la posible incapacidad de una de las partes, la irregularidad en los procedimientos, que la Comisión arbitral decida sobre la responsabilidad de los herederos

90 John F. Campbell, *Honour, Family and Patronage*, Oxford: Clarendon (1964); Ernest Gellner y John Waterbury (Eds.), *Patrons and Clients in Mediterranean Societies*, Londres: Duckworth (1977); Jesús Contreras, «El gamonalismo local y la reforma agraria: el caso de Chinchero (Perú)», en *Boletín Americanista*, (31) (1981); Ralph Nicholas, «Factions: A Comparative Analysis», en Michael Banton (Ed.), *Political Systems and the Distribution of Power*, Londres: Tavistock (1969). Para un estudio reciente sobre la combinación de patronazgo y compadrazgo en un mercado laboral: Marc Hernández Vallés, *Análisis etnográfico de la comunidad spitor de la comuna de Gradistea (Rumanía)*, Tesis doctoral, Universitat de Girona (2022).

91 Gaetano Mosca, *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare*, Palermo: Tipografia Dello Statuto (1884).

92 Sobre la complejidad de la cultura jurídica islámica, con referencia especial a sus efectos en la jurisprudencia frente a los dilemas de prescripción y tolerancia, entre deberes y obligaciones ideales e imponderables de la realidad: Mahdi Zahraa, «Characteristic features of Islamic Law: perceptions and misconceptions», en *Arab Law Quarterly* (2000).

93 Isam Ghanem, «Yemen: recent cases», en *Arab Law Quarterly* (2000).

de deudas, que se alteren los miembros que debían componer la Comisión, que la resolución arbitral no esté justificada o que infrinja las leyes islámicas y las de todo lo público. La ley procesal civil permite acudir a la casación cuando la resolución arbitral es contraria al Derecho o evade sus principios, si manifiesta una deriva antijurídica, si excede la materia que promovió el arbitraje, y si resulta ambivalente en su resolución.

Ante ese contexto, sucedió que la instancia de apelación sentenció que nada podía anular un contrato de arbitraje que disponía, en libre acuerdo, que dicho arbitraje ponía punto final a su disputa. Pero el Tribunal Supremo casó esta sentencia porque apreció motivos que invalidaban la primacía del contrato de arbitraje: infracción de la *sharía* en su ámbito penal (por delito de fraude) y exceso en la atribución de responsabilidad *ultra vires* (atribución judicial de responsables de deudas).

La libertad contractual del arbitraje viene, pues, limitada por un marco legal que nos lleva a la propuesta romana de la fundamentación del contrato: *obligatio est iuris vinculum*. Todo acuerdo que obliga está sujeto al Derecho, y este actúa procesalmente. La libertad contractual no puede trascender esas realidades, por más que la ideología capitalista incite a ello y lo consiga más de una vez. El movimiento *Law and Economics* ya ha forzado excesivamente al Derecho contra sí mismo, generando excepciones y privilegios que han creado más iniquidad e inseguridad jurídica.

6. LA EQUIDAD FRENTE A LA FRAGILIDAD DE LA VIDA HUMANA: BACHOFEN DESPUÉS DE HEIDEGGER Y BENJAMIN

La equidad, la justicia, la libertad, la responsabilidad, la verdad... todos los conceptos radicales, y a la vez abstractos, en los terrenos filosóficos, políticos, jurídicos y de las ciencias humanas en general oscilan entre unos sentidos históricos, centrados en conflictos de alcance más o menos local, y otros significados que se quieren presentar como más universales, con el sobreentendido de ser más veraces por sí mismos o de alcanzar mayor trascendencia frente a la historia. Pero cualquier idea, inevitablemente, surge en un periodo histórico con referentes también históricos que otorgan un significado inteligible para sus coetáneos. Esos referentes históricos pueden circunscribirse a periodos más o menos largos de tiempo y a diversos países. Una tragedia de Esquilo o de Sófocles puede alcanzar más tiempos y lugares diversos, aunque a costa de «traicionar» algunos de los significados políticos, morales y religiosos que tuvo para su época. Sus temas radicales —por más que se imaginen en trasposiciones históricas diferentes— siguen manteniendo un vigoroso mensaje muchos siglos después y en diversos países. Lo mismo sucede con otras narraciones épicas y mitológicas procedentes de países africanos, asiáticos, australianos o americanos. Las diversas Antígonas⁹⁴ revelan ese poso que convenimos en llamar *universal*.

La cuestión es que estos conceptos, cuando son investigados con mayor interés y profundidad, lo son porque lo requiere alguna necesidad del

94 Cf. George Steiner, *Les Antigones*, París: Gallimard (1986). Destaca la versión teatral de Jean Anouilh, *Antigone*, París: La Table Ronde (2008 [1946]), en clave de un absurdo contemporáneo presidido por la fatal muerte de todos, menos de los guardas que, imperturbables, siguen jugando a cartas. La obra se estrenó en febrero del 1944 bajo el impacto de una guerra con innumerables muertos. Otros resignificados más recientes se centran en mujeres que, como *antígonas*, resisten la represión y el control del Estado: Leticia Muñoz, *Las antígonas y el Estado. Aflicción y resistencia en el relato de mujeres*, Buenos Aires: Biblos (2012).

presente: una contingencia histórica. Pero entonces nos sirve mucho más conocer su relación con la realidad histórica que los puso en un juego más vivo que la especulación sobre su sentido más puro y trascendente, porque nos interesa su actuación real, su encarnación en existencias humanas concretas. Es entonces cuando el conflicto que plantea Antígona entre un derecho humano indisponible y una represalia de gobierno adquiere un sentido especial, al elevarlo a un conflicto de valores, y para ello es necesario entender por qué esa indisponibilidad debe manifestarse en su época con el lenguaje de una fe religiosa, con una dogmática espiritual socialmente compartida, y no con una Declaración de Derechos humanos de unas «Naciones Unidas», por ejemplo.

Así, el lenguaje de un referente religioso confiere sacralidad, y hasta fervor y devoción, una piedad ineluctable, al ejercer un derecho. Es a través de un sentimiento religioso, concebido como atributo de la justicia de una divinidad principal, la justicia de Zeus (*Theon Dike*), que Antígona legitima el derecho a celebrar el entierro de su hermano.

Al abordar la obra de Bachofen⁹⁵ nos encontramos con una teoría que trata de abrirse camino en ambas direcciones. Por una parte, trata de establecer unas ideas radicales y universales que trascienden historias y culturas, oponiendo *grosso modo* el derecho materno al paterno. Por otra, nos revela relaciones simbólicas en épocas y lugares más concretos sobre esos derechos. Si, análogamente a lo que hemos hecho con Morgan, prescindimos del marco evolucionista de su obra, hallamos en Bachofen una teorización del derecho que puede hacer reflexionar al Derecho contemporáneo. Yendo al grano: se trata de poder sustituir la figura de orientación doctrinal del *buen padre de familia* por la de la *buena madre de familia*, y vincular a esa última con la idea ética y jurídica de la equidad. Entonces la propuesta de Bachofen se presenta como una nueva caracterización de la epiqueya aristotélica en base a lo que Walter Benjamin⁹⁶ denomina un *derecho natural concreto*.

Bachofen establece una teoría del derecho natural vinculada a un referente apreciado por su naturalidad: el paradigma positivo de la maternidad. Para Bachofen, el primer y único vínculo entre personas que se

95 Johann Jakob Bachofen (Barilier, Ed.), *Le Droit Maternel. Recherche sur la gynécocratie de l'Antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, Lausanne: L'Âge d'Homme (1996 [1861]).

96 Walter Benjamin, «Johann Jakob Bachofen», en *Écrits français*, París: Gallimard (1991 [1935]).

da de un modo más natural es el que se establece entre una madre y su hijo. Una estrecha relación física preside todo el proceso de la maternidad, desde el embarazo hasta el parto, el amamantamiento y la crianza. Este hecho —o conjunto de hechos— se percibe y representa como la relación humana más natural y fundamental de todas, como la menos convencional,⁹⁷ cosa que no pasará con el vínculo paterno, para el que hará falta una ficción ética o jurídica: la atribución de la paternidad según un estatuto normativo.

Bachofen nos enseña que todas las interacciones asociadas al vínculo materno constituyen la fuente más natural y básica del derecho, que propiamente el vínculo materno enseña el derecho natural, de un modo concreto, como dice Benjamin. El derecho más natural de todos es el que se puede aprender entre madre e hijo. ¿Qué hay en esta relación para una cultura jurídica? Una actividad que radicalmente corresponde al concepto heideggeriano de la cura, de la preocupación y el cuidado del ser. Si leemos a Bachofen después de Heidegger,⁹⁸ descubrimos una extensión particular del derecho natural materno: en los criterios y prácticas de equidad y en la preocupación, que puede alcanzar angustia y desesperación, pero realizándose también en el cuidado y solicitud que requiere la vida humana.⁹⁹ Heidegger apunta a una conciencia de la vida humana centrada en su vulnerabilidad y mortalidad, cosas que generan naturalmente tanto un sentido de honda preocupación o angustia ante el devenir de la vida, como la necesidad de cuidarla. De hecho, el campo semántico de la cura en el latín clásico ya es muy amplio: cuidado, diligencia, atención, solicitud, velar por un interés, preocuparse por algo, aplicarse con atención a

97 Digo menos, no nada convencional. La cuestión es que aunque se llenen de convencionalismos hay relaciones con una base más natural que otras. Los convencionalismos pueden exagerarla, transformarla, negarla o mitigarla.

98 Martin Heidegger (Stambaugh and Schmidt, eds.), *Being and Time*, Albany: State University of New York Press (2010) (1927). Sobre Heidegger y la Cura en relación con el existencialismo y con los cuidados: José Gaos, «“La Cura” en Goethe y Heidegger», en *Revista de la Facultad de Filosofía y Letras*, México: UNAM (revistafyl.filos.unam.mx); Rosely de Fatima Silva y Vania de Oliveira González, «Cuidado e Reconhecimento», en *Via Atlantica*, (29) (2016); Jordi Magnet «¿Mundo fenoménico de la Sorge o mundo de la praxis humana?», en *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, (76) (2019).

99 La cura como preocupación por la vida de los demás aparece también opuesta a la hostilidad o belicosidad entre los seres humanos. Céline llega a contraponer la paz que se da en el cuidado médico de enfermos y heridos a la guerra entre los «sanos» (Louis-Ferdinand Céline, *Voyage au bout de la nuit*, París: Gallimard, 1972 [1952]).

una tarea, gestión, gobierno, encargo, misión, curatela y tutela, culto religioso y cultivo agrario, cura medicinal, tratamiento, remedio, guardia, procura, intendencia, inquietud, zozobra, tormento, temor, amor, inquietud amorosa...¹⁰⁰

Partiendo del posicionamiento existencial de Heidegger, parece que la conciencia humana no puede separar la inquietud o la angustia, ligadas a las condiciones de la vida humana, de un cuidar que puede ser incluso feliz. En la práctica, una experiencia pesará más que otra. Resulta muy difícil obtener un acuerdo o equilibrio entre una cura angustiosa de la vida y otra creativa y entusiasta. El mismo Heidegger no nos resulta claro al respecto: a veces parece centrarse en la Cura (*Sorge*) como cuidado del ser; a veces, en cambio, parece interpretarla como una idea fija filosófica profunda y también desalentadora, enfrentada con la inexorable muerte del ser.

Sin embargo, resulta muy revelador que la obra de Heidegger descansa en gran parte sobre un mito al que considera preludio o precursor del acontecer del ser, el mito de Cura como divinidad. Con este recurso mitológico podemos escuchar un eco de la antigua filosofía griega: Heidegger utiliza el lenguaje mitológico para expresar una idea filosófica: el mito cuenta una historia que trata de dar sentido a esa vida humana limitada entre su nada y su aniquilación. Quizás todavía necesitamos de un mito para expresar debidamente una idea que convencionalmente y para nuestra época nos parece eminentemente filosófica.

Heidegger parece sorprenderse, o bien nos sorprende con el carácter *necesario* de la cura, del cuidado de la vida. Lo establece como un *a priori existencial*. Ve esa necesidad como el condicionamiento para cualquier voluntad o deseo. El ser, en una existencia concreta, no puede escapar a ello. Las posibilidades de la vida, por lo que la vida va siendo y dejando de ser, todo, depende del cuidado de esa misma vida. Todos los fenómenos de la conciencia y de la voluntad de la vida dependen de su cuidado, de esa percepción y actitud que hay que tomar para vivir y contribuir (o no) a la vida de los demás. Heidegger reconoce que el cuidado de la vida significa un *fenómeno ontológico existencial y básico que, sin embargo, no es sencillo en su estructura*.¹⁰¹ De aquí surge la complicación filosófica para su debida

100 *Cura*, -ae, en el *Diccionario etimológico latino-español* de Santiago Segura Munguía, Madrid: Anaya (1985).

101 *Op. cit.*, p. 197.

comprensión. Porque en la mera experiencia del ser (óptica) la cura o el cuidado se entiende como *preocupación e inquietudes*.¹⁰²

En medio de una filosofía de alta abstracción, que puede sembrar dudas acerca de su «verdadero» significado, incluso dentro de las tradiciones filosóficas, en medio de su *Ser y Tiempo*, Heidegger irrumpe con un pasaje mitológico. Significativamente, lo encabeza advirtiendo de que va a citar un documento de *carácter preontológico*, cuyo poder demostrativo es únicamente histórico: un referente a la vez mitológico, histórico y de significado radical que coincidirá con el escogido por Bachofen para el paradigma materno de la responsabilidad.

Heidegger puntualiza aún más el sentido del mito para su filosofía: el relato mitológico expresa la condición de la existencia humana (el ser en su acontecer en un lugar y tiempo dados) de un modo *primordial, sin que le afecte ninguna interpretación teórica y sin que vaya a proponer alguna*. Heidegger acepta que ese ser en constante devenir, entre unos límites cuanto menos preocupantes, es *histórico*: va y viene en la historia, y en su limitado acontecer *se expresa preontológicamente y así hay que comprenderlo*. De este modo, Heidegger nos introduce al valor del mito, declarando que su relato debe dejar claro que la interpretación existencial de su filosofía no es una fabricación artificiosa, sino que es una «*construcción ontológica bien fundamentada*» y formulada previamente de un *modo elemental*. La presentación que Heidegger hace del mito de Cura es análoga a la del fondo mitológico de Lévi-Strauss para el pasaje de la «naturaleza a la cultura».¹⁰³ En ambos casos se trata de mitos sobre lo primordial en la experiencia del vivir humano.

Heidegger aborda el mito de Cura como una *autointerpretación* del ser contingente, como la instancia del mismo cuidado: el ser en su contingencia no puede concebirse sin estar «en manos» de la cura, en toda su extensión, desde la angustia y preocupación inherentes a su condición hasta los cuidados que le son también ópticamente indispensables. Retomando a Bachofen podría decirse en este sentido que ya se nace con unos

102 Ibid., p. 190. Sensaciones, emociones, sentimientos e ideas que se extienden a todo un vocabulario existencialista especialmente con Beauvoir, Sartre y Camus: angustia, sufrimiento, resistencia, caída, rebeldía, renuncia, ambigüedad, obstinación o náusea.

103 Tema más desarrollado mito-lógicamente en sus *Mitológicas* y en *Las estructuras elementales del Parentesco*. En este último libro expone la institución de la exogamia y la consecuente prohibición de determinados incestos como comienzo de una cultura de la sociedad.

cuidados cuya responsabilidad corresponde a madres o a figuras maternas («comatronas»).

El mito en cuestión relata cómo Cura se entretuvo en la orilla de un río, modelando una figura con arcilla. Mientras estaba pensando sobre lo que había hecho se presentó Júpiter. Cura le pidió que diera espíritu a aquella figura. Júpiter la complació. Luego, Cura quiso nombrar a la criatura ya dotada de espíritu con su nombre, pero Júpiter se opuso. Le quería imponer el suyo. Mientras estaban discutiendo surgió la Tierra y también reivindicó su nombre, porque aquella creatura se había hecho con parte de su cuerpo. Entonces los tres se dirigieron a Saturno para que resolviera la cuestión. Saturno decidió lo que parecía justo: que cuando la creatura muriera, Júpiter recibiera su espíritu y la Tierra su cuerpo, porque era lo que habían dado. Pero que Cura, la que primero había modelado la creatura, la poseyera mientras se mantuviera viva. Su nombre sería *homo*, porque había sido hecha con el *humus*, con la tierra.

Dejando aparte todo lo relacionado con las influencias que recibió Higino (fines del siglo I a. C.) para la elaboración de esta fábula o mito, Heidegger observa la prioridad dada a la Cura para el ser vivo, dejando en segundo lugar (después de la muerte) a cuerpo y alma. *Cura prima finxit*: el origen del ser está en la cura y mientras el ser está en el mundo, lo tiene la cura. Heidegger puntualiza que la condición de ser en el mundo tiene el carácter de ser objeto de la cura; que Saturno, el tiempo (recordemos el título de la obra de Heidegger, *Ser y Tiempo*), distribuye la tenencia del ser entre la vida y la muerte; que tanto la tenencia, en sí misma, del cuerpo como del alma solo adquieren vigencia (sentido) después de la muerte del ser. Mientras está vivo solo está con la cura. Para Heidegger esto significa una caracterización preontológica de la esencia del ser humano: *su modo de ser que rige su estancia temporal en el mundo*.¹⁰⁴

Heidegger parece admitir, con mucha amplitud de miras, todo lo que puede denotar o evocar esa cura del ser en el mundo: desde un cuidado atento hasta un «esfuerzo ansioso», una «dedicación», etc. La cuestión es que el perfeccionamiento del ser humano es consecución del cuidado. Este sería el valor intrínseco de la existencia humana como tal. La cura como lo que da sentido a ese tramo del ser que se reconoce con vida. Sin su cuidado no hay vida humana.

104 Heidegger, *op. cit.* p. 191.

Heidegger desarrolla el significado de la cura para el conjunto de la vida humana: en el devenir expectante de la vida, siempre en el mundo (en el cosmos y en la sociedad) y frente a la muerte. Así surge la conciencia y la responsabilidad (con la culpa): de este modo, Heidegger sitúa el derecho en la conciencia y responsabilidad del cuidado de la vida.¹⁰⁵ Y aclara que el ser como existencia, en un lugar y tiempo concretos, está siempre diluido entre un yo y un ellos. Que el ellos-yo es la *modificación existencial* del yo auténtico (el yo reflexivo). La cura contiene toda la fenomenología del yo (reflexivo): es la conciencia (y responsabilidad consecuente), que es intrínseca al fenómeno del existir y no se crea o construye con categorías de la realidad, sino con el condicionamiento que el ser recibe de la misma cura, del cuidado para la existencia. Traducido sociológicamente (inevitablemente con reducción filosófica) sería decir que todas las posibilidades de la cura condicional de la existencia (desde la angustia provocada por las numerosas vulnerabilidades y la amenaza de muerte, hasta los cuidados concretos para seguir viviendo) generan los hechos sociales como hechos de conciencia y de responsabilidad, como causas de derecho y justicia; que están entre el conocerse a sí mismo (las propias necesidades e intereses) y tratar constantemente con los demás de un modo inextricable; que la cura es la razón de ser de toda relación social para seguir vivos.

Si reunimos esta línea meditativa de la cura o cuidado de la vida (en la vida y para la vida) con el gran referente material y simbólico de la cura, la maternidad como ejercicio consciente y responsable del cuidado, nos encontramos con la concepción del derecho materno según Bachofen, que, tal como Benjamin¹⁰⁶ planteó con extraordinaria lucidez, significa presentar un *derecho natural concreto*. Lo que dejó apuntado Benjamin es que Bachofen supera la oposición entre *derecho natural abstracto* y *derecho positivo concreto* al cambiarla por la que hay entre un *derecho natural abstracto* y un *derecho natural concreto*. Ese derecho natural concreto es el del ejercicio de la maternidad conforme al derecho de equidad: el cuidado de

105 Id, *op. cit.* p. 318: *el fenómeno existencial de la muerte, la conciencia, y la culpa están ancladas en el fenómeno de la cura.*

106 Walter Benjamin en *Écrits français, op. cit.* Benjamin trata con mucho acierto la obra de Bachofen como una *profecía científica*: no es una contradicción, es que la teoría que se presenta con muchas expresiones metafísicas y falacias históricas (el matriarcalismo) posee un referente empírico que las supera (la maternidad como experiencia que tiene cura de la vida) y adquiere vigencia para el Derecho y la ciencia social.

la vida del ser humano ante la vida de los demás y el estado del mundo. Más concretamente: la madre aprende y enseña la equidad como principio de justicia natural que siempre se concreta y especifica: protegiendo y ayudando al más vulnerable, al hijo más pequeño, al más próximo a su nacimiento como el más necesitado de cuidados. Este referente hace aprender y enseñar la equidad como conciencia y responsabilidad —las más naturales— ante la experiencia empírica de las vulnerabilidades de la vida.

Tal como Benjamin destaca, ese referente de la cura, el más original y empírico de toda la vida humana, implica también un sentimiento natural, el afecto que comúnmente se aprecia en el desempeño del cuidado materno. Es un *referente*, no una naturalización de la maternidad y su cuidado, a pesar de que Bachofen seguramente suscribiría la representación de la maternidad natural o antinatural según la presencia o ausencia de afectos. Pero a efectos de una Antropología jurídica, lo relevante es la constitución de un referente empírico para poder imaginar la equidad como una justicia natural, o concebida con naturalidad, no con exceso de ficción y artificio. Lo podemos dejar en la maternidad como *símbolo natural* de la equidad, entendida esta fundamentalmente como solicitud por el más vulnerable o ya dañado o perjudicado, lo cual, de entrada, nos sitúa en un dilema que no cesa en el Derecho: entre la equidad y la responsabilidad, especialmente cuando nos encontramos con una víctima dañada o perjudicada por su culpa pero también responsable de dañar o perjudicar a otras.¹⁰⁷

Benjamin destaca la labor de Bachofen con los símbolos, el modo en que hace valer su poder, especialmente frente a las semánticas escuetas del positivismo de su época. En este sentido, Bachofen consigue entender el símbolo como superación imaginativa de contrarios o contradicciones: naturaleza e historia, vida y muerte. La captación de la intencionalidad simbólica va en dirección opuesta a las clasificaciones disciplinarias del positivismo y anticipa futuros métodos de la Antropología. Benjamin lo constata citando a Bachofen: *Nadie resulta tan calumniado como quien establece los vínculos entre el derecho y las demás formas de vida y que aleja de sí el trípode sobre el que se le coloca, aislándolo en cada materia y en cada pueblo. Se pretende profundizar en las investigaciones limitándolas. Pero este método solo alcanza, por el contrario, una concepción superficial y desprovista de ánimo inteligente. Engendra una complacencia por activi-*

107 Cf. Ignasi Terradas, *Cuestión de responsabilidad y equidad*, op. cit.

dades totalmente externas a lo que se pretende estudiar: finalmente la simple fotografía de los manuscritos como aportación al conocimiento de unos hechos es el colmo. Bachofen se quejaba con razón, aunque el positivismo de sus adversarios no caía totalmente en esa caricatura. La cuestión, como apunta Benjamin, es que Bachofen nos descubre unas oposiciones más relevantes para la teoría jurídica que las del evolucionismo jurídico de la época positivista (comunismo/individualismo; promiscuidad/familia; posesiones colectivas/propiedad individual; anarquía/Estado...). Las dos oposiciones apuntadas por Benjamín (para las que había planificado un libro) son entre derecho natural abstracto y derecho natural concreto; y entre sentimiento y espiritualidad, el primero asociado al derecho materno y el segundo, a valores patriarcales. Con estos dos pares de antagonismos destacados por Benjamín,¹⁰⁸ Bachofen supera el positivismo con una perspectiva más afín al método holístico y con unos resultados críticos que van más allá de sus propias intenciones. Sorprende al positivismo (anticipándose al neopositivismo) porque establece como referente del derecho natural el trato concreto que la madre dedica a su hijo, un dato de lo más empírico, y pone el sentimiento (también un fenómeno del orden empírico) como característica más notable de ese trato, que se reconoce como vínculo especialísimo de derecho. Ello contrasta con un derecho natural de referencias metafísicas (Dios, su inescrutable voluntad, o una voluntad hipotética de la humanidad primigenia) y una espiritualidad también metafísica (la fe en la divinidad).

El referente empírico de la maternidad que establece Bachofen se fija en las siguientes características: en el sentimiento y deber de la madre respecto al cuidado de sus hijos; y en lo natural del embarazo, del parto y de la nutrición maternas, que con naturalidad prosigue en el cuidado y la educación. En contraste, el vínculo paterno debe introducirse artificialmente, en gran medida imitando al ya establecido por la madre, y en parte trastocándolo con los valores de la «espiritualidad patriarcal», que se tienen por superiores a los de la religión natural del derecho materno.

108 Una derecha bachofeniana introduce la idea de una maternidad providencial que actúa en regímenes absolutistas y con un sistemático orden jurídico y social patriarcal. Así Hugo von Hofmannsthal sublima la figura de la emperatriz María Teresa como *genio demoniacamente materno*, inspirándose en un Bachofen como apologeta del genio de la maternidad en cualquier circunstancia: Cf. *L'Austria e l'Europa* (traducción y notas de Gianpiero Cavaglià), Casale Monferrato: Marietti (1983).

Ahora bien, el primer acto de conciencia y responsabilidad de un ser humano respecto a otros es el cuidado de una madre respecto a su hijo. Se puede observar empíricamente y por esto con acierto Benjamin lo caracteriza como elemento de derecho natural concreto. Con ello, la primera sociedad con un derecho natural reconocido por la experiencia empírica más fundamental sería una sociedad de madres. El derecho materno sería pues ese derecho natural concreto compartido por todas ellas. Los hombres entrarían como padres a compartir esa responsabilidad de la cura de la vida iniciada por las madres, y añadirían (según Bachofen en estadios históricos posteriores) su cura según los valores de la «espiritualidad patriarcal». Esta espiritualidad masculina sustituiría el derecho natural concreto de las madres y llegaría a oponerse a los sentimientos tenidos en general por «maternos» o femeninos, no sin contradicciones. Benjamin ya destaca una de muy señalada, que interpreta como una venganza filosófica de Nietzsche a favor de Bachofen: el apogeo de los sentimientos femeninos en los triunfos dionisiacos:¹⁰⁹ un mundo de *sueños* y de *embriaguez del sentimiento*; *del gesto del baile*; *de heterismo ilimitado*; *de idealización de la orgía*; *de divinización de todo lo existente*; dónde todo símbolo es signo de verdad, que compone Nietzsche en su *Nacimiento de la Tragedia*.¹¹⁰

La equidad a la que apunta Bachofen tiene un referente más concreto que la epiqueya aristotélica. En su *Ética* a Nicómaco, Aristóteles habla de la equidad como un perfeccionamiento de la justicia. Sugiere una administración de la justicia atenta a las condiciones y circunstancias de las partes en conflicto. Ello no puede vincularse al cuidado materno de Bachofen como referente de equidad, este evoca unas analogías más concretas. Aparece muy claramente en el famoso juicio de Salomón: el amor de la madre, que es absolutamente responsable del cuidado de su hijo, vela por la vida de este antes que por los derechos de ella, incluyendo el de la posesión de su hijo natural. El fallo de Salomón atiende a ese dictado materno y es un juicio de equidad de acuerdo con ese *derecho natural concreto*.

La ultimogenitura sería una de las manifestaciones de esa equidad materna amparadas en normas consuetudinarias y en algunas legislaciones. Bachofen la destaca frente a la primogenitura patriarcal: el padre aliado del

109 Precisamente Bachofen se vio abocado a incluir a Dionisos en la reacción patriarcal contra el amazonismo.

110 Cf. Friedrich Nietzsche, *El nacimiento de la tragedia y escritos preparatorios* (Ed. de Joan Llinares), Madrid: Tecnos (2016).

hijo mayor, luchando y trabajando con el que ya es más fuerte. En cambio, la madre está más cercana y cuida al hijo más pequeño, por más que ame al mayor. La primogenitura hereditaria recompensa al hijo que ha sido mayor antes que los demás, que ha entrado antes en la sociedad de los padres. Que lleva más tiempo viviendo como adulto, que tiene más antigüedad como hombre. En cambio, la ultimogenitura hereditaria favorece a quien está más alejado de esas condiciones y más cercano a los cuidados maternos. La ultimogenitura está más cerca de ser una *compensación* a la vulnerabilidad e ingenuidad, mientras que la primogenitura es más bien una *recompensa* a la fuerza y virilidad adquiridas. La primera está más en el ámbito de la *protección*, mientras que la segunda en el de la *apuesta*.

La equidad de referente materno, si la extendemos socialmente, significa tener en cuenta y favorecer a los más vulnerables, a individuos y a minorías, preferirlos a los ya favorecidos. Eso como un principio general. Luego, dependerá de la extensión del referente de los cuidados maternos el que se atribuya a las mujeres una vocación personal para dedicarse a los cuidados.¹¹¹ De todos modos, no hay que olvidar que se trata solo de un referente, empírico, eso sí, pero ni absolutamente generalizable para las madres o para las mujeres en general, ni mucho menos suficiente para abordar la complejidad de la equidad en la práctica de los derechos y la justicia de los cuidados para toda vida humana.

La aportación de Bachofen respecto a la equidad sigue vigente: la maternidad sigue ofreciendo la imagen natural más concreta de la consistencia del cuidado de la vida humana. Las otras imágenes de la equidad o son mucho más abstractas o aparecen en casos menos generalizables. Por eso puede mantenerse el ejemplo de la equidad materna para extenderlo a modo de «como si» a otras situaciones que solicitan un trato de equidad. Además, insistiendo en la aportación de Benjamin, con esa equidad materna se ofrece un *derecho natural concreto*, el cual puede sugerir más analogías positivas que el *derecho natural abstracto*.

111 Tema de gran preocupación en las ciencias sociales actuales por la inhibición de los poderes públicos en cuidar a las personas y por la explotación dirigida sobre todo a mujeres como «naturalmente» cuidadoras. Cf. Dolors Comas y Sílvia Bofill (eds.), *El cuidado de mayores y dependientes*, Barcelona: Icaria (2021).

7. ROMANTICISMO Y POSITIVISMO

Henry Sumner Maine y John Ferguson McLennan estaban convencidos de que su proyecto era de jurisprudencia comparada. Pero al hacerlo desbordaron —junto con Johann J. Bachofen, Lewis Henry Morgan, y Denis N. Fustel de Coulanges— el marco estrecho del Derecho. A este desbordamiento del marco jurídico de referencia inicial se unirían, entre otros, Edward Tylor, John Lubbock y James G. Frazer, este ya contemporáneo de Émile Durkheim. Con ellos, la Antropología adquiriría un objetivo todavía más amplio del que se proponía la *Comparative Jurisprudence* del comienzo, pero el referente jurídico inicial fue el que sentó y consolidó el ámbito del Parentesco que durante aproximadamente un siglo dominaría el estudio de la Antropología social. Al menos, sería —como decía Lévi-Strauss— lo que la lógica es a la filosofía, un paso inexcusable y que a más de uno le despertó las ganas de olvidarlo. Así sucedería más tarde, especialmente entre los años 1960 y 1970.

El proyecto que funda la Antropología debe mucho a la cultura romántica y al positivismo de la misma época: mediados del siglo XIX y segunda mitad. La influencia romántica se nota en el extraordinario valor acordado a lo simbólico, en el respeto y admiración por la antigüedad y por los valores del paganismo, en la recreación de lo dionisiaco (a la manera de Nietzsche), en la asimilación de lo primitivo con lo antiguo (ya desde Laffitau), en la prevalencia de la exaltación espiritual sobre los intereses materiales, en la creencia en las «revoluciones del espíritu» y en un evolucionismo no exento de pensamientos de corrupción o decadencia al abandonarse el *estado de naturaleza* (desde Rousseau). Todo ese conjunto de ímpetus se conjugó, paradójicamente, con el positivismo y así, entre conjeturas de todo tipo y datos depurados con esmero, se forjó la nueva disciplina. El positivismo aportó rigor metodológico: bastante discreción en la elaboración de la información en forma de datos, formulaciones teóricas como hipótesis (debían demostrarse) y un concepto de ciencia en el

que la verificación era esencial. Pronto se cayó en la cuenta de que para profundizar en el rigor empírico era necesario el «trabajo de campo», la observación y análisis de los hechos «desde dentro», entendiendo que lo mejor era —siempre que fuera posible— conocer más a fondo las motivaciones, ideas y formas de vida de la gente de los pueblos que se querían estudiar.¹¹²

Vamos viendo que estudiar Antropología jurídica no significa una especialización, entrar en un subcampo de la Antropología social y cultural.¹¹³ Sino más bien retomar la Antropología social y cultural en general, y prestar mucha atención a todo lo que pone en juego algún entramado de responsabilidades, derechos y obligaciones, junto con formas de resolver conflictos, cosas que se conocen desde el estudio del Derecho, pero con un *pero* muy acusado: saber observarlas aunque sus representaciones se hagan con medios distintos, hasta muy distintos, de los del Derecho; y saber interpretarlas con toda la «contaminación» (para el positivismo jurídico) de «no Derecho», esto es, de política, de religión, de estética, de ritual o hasta de actividades lúdicas. Cuando Raymond Firth observaba la reparación de una canoa en Tikopia veía también el papel de la «distracción» y la importancia de los trabajos «ineficientes», pero socialmente y psicológicamente indispensables, y podía explicarlo.¹¹⁴ Se puede obtener un producto, realizando una tarea con gran habilidad artesanal, sin tener que hacer de máquina para unos «tiempos modernos».

112 La primera etnografía que interpela la teoría de tipo conjetural de este periodo es la de Lorimer Fison y de William Howitt, *Kamilaroi and Kurnai*, Melbourne: G. Robertson (1991) (1880). De hecho, mucho antes, el mismo Lewis Morgan había entrevistado a bastantes iroqueses para su monografía *League of the Iroquois*, *op. cit.*

113 Estas denominaciones ya se han tratado en varios manuales de Antropología. Aquí solamente conviene decir que, históricamente, la Antropología jurídica se ha desarrollado tanto en la tradición británica (social) como en la americana (cultural), pero esta división es exagerada. Entre antropólogos hay muchos estudios culturales, hasta culturalistas en el Reino Unido, y muchos de sociología empírica en Estados Unidos. Ahora bien, el énfasis sociológico ha estado tradicionalmente más próximo al enfoque jurídico. Con todo, sin los aportes de la Antropología simbólica y de los estudios del ritual, compartidos tanto por el enfoque cultural como por el social (tanto por la Antropología británica como por la norteamericana) no podría plantearse la Antropología jurídica tal como hacemos aquí.

114 El trabajo de Raymond Firth, *Primitive Polynesian Economy*, *op. cit.* describe y analiza exhaustivamente la consistencia de una economía primitiva basada en la reciprocidad y la redistribución en vez del mercado.

Así pues, para entender la Antropología jurídica nos hace falta mucha Antropología económica, simbólica, del parentesco, religiosa o política. Nos hacen falta las otras Antropologías. Luego, conviene deshacernos de la ideología dominante en la época del Romanticismo, que en cierto sentido se le oponía, un evolucionismo teleológico: a favor de un progreso de la humanidad motivado por la acumulación de riqueza, la innovación tecnológica y la colonización universal liderada por unas pocas metrópolis. La idea liberal de progreso¹¹⁵ forcejeaba con las aportaciones provocadas por el feliz ensamblaje entre ideas románticas y metodología positivista.

La influencia de la cultura romántica estuvo más presente en unos que en otros: especialmente en Bachofen y en Fustel de Coulanges, y más tarde en Frazer. En las obras de estos autores destacan más la valoración del simbolismo, la interpretación alegórica de la mitología y la función suprema del ritual en relación con el Derecho. Esta perspectiva ya coincidía con la que se desarrolló a fines del siglo XIX y comienzos del XX atribuyendo un origen religioso al derecho, dado el carácter ritual de sus procedimientos.¹¹⁶

En otras obras, como en las de Morgan,¹¹⁷ dominaba la metodología positivista: la recolección de información en forma de datos, conceptualmente discretos, para poderlos comparar con fiabilidad. El método de Morgan estuvo más influido por su afán comparativo que por el molde teórico-ideológico del evolucionismo de progreso. De hecho, la publicación de sus *Systems* se retrasaba porque no conseguía la simpatía de los editores, al no profesar suficiente fe en el evolucionismo de progreso de la civilización euroamericana.¹¹⁸ Ese evolucionismo de progreso —que Morgan resistió y que Bachofen admitió contradictoriamente— imponía una censura difícil

115 John Bury, *The idea of Progress*, Londres: Macmillan (1920).

116 Todavía se mantiene el concepto de ley rituarial para referirse a las leyes de enjuiciamiento civil y penal. Louis Gernet y Gustave Glotz son seguramente los autores que más ahondarían en la cuestión de los orígenes religiosos del Derecho: Louis Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique*, París: Flammarion (1982); Gustave Glotz, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, París: Albert Fontemoing (1904); Gustave Glotz, *Lordalie dans la Grèce primitive*, París: Albert Fontemoing (1904).

117 Lewis Henry Morgan, «Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family», *op. cit.*; *Ancient Society*, *op. cit.*

118 Thomas Trautmann explica las vicisitudes de este inconveniente: *Lewis Henry Morgan and the invention of Kinship*, *op. cit.*

de esquivar sin perjuicios políticos y religiosos. Dicha censura modificó las conclusiones de Morgan para su publicación en la Smithsonian y todavía, más tarde, actuó contra Frazer, eliminando de la edición abreviada de *La rama dorada* su interpretación mitológica del sacrificio de Cristo, que no se republicó hasta la edición de Robert Fraser de 1994.

La recogida de información en base a datos discretos e integrados en un corpus dotado de cierta homogeneidad (como predicaba el positivismo historicista) no era, sin embargo, suficiente para conocer la realidad que iba descubriendo una investigación etnográfica más amplia y detallada.¹¹⁹ Pero estos datos, junto con una epistemología romántica que anticipaba el relativismo social y cultural, han hecho que las reconstrucciones sociológicas de Morgan o de Bachofen puedan desvincularse, en gran medida, del encaje evolucionista que suscribieron. Con lo cual, resulta epistemológicamente injusto reducirles a «evolucionistas» (siempre en el sentido de progreso hacia determinada civilización).¹²⁰ Sus aportaciones continúan siendo muy relevantes para debates sin finiquito en la Antropología social y jurídica: derecho paterno y materno, el porqué de las hegemonías patriarcales, la trascendencia de la sucesión, la herencia y la responsabilidad individual en la historia de la humanidad, y el valor político del ritual.¹²¹

Bachofen¹²² estableció el principio de filiación como derecho natural (materno) y civil (paterno) en relación con rituales y mitologías, valores morales, economía doméstica, orden social y político, y expresiones simbólicas y artísticas. Fustel de Coulanges¹²³ relacionó la filiación patrilineal y la primitiva *patria potestas* con el ritual doméstico del culto a los antepasados, con la moral patriarcal, con la mitología de la espiritualidad pater-

119 Cuando Lorimer Fison y William Howitt (*op. cit.*) respondieron tan ampliamente al cuestionario que Morgan les había enviado para sus *Systems*, acabaron publicando sendas etnografías sobre los Kamilaroi y los Kurnai de Australia. Aunque trataron de cumplimentar la teoría de Morgan, no pudieron evitar corregirla y preparar el campo para mayores correcciones.

120 Nada que ver con el evolucionismo de Darwin con su criterio de selección natural, no de predestinación hacia la sociedad del liberalismo económico como predicaba Herbert Spencer, cuya doctrina se ha denominado erróneamente «darwinismo social».

121 Cuestión que tiene unos antecedentes muy notables en los *Discorsi* de Maquiavelo: Niccolò Machiavelli, *Il Principe e Discorsi*, Milán: Feltrinelli (1977).

122 La versión francesa traducida, anotada y prologada por Etienne Barilier, para los que no leemos alemán, resulta muy instructiva: *Le Droit Maternel*, *op. cit.*

123 Numa Denis Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, *op. cit.*

na, con la vinculación de los patrimonios, con la sociedad y el gobierno de patrilinajes, y con la oposición a los valores del individualismo filosófico. Más tarde, en sus estudios sobre los francos, fue el primero en sistematizar el procedimiento judicial vindicatorio en el contexto de la sociedad y la política altomedievales.¹²⁴ Lewis H. Morgan¹²⁵ relacionó las terminologías de parentesco con organizaciones sociales de linajes y clanes. Dividió los sistemas de parentesco de la humanidad en clasificatorios y descriptivos, y correlacionó el paso de unos a otros con la herencia de la propiedad privada. Como hemos visto, H. S. Maine¹²⁶ halló en el principio de equidad, en la jurisprudencia en sentido estricto y en las ficciones jurídicas las bases del derecho antiguo de la humanidad. Así estableció los principios para un derecho comparado general y, a partir de ellos, dividió la humanidad en sociedades de *estatus* y de *contrato*.

El positivismo metodológico ayudó a fundar la disciplina. Así, aquella *jurisprudencia comparada* se fue escindiendo del Derecho y fue emergiendo como ciencia social. Lo que hicieron fundamentalmente esos juristas —Morgan, Maine, Bachofen, Fustel de Coulanges, McLennan— fue comparar conceptos y normativas de carácter eminentemente «civil» (para el Derecho) que son aquellas en las que se reconocen derechos, obligaciones y responsabilidades del ámbito convencionalmente llamado *privado*. Con esto ya tenemos una definición inicial de la Antropología jurídica: el estudio o reestudio de varias materias antropológicas (de Parentesco, de política, de estructuración social, de economía, de ritual y de relaciones simbólicas de todo tipo) referidas a relaciones humanas que comportan lo que reconocemos como responsabilidades, derechos y obligaciones. Porque para que esta primera jurisprudencia comparada saliera del Derecho y desarrollara la Antropología social fue necesario que la preocupación jurídica cediera paso a otra más restringidamente sociológica. Que el interés por los motivos del Derecho cediera al interés por encontrar significado y sentido a las relaciones sociales según otros lenguajes. De un modo más preciso puede decirse que la relación entre nombres y roles (interactivos) de responsabilidad, obligación y derecho se transfirió al interés por las clasificaciones sociales, desde las cuales se deducían algunas cosas en ma-

124 Numa Denis Fustel de Coulanges, *Histoire des Institutions Politiques de l'Ancienne France*, París: Hachette (1889-1908).

125 *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, *op. cit.*

126 *Ancient Law*, *op. cit.*

teria de derechos y responsabilidades, pero no tan directamente. Por una extraña vocación científica esos primeros investigadores confiaban más en lo que podían reconstruir con las terminologías de Parentesco que en lo que podían, en todo caso, deducir, una vez que se hubiera preguntado a los nativos sobre el trato y relaciones que mantenían entre ellos y los cambios que recordaban. Esto no se produjo hasta las etnografías de los Howitt, Fison, Seligmann, Rivers o Boas. Curiosamente Morgan se había anticipado con su estudio de la liga iroquesa, ya mencionado, pero no recabó en la necesidad de expandir y detallar la investigación etnográfica.

Además, pronto se pasó de la consideración por las funciones normativas de los roles y las instituciones sociales a su comprensión según significados propios, sui géneris, al tratarse de «otras culturas». Con A. L. Kroeber, la correlación entre terminologías y estructura social —la gran apuesta de Morgan y Rivers que McLennan no suscribía— entró en crisis.¹²⁷ La relación entre derechos y estructuración social había sido sustituida primero por la relación entre terminologías y organizaciones sociales y a partir de Kroeber se sustituyeron estas por «orientaciones cognitivas» o patrones lingüísticos.

Aquí conviene hacer un inciso sobre la relación entre Derecho y lenguaje. Cuando se critica la consideración del Derecho como lenguaje, no suele decirse claramente, pero se está alerta ante la disolución de los elementos jurídicos (conceptos y normativas) en la lógica derivada de la gramática de que se haga encajar la lógica jurídica a la del lenguaje según la gramática, y que esta dependa de unas reglas universales de cognición.¹²⁸ Esto iría en contra de la historicidad y convencionalidad del Derecho. Para el iusnaturalismo significaría un cambio sobre el criterio de universalidad y naturalidad, pero sin negar su innatismo. Ahora bien, desde que se estudia el Derecho —y cualquier derecho, en el curso de la historia, con vicisitudes diversas— no como un conjunto de genes inmutables, se puede estudiar como lenguaje, pero con su propia «gramática» (que ya no lo es). Es decir, a la manera de un lenguaje propio en el sentido de establecer sus propias reglas de corrección para enunciar y comunicar. Ello está más cerca de la idea de Derecho neopositivista y de Kelsen, que trataremos más adelante.

127 Esta historia puede seguirse muy bien en el libro ya citado de Elman Service, *A century of controversy*.

128 Como en la gramática generativa de Chomsky.

Volvamos a la invención de los estudios de Parentesco a partir de Morgan. Entre él y Lévi-Strauss,¹²⁹ la Antropología social desarrolla toda una indagación sobre las reglas sociales para emparentarse y tratarse como parientes, sobre las prohibiciones, preferencias y prescripciones matrimoniales, con sus resultados conceptualizados en alianzas y linajes, todo ello basado en las terminologías y en el conocimiento de las reglas matrimoniales y de sucesión. Este interés prima sobre los contenidos jurídicos y aún morales (responsabilidades, deberes, obligaciones, derechos) de los roles sociales. La Antropología jurídica que desarrollan otros antropólogos como Isaac Schapera no alcanza al grueso de los estudios de Parentesco. De nada sirven los hallazgos etnográficos que entre otras cosas revelan la existencia de matrimonios formalmente idénticos pero con distintos contenidos morales y jurídicos, como encuentra Schapera en algunas sociedades africanas.¹³⁰ También hay otros estudios etnográficamente más sensibles a la parte política y psicológica de las relaciones de parentesco, como los de Meyer Fortes.¹³¹

Al generarse el trascendental campo del Parentesco en la Antropología social, se desarrolló una paradoja: su buscaban reglas pero se había pasado de largo del Derecho. Louis Assier-Andrieu puso el dedo en la llaga: la Antropología negaba el Derecho pero lo imitaba.¹³² No podía escapar de la realidad del campo normativo sin más, porque era un campo social en el sentido más denso del término. Los estudios de Parentesco se revelaban como un *impasse* formalista que no llegaba a alcanzar los conocimientos de la normativa y jurisprudencia del Derecho civil.

Malinowski fue de los primeros en advertirlo,¹³³ y desarrolló como Schapera una teorización muy próxima a Kelsen. Primero, una distinción entre infracciones castigadas por las divinidades o entes espirituales y las

129 Claude Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, París y La Haye: Mouton (1977 [1949]).

130 Isaac Schapera, *Married Life in an African Tribe*, op. cit.; *A Handbook of Tswana Law and Custom*, Londres: Frank Cass (1977) (1938).

131 Meyer Fortes, *The Dynamics of Clanship among the Tallensi*, op. cit.; *Religion, Morality and the Person*, op. cit.

132 Ya hemos referido antes su ensayo «L'anthropologie, entre la négation et l'imitation du droit».

133 Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, op. cit. Sobre la economía del don como trato de reciprocidad, junto a relaciones de redistribución: *Argonauts of the Western Pacific*, Londres: Routledge & Kegan Paul (1978) (1922); *Coral Gradens and their*

castigadas por tribunales humanos (en las islas Trobriand), la distinción entre el control moral y el control jurídico; luego, la postulación de la reciprocidad como norma fundamental. A partir de esta, que afecta a todas las relaciones sociales de una civilización (salvaje o primitiva para su época), descubre varias disposiciones que obligan socialmente y cuyas infracciones o bien son dirimidas por un tribunal o actúan en perjuicio del infractor, dada la densidad de la necesaria cooperación social para vivir en la sociedad trobriandesa. Pero tanto Schapera como Malinowski se excedieron en querer mostrar la existencia de un campo jurídico independiente, al modo occidental. Esto hizo que, al contrario de Llewellyn o del mismo Radcliffe-Brown, no vieran derecho en manifestaciones o instituciones de una apariencia formal «no jurídica» para un occidental. Sin embargo, sus extraordinarias etnografías desmintieron este posicionamiento epistemológico. Especialmente en Malinowski, quien estudió todo un registro de la propiedad —en este caso, de posesiones— y un sistema de redistribución de «rentas» detrás de rituales y fórmulas mágicas.¹³⁴ Malinowski entendió que, lejos de negar e imitar el Derecho, convenía dialogar con él tal como era: apareciendo en unas sociedades incrustado en el ritual, en la economía, en la política, en la estética o en la psicología moral, lo cual no quiere decir que ello debilitara el derecho, al contrario, podía reforzarlo. Todo dependía de si el influjo de estos otros ámbitos le confería o no más autoridad. Porque en nuestra sociedad, en la que el Derecho se precia de autonomía e independencia, suele quedar a merced de otros ámbitos, no para reforzarlo y conferirle autoridad, sino para manipularlo y corromperlo. No es lo mismo el modo en como el actual Derecho depende de la economía a como depende de la religión. Y antes, cuando dependía más de la religión, tampoco dependía igual si la religión asistía a la independencia judicial con una ordalía¹³⁵ o si atentaba contra la verdad judicial con una tortura inquisitorial.

Magic, op. cit.; «A New Instrument for the Interpretation of Law—Especially Primitive», *The Yale Law Journal*, 51(8), (1942) (HeinONline: 2020).

134 En sus *Coral Gardens* que estudiaremos al final de este libro.

135 Cf. Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, op. cit.

8. EL LENGUAJE DEL DERECHO Y EL MINIMALISMO EN EL TRATO HUMANO

En contraste con otras sociedades, es cierto que nosotros tenemos una cultura jurídica y unas instituciones jurídicas —como decía Polanyi en relación con la economía— formando instituciones discretas, dispuestas en apartados sociales concretos (órganos legislativos, tribunales, facultades de Derecho, instituciones penitenciarias...). El Derecho es una institución específica, dotada de un lenguaje muy autoreferenciado, algo obvio, con sus propias jerarquías y procederes, con sus ceremonias particulares.¹³⁶ La misma ley procesal se ha denominado rituarial. Las «cosas del derecho» están instituidas de forma específica, separadas del resto, y se estudian también separadamente. Lo que choca del Derecho, a diferencia de la medicina, la economía o la química, entre otras, es que a la ciudadanía se la supone instruida en lo que le concierne muy directamente, cosa que no ocurre con otras disciplinas, en las que los «especialistas» se encargan de su gestión e interpretación, sin que ello genere gran inseguridad y ansiedad en el ciudadano. En cambio, en el Derecho, si realmente el ciudadano debiera estar al tanto siempre de todo lo que le concierne necesitaría la compañía constante, no ya de un abogado, sino de toda una cohorte de abogados y asesores letrados.¹³⁷ El desconocimiento e inseguridad respecto al Derecho suscita la presencia del asesoramiento y defensa jurídicas

136 El formulismo burocrático hermético y barroco está muy desarrollado en las instituciones administrativas y jurídicas, aunque cuando se explora resulta fácil exagerar su función críptica: Cf. Bruno Latour, *La fabrique du droit*, (2002) *op. cit.*, Geoffroy de Lagasnerie, *Juger*, (2016) *op. cit.*

137 Sobre el supuesto conocimiento del Derecho, de «las leyes», que obliga a toda la ciudadanía, y la realidad de su desconocimiento, Joaquín Costa escribió su singular tratado *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*, *op. cit.*

casi constantes. Fácilmente, puede darse la impresión de que la definición de ciudadano es la de un ser humano que necesita de un abogado.

No hay que exagerar la necesidad de la «especialización» del Derecho, que en gran parte obedece a intereses creados por la política y los negocios. Con el Derecho se puede hacer un dinero que no se puede hacer, por ejemplo, con la filosofía. La jerga jurídica está llena de eufemismos, tautologías, sinonimias innecesarias, razonamientos a la deriva y extraños circunloquios,¹³⁸ además de contar con imprescindibles rigores racionales, discreciones conceptuales y elegancias argumentales. Respecto al uso del latín, Valle-Inclán ya glosó el efecto jurídico, hasta lo reverencial, de las *divinas palabras*: el poder de hacerse obedecer a base de latinajos, como una inercia de patrística popular. Sin embargo, las locuciones jurídicas procedentes del Derecho romano suelen ser muy claras e inteligentes, sabias. Algunas hay que dejarlas en latín —y apenas hace falta traducirlas— porque como se hacía con el lenguaje del sexo pueden escandalizar a más de un inveterado jurista: *ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius*. Históricamente hay de todo: Derecho sin apenas justicia, justicia que debe enfrentarse con el Derecho y derechos que han de corregir la justicia.

En principio el lenguaje formal del Derecho, desarrollado específicamente por la jurisprudencia,¹³⁹ como en cualquier otra disciplina, tiene como objetivo lógico principal conseguir una doble ventaja, en economía y en discreción. Economizar quiere decir encontrar términos con definiciones sencillas y obtener discreción significa evitar solapamientos. Lo primero quiere decir, en general, que el enunciado jurídico debe reducir la extensión y complejidad del lenguaje ordinario, comunicando el mismo significado, y si es posible, aún con más precisión. Esta es su economía. Pero esta economía se pierde cuando para entenderlo se debe recurrir a extensas y arduas explicaciones utilizando el lenguaje ordinario o bien con una mezcla del ordinario y del jurídico. En cuanto a su discreción, se trata de que, al obtener un enunciado económico, este no se solape con el sig-

138 Cf. Enrique Alcaraz y Brian Hughes, *El español jurídico*, Barcelona: Ariel (2002). También pueden consultarse los artículos del cuaderno «Lenguaje judicial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 16 (1997).

139 En cuanto a interpretación siguiendo sus principios o normas fundamentales (dogmática) y en cuanto al establecimiento de criterios para cualquier interpretación y comprensión práctica del mismo Derecho (doctrina).

nificado de otros, que no se generen intersecciones de significados.¹⁴⁰ Si se dan, surge un desconcierto o confusión después del aparente logro económico obtenido con la formalización. Estas dos características proceden del esfuerzo del neopositivismo lógico para cualquier ciencia. El Derecho ha intentado asumirlas, pero con resultados dispares. Por una parte, el éxito en la conceptualización, a pesar de su apariencia lógica y empírica, de su peso racional y de su concordancia con la experiencia de la vida, no deja de ser convencional. Se generaliza lo que convencionalmente se tiene como una verdad práctica. Un ejemplo de ello es la idea de *inmediación* como situación de percepción y representación de las cosas que hace el juzgador en la vista oral de un proceso penal. Es la idea convencional de que el juzgador es el único que por la inmediatez del contacto físico-temporal con el proceso y sus protagonistas posee unos elementos de conocimiento que son los únicos o los más válidos para probar hechos, calificarlos según normas legales y resolver su significado jurídico en sentencias. La cualidad de *inmediación* se entiende según una pureza «jurisdiccional» y no se confronta con el universo psicológico, ético, político, etc., del juzgador. Se representa como una capacidad receptiva y decisoria únicas, sin ninguna reserva que no sea la de dilucidar un defecto de forma o un error de Derecho en la sentencia. Estos posibles defectos y errores serán identificados y corregidos por un tribunal de casación que no poseerá la cualidad de *inmediación*. Únicamente le corresponderá examinar si lo expuesto en la sentencia es conforme a la forma con que debe sustentarse y a la ley que debe aplicar, pero de ningún modo podrá volver a juzgar. Así la jurisprudencia reconoce un gran poder a la *inmediación*, que si no falla ante la ley y en la forma de sustentarla queda dotada de irrevocabilidad.

Sin embargo, psicológica, sociológica o antropológicamente (y aun políticamente, religiosamente, económicamente, estéticamente, etc.) esta *inmediación* está sujeta a varios condicionamientos que pueden incluso producir la paradoja de que el tribunal de casación, precisamente por su distancia con la realidad de la *inmediación*, pueda tener un criterio más

140 A menudo se da la paradoja de que después de haber encontrado un término económicamente justo para referir un hecho o una calificación normativa, precisamente, el haber economizado crea la inseguridad de haber perdido algo. Entonces se recurre a una retahíla de sinónimos o casi sinónimos que no solo contradice la economía lograda, sino que establece una retórica de inseguridad que se consolida, como en la fórmula «*se cita, llama y emplaza para la comparecencia*», en vez de simplemente «*se cita*».

objetivo con los hechos y con su encaje jurídico. Así, por ejemplo, en la STS 1256/1993 de 1 de junio, leemos una declaración totalmente a favor de la discreción entre la jurisdicción casacional y la del tribunal que ha juzgado en la vista oral: *Con arreglo a la más ortodoxa línea casacional debemos concluir que los documentos alegados para fundamentar el error del juzgador no han podido acreditar de una forma inequívoca y evidente la equivocación sufrida por el juzgador de instancia. Eso con independencia de la postura que podamos adoptar en orden a la valoración preferente de la decisión mayoritaria* (la decisión de la mayoría de los jueces que componen el tribunal que dictó la sentencia recurrida) *o del voto particular condenatorio emitido por el magistrado disidente*. Es decir, que el TS decide no entrometerse con la decisión que es sentencia del tribunal de instancia, respetando escrupulosamente su facultad jurisdiccional, pero no deja de mostrar su inclinación por lo que sostenía el voto particular en aquel juicio: *porque resulta sorprendente y anómalo que ante una clara concurrencia de elementos tan perfectamente determinados no se haya llegado a la conclusión de la existencia del delito de violación que estima el voto particular disidente*.

El TS respeta pues de modo *ortodoxo*, según su mismo lenguaje, unas reglas del juego del Derecho, pero no deja de observar que estas pueden hacer que no se cumpla con la justicia que merece el caso, porque se trataba de una violación: la sentencia del TS confiesa que la estimación del motivo del recurso *nos lleva a declarar que ha existido un delito de violación del que ha sido víctima la denunciante, pero no podemos reflejarlo en una segunda sentencia*. La razón es que el tribunal *a quo* (audiencia provincial) absolvió al procesado y no es competencia del TS en casación volver a juzgar. Ahora bien, la apreciación de la violación y de la autoría resultan bien probadas por el voto particular, que podría haber sido el de la mayoría. Precisamente uno de los temas del realismo jurídico (Llewellyn, Twining)¹⁴¹ es que una sentencia no deja de ser una opinión, y que como opinión puede oscilar según cambios subjetivos y según diversas circunstancias de los mismos juzgadores.

En este caso, el TS no dice que siente que la observancia del Derecho le aleja de la justicia, pero con sus muy comedidas palabras nos comunica que lo siente. Este tipo de fenómenos forman parte del *derecho vivido*,

141 Cf. William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres: Weidenfeld and Nicolson (1985).

de cómo realmente es vivido según a quien atañe. Del crucial concepto del *derecho vivido* para la Antropología jurídica hablaremos más adelante. Aquí apuntamos uno de sus aspectos.

Por otra parte, el Derecho no alcanza la «verdad de la vida», lo que como tal es reconocido y vivido en la conciencia de las personas, sin menoscabo de sus fantasías y proyecciones de intereses. Esto produce dos reacciones lingüísticas: una, típica de la contención neopositivista, que es la de aceptar los límites semánticos del lenguaje jurídico para explicar y comprender la vida; otra es la de redundar en el mismo lenguaje jurídico con el fin de dar la impresión de saber abarcar, de conocer a fondo y poder predicar sobre la realidad del modo más perfecto, de poder producir la mejor versión de la «verdad de los hechos», que es su verdad jurídica. Esta retórica de la verdad judicial, y jurídica en general, se ha ido imponiendo, por decirlo de un modo parejo a lo que criticamos: repitiendo, redundando, remachando, reiterando, machacando, aburriendo, en definitiva, por olvidarse de la fuerza que debe tener la lógica frente a la verborrea. Es así como no únicamente se repiten palabras, cubriéndose con sinonimias posibles matices semánticos,¹⁴² sino también párrafos enteros. Desde el siglo XIX al XXI podemos presenciar un aumento de estos que viene facilitado aún más con la nueva tecnología informática. El estilo jurisprudencial, en vez de escoger la economía del sentido práctico, ha escogido el derroche de la exhaustividad para encontrar un sentido. Ello desconcierta y desorienta porque incluso cuando está deduciendo induce. Hace un recorrido como si no definiera ni concluyera nunca, arrojando más recorrido inductivo a lo que parece haber dado por deducido y concluido. Por eso, el lenguaje jurídico, viciado por esta mezcla de inseguridad lógica y prepotencia enunciativa, se presta a que pueda entenderse hasta como si dijera lo contrario de lo que «finalmente» quiere decir, o bien se manifiesta de un modo tan espeso —si se le sigue buscando una lógica— que despierta la sospecha de que por extraños motivos quiere ocultar lo que dice, como si tuviera que desdecirse de lo dicho. Y así es cuando una jerarquía superior del poder judicial, efectivamente, puede contradecirle. Las reglas del juego hacen que acabe imperando un espíritu de reserva, una timidez declarativa disimulada por copiosos y espesos argumentos, cosas que suelen acabar en una contención de la justicia y un desbordamiento del Derecho. Esta es la impresión que

142 Tema destacado entre otros por Enrique Alcaraz en *El español jurídico*, *op. cit.*

suele quedar muchas veces de la práctica del Derecho ante el sentido común.¹⁴³ Cuando, en realidad, para que el Derecho alcance algo de verdad ante la vida social es menester que concuerde con el sentido común, entendido este como el criterio desarrollado por las experiencias recurrentes de la vida, percibidas empíricamente, y que dan lugar a una mejor comprensión de los intereses de individuos y colectividades. Ante el sentido común, el Derecho deja de ser un lenguaje determinado, especialmente un lenguaje escrito, para ser antes que nada una actitud, un trato entre seres humanos que se corresponde mejor con la idea de lo justo. Incluso, antes que un texto, es una palabra y, todavía antes, una expresión más cercana a la actitud, al gesto y a la acción que denotan ese sentido que se tiene por espontáneo o tradicional, incluso algo arcano, que no siempre puede decirse o declararse verbalmente, pero que «hace cosas» en el trato humano.¹⁴⁴

El derecho en su sentido más universal es actitud y disposición para tratar entre seres humanos. En este sentido, fenomenológicamente primitivo, es lo que antecede a todo lo que luego se cataloga como Derecho, ya con mayúsculas, reconocido en la sociedad como institución aparte. Pero lo más original en la existencia humana, en el sentido de estar en el origen de todo trato humano, se da en la actitud inicial, en la actitud que inmediatamente desarrolla una disposición. Una percepción del *otro* que dispone a tratarlo de determinada manera, aunque los dos fenómenos se dan simultáneamente. A una intención de trato se erige una percepción y a una percepción ya se entrevé la intención de trato. Evidentemente el primer fenómeno social tiene un radical de reciprocidad, debido a la propia naturaleza del trato. La condición de la comprensión y del «entenderse» radica en el «buen trato».

Este comienzo, con un primer trato humano, es el que determinará la relativa posición de las personas en el derecho y la justicia. Luego, para explicar cómo la gente se trata o cómo debe tratarse, varios mitos de origen de la humanidad destacan el nacimiento del derecho y la justicia derivados de un primer trato al que se le da una gran relevancia. Así, en la mitología hebrea, el primer trato humano reviste ya una jerarquía política de carácter absoluto, un patriarca Dios que crea todo el mundo y una pareja humana que le desobedece, que busca la razón de ser en la prohibición, y con ello

143 Cf. Paul Vinogradoff, *Common Sense in Law*, Londres: Williams & Norgate (1913).

144 Cf. Paolo Di Lucia, *Normatividad, derecho, lenguaje, acción*, México: Fontamara (2010).

se declara rebelde. El castigo funda el Derecho: funda un derecho civil y penal oneroso, con cargas específicas sobre la mujer, trabajos serviles, enfermedades y muerte para ambos. El otro mito, el del primer homicidio o asesinato, el de Caín, presenta la primera forma de su resolución jurídica en lo que ya es un ordenamiento vindicatorio:¹⁴⁵ juicio y expulsión de toda la parte ofensora (clan) pero con garantías de respeto a sus vidas. Se necesita una autoridad para tutelar el proceso, la resolución y el respeto de todos a la condena. Podría ser un consejo de mayores, pero en la Biblia hebrea es un Dios sumo patriarca. Los mitos, no terminaríamos nunca, explican el derecho en su origen, en su primer sentido social y, como en este caso, ya refieren todo un ordenamiento jurídico. Lo hallamos en la historia y en las etnografías: desde que conocemos las diferentes sociedades humanas, las conocemos con todo un sistema jurídico para cada una de ellas, con un ordenamiento que establece derechos y procesos para obtener justicia: se presentan de un modo ordenado, con normas más fundamentales, otras derivadas, derecho de apelación, juicios con autoridad judicial y memoria jurisprudencial.¹⁴⁶ No hay evidencias históricas o etnográficas sobre un derecho rudimentario, muy simple o «primitivo» que poco a poco va desarrollándose. Se ha podido interpretar así lo que ya era todo un ordenamiento jurídico y se ha hecho por prejuicio etnocéntrico, atribuyendo parcialidad o simplismo a lo que se entendía precisamente de un modo parcial y simplista. Lo veremos con más detalle al tratar los sistemas vindicatorios.

Existe una filosofía más universal del derecho cuando se dirige a lo que hemos venido exponiendo como la iniciación de un trato humano, la incoación de la interacción social. Ello no tiene que ver con unos supuestos orígenes históricos en los que el derecho estaría en estado germinal o sería muy rudimentario, sino que tiene que ver con todas las situaciones humanas que en cualquier tiempo y lugar *dan inicio* al derecho o a la justicia. En eso consiste el derecho realmente «primitivo», en cómo adquiere sentido al ser creado. Es derecho mínimo y fundamental a la vez, porque de esta primera actitud o disposición para el trato va a depender todo,

145 Los sistemas vindicatorios son propios de civilizaciones primitivas, antiguas, y medievales; también de sociedades tradicionales algo independientes de los Estados y parcialmente de Estados procedentes de tradiciones vindicatorias como la jurisprudencia coránica. Trataremos el sistema vindicatorio más adelante.

146 Cf. Leopold Pospisil «Legal levels and multiplicity of legal systems in human societies», en *The Journal of Conflict Resolution*, 11(1) (1967); *Anthropology of Law. A comparative Theory*, Nueva York: Harper & Row (1971).

incluso cuando el Derecho ya es un aparato muy complejo: desde que en el surgir de un conflicto se escoja o no el Derecho, se lleve de un modo u otro y se vea útil o no para obtener justicia.

Ya la mínima (la inicial, puede ser máxima) justicia es un modo de tratar al otro. Sí que puede decirse que cuando se nos pone el Derecho y la justicia de por medio se está tratando con otro, es decir, que hay precaución, reserva, puede que desconfianza o astucia para seguir con el trato. Esta alteridad aparece muy acusada en las sociedades individualistas. Durkheim¹⁴⁷ se percató de ello y como hemos visto antes refirió el contrato en la sociedad capitalista como una relación que, en vez de unir, separa. Demarca y divide obligaciones y responsabilidades. Es más acorde con la desconfianza mutua que con la buena fe, a pesar de que el Derecho no cesa de encandilarse con la *fides*, la buena fe, la honestidad que debe presidir a toda obligación contractual. El contrato en nuestros ordenamientos jurídicos es un instrumento que pretende corregir la inseguridad del individualismo con una seguridad jurídica en la interacción social.

En su historia evolutiva del contrato, Davy¹⁴⁸ establece la promesa solemne, la fe jurada, como el origen del contrato que luego el Derecho sancionará como ley. Una ley que obligará a las partes que suscriben el contrato ante una autoridad. Davy lo considera un hecho del instinto moral del ser humano, algo innato, *un dato inmediato de la moral: no compliquemos artificialmente las cosas..., la moral como todo tipo de ciencia y como la misma lógica debe postular ciertos datos sin los cuales no podría constituirse*. Así comienza Davy su ensayo. Prosigue con la idea de una mayor fusión histórica entre acciones promisorias, contratos y estatus sociales, criticando la separación establecida por Maine entre sociedades de estatus y de contrato. Davy «contractualiza» la reciprocidad, destacando lo que según él es la *función contractual* en las alianzas matrimoniales, en las fraternidades de sangre o juradas y dedica gran atención a la institución del *Potlatch* como precursora del contrato moderno. Davy hace ver cómo en el *Potlatch* surge el derecho individual con la rivalidad y el desafío, generando la movilidad social individual típica de una sociedad individualista (y capitalista). Davy concluye que con la cultura del *Potlatch* se produce contractualmente la consolidación de un estatus. Por lo tanto, se han dado sociedades, como la de los kwakiutl, que han generado

147 Cf. Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, op. cit. Cap. I, 5.

148 Georges Davy, *La foi jurée*, (1922) op. cit.

una mentalidad y práctica contractuales una vez que se ha establecido un régimen de rivalidad y desafío individuales. Esta teoría coincide con la establecida ya por Durkheim sobre el sentido hostil del contrato, a pesar de su apariencia contraria, en una sociedad individualista.

Paolo Di Lucia, en su *Universal de la promesa*,¹⁴⁹ explora diversas teorías filosóficas que son consistentes con la perspectiva de Durkheim y, en parte, con la de Davy, en el sentido de que promesas y juramentos promisorios son consistentes con órdenes sociales asediados por los peligros del individualismo: por la insinceridad, la inconstancia, la desconfianza, la revocabilidad según circunstancias e intereses sobrevenidos.

Por otra parte, Simone de Beauvoir nos descubre al final de su obra —hace pensar en la razón que Proust da en *El tiempo reencontrado* para explicar su búsqueda del tiempo perdido— que la clave para comprender la condición de las mujeres está en el trato humano *más inmediato, natural y necesario* de los hombres hacia ellas. Es Marx quien lo dice y lo cita Beauvoir como colofón de su apuesta por la igualdad y fraternidad entre hombres y mujeres: *la relación inmediata, natural, necesaria, del hombre con el hombre*, es la relación del hombre con la mujer (Marx subraya esta última oración).

Según el carácter de esa relación se puede deducir hasta qué punto el hombre se comprende a sí mismo como hombre, como *ser genérico*; la relación del hombre con la mujer es la relación más natural entre seres humanos. Allí se muestra hasta qué punto el comportamiento natural del hombre ha resultado humano o hasta qué punto este ser *humano* ha resultado ser su ser natural, y hasta qué punto su *naturaleza humana* ha resultado ser (verdaderamente) su naturaleza.

Es decir, que Marx hace depender del trato que el hombre da a la mujer la alienación o no del hombre respecto a la naturaleza y al sentido de humanidad. Porque en ese trato se da una necesidad, naturalidad y contigüidad o intimidad que revela todo lo que el hombre va a ser capaz de dar o quitar a otro ser humano. Con la mujer no hay dilación posible para que la relación sea igual o desigual, justa o injusta, precavida o generosa. La naturalidad e inmediatez que exige desde su inicio revela toda la cultura, toda la moral, que va a condicionar el comportamiento subsiguiente. En las barreras y avasallamientos que se establecen en la mera actitud de los hombres respecto a las mujeres se revelan todas las prevenciones, precauciones e

149 Paolo Di Lucia, *L'Universale della Promessa*, Milán: Dott. A. Giuffrè (1997).

insidias que los hombres se dispensan entre sí. Entre hombres y mujeres se parte ya de una desigualdad que requiere un posicionamiento inmediato, de una actitud antes que de una palabra. Por eso Marx y Beauvoir aciertan al declarar ese trato como el que revela también la actitud más inmediata y espontánea en las relaciones entre todos los seres humanos.

El trato y la intención de trato de los hombres con las mujeres revela el comienzo mínimo del derecho y la justicia entre todos los seres humanos: sobrentendidos de igualdad o desigualdad, tratos mínimos que hacen surgir afecto, vergüenza, intimidación, provocación, atracción y repulsión, de modo sucesivo y confuso. La violencia simbólica de Bourdieu,¹⁵⁰ la contrariedad que causa el poder en una relación de afinidad: así sobreviene este minimalismo moral, político y jurídico. Todo radica en esta fase inicial de la interacción social, en la que se revela la intencionalidad, la actitud que se ofrece como trato. Por eso decimos que hay tratos que prometen y otros que decepcionan. Antes de la comprensión del otro, está la disposición para comprenderlo: esta es la intención de trato. Si se da como un hecho pragmático que antecede a todo lo demás, la intención de trato va a determinar la capacidad de comprensión y su integración en la sucesiva interacción.

Uno de los motivos por los que el Derecho resulta «antipático» es porque, más que en otras profesiones, antepone la formalidad de trato a la intención de trato. Como su protocolo parte de tener que tratar conflictos, se inicia con una actitud de suma reserva, prudencia y distanciamiento. Incluso en la relación abogado-cliente, la confianza se establece en base a la ayuda o defensa que se proporciona ante unas reglas de juego establecidas, con independencia de la empatía con la motivación o situación real del defendido. La alienación de intencionalidad y valor de trato humano queda sustituida por el servicio de mercado consistente en ayudar a jugar con la mejor astucia.¹⁵¹ Jugar en todo caso con espíritu de solidaridad. Por eso, la mejor expresión de esa solidaridad es la de haber cooperado juntos a «ganar la causa».

150 Pierre Bourdieu, *La domination masculine*, París: Seuil (1998).

151 Cf. Louis Assier-Andrieu, *Les avocats: identité, culture et devenir*, París: Gazette du Palais (2011).

9. EL DERECHO VIVIDO: NORMA, EMOCIÓN Y SENTIMIENTOS

El *derecho vivido* o *derecho vivo* tiene tres acepciones. Una, la más extendida en la sociología del derecho, es la de Ehrlich,¹⁵² por la que se entiende por derecho vivido el de las costumbres cuyas normas son vigentes, con independencia de las leyes estatales. Los derechos consuetudinarios constituirían el corpus más conocido de este derecho vivido. Los trabajos de Joaquín Costa y de cuantos estudiaron el *Derecho consuetudinario y la economía popular* en distintos lugares del territorio español puede decirse que estudiaron en gran medida las costumbres del derecho vivido localmente.

Por derecho vivo o vivido se entiende también el que resulta vigente, conocido y practicado en la vida de las personas, distinguiéndolo del que, a pesar de estar vigente legislativamente, no incide en la vida de la gente. Así, por ejemplo, el derecho contractual relativo a compraventas o el sucesorio relativo a testamentos es vivido por mucha más gente que el de las capitulaciones matrimoniales, que ha perdido frecuencia y notoriedad.

En tercer lugar, podemos entender por derecho vivido la afectación de cualquier negocio o acto jurídico en la vida de las personas, especialmente en el sentido de la complejidad y carga moral y emotiva que conlleva el acto jurídico pero que no se manifiesta en sus contenidos jurídicos, por ejemplo: toda la afectación moral y sentimental, económica y psicológica, de repercusión interpersonal y social que conllevan las circunstancias de un contrato laboral, de la compraventa de un inmueble, de un contrato de alquiler de vivienda, de la ejecución de una hipoteca o de la lectura y aceptación de una herencia testamentaria. El estudio de la documentación jurídica junto con las circunstancias personales y sociales de quienes la suscitan es materia clave para la etnografía jurídica y la teori-

152 Cf. Gregorio Robles Morchón, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales (2002).

zación antropológica resultante. Esta idea de *derecho vivido* desarrolla el conocimiento de lo que ocurre cuando el Derecho instituido se cruza con el sentido común de las gentes —tal como Vinogradoff expuso—¹⁵³ con sus ideas y actitudes respecto de lo justo, lo responsable y lo obligado, así como respecto a lo razonable para cada situación, y teniendo en cuenta los imponderables con que la vida desafía un Derecho que difícilmente puede satisfacerla.

El Derecho solo tiene dos momentos verdaderos frente a la vida: cuando se le aparece prometiendo todo lo que parece que puede hacer por ella (dar la vida a una ilusión de futuro, a un amor, a un hogar, a un trabajo, a una creencia o sentimiento «con derecho» a tenerla y practicarla) y cuando muere frente a ella, cuando deja que lo supere con su plenitud, cosa que apenas entiende. En medio de estos dos extremos está el Derecho como interpretación más bien mediocre de la vida, el que discurre decepcionando aquellas primeras promesas o ilusiones de vida y luchando para que prevalezca sobre la misma vida, como si ello fuera garantía de haberla servido, cuando suele ser todo lo contrario.

Lo que escribía Nietzsche a propósito de las ventajas y desventajas de la historia para la vida¹⁵⁴ puede decirse también del Derecho, que puede ayudar o perjudicar la vida. Del mismo modo con que Nietzsche observaba una historia *monumental* y *anticuaria*, que por más que alabase la vida humana, lo hacía con unas cualidades alejadas y desconectadas de la realidad vivida. La historia monumental se presentaba como una abstracción que, aunque heroica y repleta de sublimidades humanas, no podía ser incorporada a lo vivido en la realidad del presente. Lo *anticuario*, también desgajado de la vida, no como antecedente y tradición vinculada a esa vida presente, tampoco. Así también hay un Derecho monumental, ideal, perfecto en sus enunciados, pero inválido ante la realidad de la vida, tan fuerte en su imaginación sublime como débil, hasta la inoperancia, en su aplicación realmente vivida. Aún, si se aplican a la vida enunciados altisonantes de perfección humana (sea la «dignidad humana» o el «libre desarrollo de la personalidad») en un contexto donde apenas se sobrevive y donde el maltrato es una amenaza constante, el Derecho puede adquirir

153 Paul Vinogradoff, *Common Sense in Law*, Londres: Williams & Norgate (1913).

154 Friedrich Nietzsche, *On the advantage and disadvantage of History for Life*, Indianápolis: Hackett (1980).

todo el empaque de un monumento, pero ser únicamente para la realidad vivida de la persona un constante decaimiento.

El Derecho se hace vivo y próximo cada vez que entramos en contacto concreto con él, al firmar un contrato o al testificar en un juicio. Pero esos y tantos otros actos no nos revelan —en su lenguaje jurídico— lo que significan para nuestras vidas. La subjetividad jurídica, que a veces se entiende normativamente como lo *jural*, responde en parte a esa dimensión. Se trata de interpretar moral y psicológicamente cualquier hecho o impresión normativa del Derecho: entonces lo primero que despierta la información jurídica, por mínima que sea (y a menudo precisamente por su minimalismo), es una emoción. Es decir, una reacción de agrado o disgusto, de irritación o satisfacción. Edoardo Fittipaldi¹⁵⁵ ha elaborado un compendio de esas respuestas emotivas a cualquier unidad o porción de información jurídica. Así comienza el derecho vivido, para enlazar luego con mundos más complejos de símbolos y vivencias que adquieren sentido en el curso de la vida de las personas. Fittipaldi establece un concepto de partida (sintetizando anteriores aportaciones) que nos revela perfectamente el rasgo de esta primera impresión que da el encuentro con el Derecho: una *emoción normativa*, lo cual es también una respuesta emotiva a la sensación que crea la norma en la subjetividad personal. Evidentemente, esta primera impresión no solo tiene que ver con la socialización moral de cada individuo, sino también con su inconsciente.¹⁵⁶ Así llegamos al encuentro de una encrucijada, con precedentes en los estudios de Durkheim, Freud, Reich, Halbwachs, Ricoeur, Wittgenstein, Adorno y muchos otros,¹⁵⁷ en la que irrumpen los caminos de la memoria individual

155 Edoardo Fittipaldi, *Norma. Una proposta di concettualizzazione per la sociologia del diritto e le altre scienze sociali*, op. cit.

156 No es aquí lugar para defender determinados conceptos psicoanalíticos, pero si la jurisprudencia española admite lo *subliminal*, podemos admitir, si no un *subconsciente* o *inconsciente*, por lo menos la influencia de una emoción o sentimiento ocultos a los demás y también a la propia conciencia.

157 Cf. especialmente para abordar el cruce entre lo psicológico y sociológico frente a las emociones y sentimientos suscitados por lo normativo y su transgresión: Georges Devereux, *Ethnopsychanalyse complementariste*, París: Flammarion (1985); Mohave *Ethnopsychiatry*, Washington: Smithsonian (1961); Philippe Carrer, *Oedipe en Bretagne. Essai d'ethnopsychiatrie*, Toulouse: Privat (1986); Tobie Nathan, *Psychanalyse païenne. Essais ethnopsychanalytiques*, París: Dunod (1988); *La folie des autres. Traité d'ethnopsychiatrie clinique*, París: Dunod (1986); Teodor W. Adorno et. al., *The Authoritarian Personality*, Nueva York: Harper and Brothers (1950); Wilhelm Reich, *La psychologie de masse du fascisme*, París: Payot (1998);

y colectiva, de la psicología y el lenguaje de las emociones y sentimientos, de los subconscientes individuales y colectivos, y también de las ideas fijas y cambiantes que sirven a movimientos de intolerancia y fanatismo. La percepción y representación emocional de una norma, de un conflicto y de su resolución puede obedecer a fuerzas simples o complejas. Cada caso requiere su investigación. La filosofía de la psicología abordada por Wittgenstein¹⁵⁸ retiene ese momento fenomenológico de la emoción ante la norma, junto con la expresión que puede acompañarla en el lenguaje. Así, por ejemplo, ante la frase *Esta ley no fue promulgada para estos casos*, Wittgenstein añade: *¿Significa que es un sinsentido?* en un contexto en el que invierte el paso de lo concreto a lo abstracto: apunta a que la ley como enunciado abstracto (la concibe como plan, diseño o mapa) no encaja con lo concreto. Wittgenstein sostiene que aunque no nos guíemos por lo abstracto (normativo) ello no quiere decir que no sepamos manejarnos muy bien en lo concreto y advertir cualquier irregularidad en su orden. Entonces, la norma general pierde sentido —y esa es la paradoja— tanto para los «casos» que la suscitaron como para los otros en los que parece que puede aplicarse. En este fenómeno radica la respuesta emotiva contraria a la norma, a la ley, por percibirla injusta, extraña o alienada, por lo menos en parte, del «caso», del derecho y la justicia vividos. Ello es muy importante para la naturaleza tácita u oculta de un repertorio normativo (legislación) en el derecho consuetudinario: precisamente resulta más vivo —asumido— cuando sin formular proposiciones normativas se establece y resuelve cada caso. La norma debe permanecer muda, oculta, para no perjudicar los rasgos de cada caso —con sus matices— que lo hacen vivo, comprensible ante los imponderables de la vida, y así entra de lleno en el inconsciente y en el subconsciente de las personas. Por eso las costumbres normativas o derechos consuetudinarios no suelen manifestar por ellos mismos repertorios de tipo legislativo. Las compilaciones y códigos las harán juristas imbuidos ya del imperativo de la explicitud normativa en forma de legislación.

Ernesto de Martino, *La tierra del remordimiento*, Barcelona: Bellaterra (1999); Maurice Halbwachs, *La psychologie collective*, París: Flammarion (2015); Paul Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, París: Seuil (2000).

158 Cf. Zettel, Oxford: Basil Blackwell (1981) p. 21; *Remarks on the Philosophy of Psychology*, II vols., Oxford: Basil Blackwell (1980).

Aun cuando la norma puede referir correctamente el juicio del caso, siempre puede «ofender» el conocimiento de este como algo vivido con ciertas emociones, sentimientos y actitudes. La norma produce una emoción que no controla. La emoción y sentimiento de justicia vividos requieren una encarnación existencial compleja, y resultan recurrentemente heridos por el reduccionismo normativo, por los enunciados jurídicos. Con este fenómeno arranca el malestar o hastío que suscita la norma: «ofende» la sensibilidad y no da con la verdad de lo vivido. Así el Derecho crea una verosimilitud de lo vivido que ofende. La verdad es otra.¹⁵⁹ De esta experiencia nace la alienación de las personas con el Derecho: lo perciben como un reductor —hasta la deshumanización— de lo vivido según las circunstancias de la existencia. El Derecho con su normativa (sobre todo la afectada por el tiempo de la administración de lo jurídico) predica como si la gente no sufriera ni enfermara, no descansara, no olvidara, no trabajara, no festejara, casi como si no viviera. La vida es siempre insolvente ante el Derecho: o no puede satisfacerlo materialmente o sentimentalmente, porque el Derecho suele trascenderla en exceso. Por eso el sentimiento va siempre precavido, con temor o desasosiego, ante la norma. Aunque favorezca, nunca llega a expresar el sentimiento de lo vivido con plenitud.

Precisamente los símbolos más poderosos del Derecho contra la vida (idóneos para comedias dramáticas) son su irrupción intempestiva, «fuera de lugar», inoportuna y grosera: una detención en un romance, en una boda; un lanzamiento en una agonía o en un nacimiento; un buen negocio contratado en un funeral. Cuando el Derecho ayuda a la vida entonces ocurre al revés: un banquete para celebrar un contrato, como antes se hacía en las reconciliaciones.

Pigliaru dedujo un corpus normativo —un código— de la jurisprudencia consuetudinaria de los barbaricinos de Cerdeña, pero lo hizo solamente para traducir su ordenamiento a los juristas ávidos de conocimiento normativo, no porque ello fuera más inteligente o práctico para

159 Cf. *L'étranger* de Albert Camus, que desgrana el sentimiento de injusticia que provoca la verosimilitud moral y jurídica en contra de la verdad existencial. Kamel Daoud complementa aún más esa verdad existencial para todos los personajes y atiende a radicales paradojas históricas: *Meursault, contre-enquête*, Arlés: Actes Sud (2014). La película *La vérité* de Henri-Georges Clouzot (1960) también contrapone magistralmente la verosimilitud moral y jurídica —su *facilidad*— a la verdad existencial —su *dificultad*—.

los barbaricinos. Asimismo, Llewellyn pensó en la codificación normativa de los *pueblo* para convencer al gobierno norteamericano de su autonomía jurídica, no porque ese código fuera de mayor provecho para su sistema jurídico. En lo concreto de las disputas y ofensas, lo normativo incluso distrae. En el Derecho es el formalismo o tecnicismo que distrae de la historia vivida, hecho que incide en el ámbito de la psicología moral con sus emociones y sentimientos.

La calificación jurídica de los hechos arroja la verdad judicial pero sustrae fácilmente la complejidad y contradicciones de lo vivido. De aquí que el sentimiento difícilmente va a la par con el proceso y ya ni tan siquiera con los efectos de una demanda o denuncia.

Fittipaldi distingue principalmente las emociones normativas basadas en la ira, la indignación, el disgusto, el desprecio, el sentimiento de culpa, la vergüenza y el orgullo.¹⁶⁰ Para ello parte de la existencia de *procesos inconscientes* —siguiendo la tradición psicoanalítica freudiana— y el condicionamiento que para determinadas civilizaciones obtienen las figuras que cuidan y vigilan. Estas son en muchos casos paternas y están imbuidas de una amalgama de temor y amor a modo de los dioses de los monoteísmos. Así, en principio, las reacciones emotivas a las normas —y su misma constitución como fruto de emociones— vendrían condicionadas por una relación primordial de afecto y temor, de cuidado y vigilancia, que pueden coincidir en lo concreto con figuras paternas o maternas o sucedáneas en la socialización de las personas humanas. Lo importante es la ambivalencia de su poder o autoridad y la adhesión o rechazo emocionales que provocan sus dictados. Con esta perspectiva continuamos con la disyuntiva planteada entre Bachofen y Maine (entre otros) y que en la cultura jurídica contemporánea se ha simbolizado doctrinalmente con la figura del *buen padre de familia* o autoridad razonable¹⁶¹ de la que partir, tanto para justificar conductas como para resolver conflictos en base a una idea de lo racionalmente justo y necesario. Frente a ella, ya hemos considerado, al tratar la obra de Bachofen, la alternativa constituida por la *buena madre de familia*: también tanto para justificar conductas como para resolver conflictos, en base a un principio de equidad referenciado

160 Cf. Edoardo Fittipaldi, *Op. cit.* p. 24 y ss.

161 Cf. Max Gluckman, «The reasonable man in Barotse Law», en *Order and Rebellion in Tribal Africa*, Nueva York: The Free Press (1963).

por la idea del vínculo materno (de amorosa solicitud y de cuidado del más vulnerable del grupo).

Fittipaldi destaca la divinización o sacralidad que envuelve a esa figura que se desempeña en el cuidado y la vigilancia. El efecto de «sacrilegio» (la temática freudiana en el *tótem y tabú*) al transgredir determinadas normas procedería del encumbramiento de esas figuras a la categoría de lo sagrado: «el amor de madre no se toca», «la memoria del padre es sagrada». De aquí procedería el enorme valor (desvalor) de las ofensas contra la madre o el padre procedentes de terceros.

Fittipaldi desarrolla una teoría de expectativas *jurales* como expectativas de carácter psicológico-moral (no estrictamente jurídico) que encontramos frecuentemente en la vida cotidiana y que constituyen las normas de nuestra subjetividad e inter-subjetividad. No alcanzan al Derecho pero lo educan, desarrollan el sentido de lo justo y de lo injusto. Así, esperamos encontrar determinado orden y determinada libertad en nuestras casas, en la vía pública, en los lugares de ocio y trabajo, etc. Esperamos salutations, reservas, discreciones, deferencias, precedencias, atenciones o evitaciones que para nosotros tienen un valor normativo-emotivo (su desatención nos provoca alguna reacción del repertorio que Fittipaldi ha inventariado, comenzando con la ira). Esto es derecho vivido: se vive como tal (como lo justo e injusto) y encauza nuestra forma de enfocar el Derecho instituido, de sentirlo como propio o ajeno, de que nos complazca o de que nos decepcione.

En esta dirección, Fittipaldi tiene en cuenta los malentendidos que pueden producirse cuando la actitud (emotiva) *jural* entiende a su manera la normativa jurídica. Así uno puede confundir la posesión con la propiedad (tema destacado por Satta en *Il giorno del giudizio*) porque ve un lugar muy cuidado y vinculado a una persona que no es su propietario. El mismo derecho consuetudinario (un tema de Ehrlich destacado por Fittipaldi) consagra procesos de este tipo, intercambiando posesión y propiedad, especialmente cuando contrasta el cuidado de una parte con el absentismo de la otra (en tierras abandonadas por sus propietarios), cuando surge una usucapión por res derelicta, un derecho de posesión que puede validarse como propiedad por prescripción temporal.¹⁶²

162 Para un seguimiento de un proceso histórico de este tipo: Raúl Márquez Porras, *Construir la Propiedad*, Santiago de Compostela: Andavira (2013).

Fittipaldi desarrolla la subjetividad psicológico-moral del castigo y de la venganza. El primero trata de distinguirse de la segunda con un principio (de gran carga simbólica) de autoridad. Su representación más lograda es la de quien castiga sin ira ni indignación, solo «por deber». Mientras que la venganza, que puede proceder también de una obligación moral, se justifica con ira e indignación. Fittipaldi está considerando la venganza más bien a título individual, no la venganza que viene precisamente autorizada (que procede de una autoridad) y que como él mismo señala se constituye en una obligación moral (y jurídica, tal como Pigliaru ya destacó). Ahora bien, en los extremos penales (por analogía con quien tiene el poder de promulgar el estado de excepción, según la teoría de Schmitt) se practica la represalia, la vindicta pública, un castigo ejecutado con ira e indignación, emociones y sentimientos sostenidos que legitiman la crueldad del castigo (suplicios, cadenas perpetuas o penas de muerte). Y no solo en los extremos penales: en muchos otros delitos puede apreciarse el tufillo de la represalia, del castigo ejercitado con una evocación de la venganza aplastante para satisfacer ciertas alarmas o indignaciones «sociales».

La atención que Fittipaldi dirige a las impresiones y representaciones *cognitivo-emocionales* de las normas nos lleva directamente a lo más primario del derecho vivido, a que este comienza con unas reacciones que mediatizan la justificación racional o la convicción irracional (fanatismo) en relación con las normas.¹⁶³ Porque el derecho vivido se caracteriza fundamentalmente por una condición reactiva respecto al impacto normativo.

9.1 Intencionalidad y responsabilidad

Es también típico del derecho vivido apreciar —en relación con determinados valores y sentimientos— la intencionalidad y la responsabilidad. Ahora bien, esta apreciación no está exenta de ambivalencias y ambigüedades, precisamente porque viene ponderada por reacciones de tipo emotivo. Se aprecia el valor de la intencionalidad, pero también el de las obras, el de los actos, «a pesar» de su intención. La intencionalidad se relaciona fácilmente con la sospecha y los mismos actos pueden ser representaciones para ocultar intenciones. En el derecho vivido, el triunfo de la verdad

163 Tema que Fittipaldi trata al final de su libro en relación con varios conceptos weberianos.

legal y jurisprudencial es siempre provisional, sujeto a desconfianzas o a inveteradas imposturas.

De aquí que, en el derecho vivido, la sinceridad o «pureza» de la intención, así como la coherencia entre esta y la obra, sean valores muy apreciados. Ciertas formas de excusa pasan por actos coherentes entre la intención y el hecho realizado. Riccardo Mazzola analiza las circunstancias de la petición de excusa o perdón en la vida cotidiana.¹⁶⁴

Aclarar la intención equivale a calificar adecuadamente la acción ejecutada cuando aparentemente pudiera perjudicar u ofender. Cuando alguien produce un daño sin la intención de producirlo, suele excusarse y aclarar su falta de intención. Sin embargo, en muchas ocasiones la intencionalidad tras la acción permanece en el misterio. También ocurre que determinados daños o perjuicios recibidos de manera «natural» o accidental buscan (o tienen oculta) una intencionalidad social o individual, y consecuentemente una responsabilidad de la misma índole.¹⁶⁵ En varias civilizaciones, las instituciones de magia y brujería se encargan de responsabilizar agentes descubriendo intenciones tras desgracias o accidentes que otros sufren.

Moralmente, culturalmente, la intencionalidad se presenta en dos itinerarios: el de la intención que va forzosamente ligada al interés o móvil de la acción, dando sentido a la misma acción, y el de la intención que trasciende, que supera la apariencia de la acción. El primer itinerario es el típico de la *mens rea* y el segundo es el de la excusa cabalmente aceptada ante un daño producido. Estos dos itinerarios llevan a dos filosofías contrapuestas del derecho y la justicia ante daños y ofensas. Para una, la intencionalidad, sus actos y su responsabilidad siguen itinerarios consistentes entre causas y consecuencias, con excepción de la preterintencionalidad; para otra, la comisión del daño u ofensa está fuera de una intencionalidad libre y procede más bien de presiones, que condicionan o determinan la conducta comisiva de los daños u ofensas. La primera doctrina centra toda la responsabilidad —e intencionalidad— del daño o delito en su autor, la segunda no. Para la segunda, la intencionalidad libre del autor está interferida por presiones, sobre todo de carácter social, a las que debe atribuirse la culpa y responsabilidad del delito. La primera concentra toda la

164 Riccardo Mazzola, *Chiedere Scusa*, libro en curso de publicación (2023).

165 Cf. Max Gluckman (ed.), *The Allocation of responsibility*, Manchester: Manchester University Press (1972).

culpa y responsabilidad en un autor individual y la segunda lo hace tanto o aún más sobre la «sociedad» o sobre varias circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Si el «mal» no radica en la intencionalidad del individuo, esta puede recuperarse para bien, cambiando las circunstancias que condicionarán el futuro de sus actuaciones. Sobre esta base se sostiene toda la expectativa de reeducación o rehabilitación, y de reinserción con una integración social normalizada para el reo. En cambio, si la intencionalidad se considera indisolublemente unida al interés y al móvil del delito (o al daño o perjuicio civil) entonces la condición del reo se representa mucho más irredimible.

Hay un mito que evoca el valor de la «pureza» de intención trascendiendo la misma eficacia del daño materialmente producido. Es un referente para el ideal de la fuerza de la intención, de su independencia, contra toda causalidad material que pueda desencadenar: el mito de Baldur. Representa la utopía de la omnipotencia de la «buena intención». Un mito que pone en contacto la intencionalidad, la magia, el juramento y la responsabilidad de un modo utópico y, a la vez, en resonancia con el derecho vivido, porque hace valer la intencionalidad cuando se presenta —aun perdiendo jurídicamente y socialmente— contra la apariencia empírica de los hechos. El mito alcanza el paroxismo, vivido a veces, en el que la intención se alza contra el acto cometido, porque lo que ha movilizado a cometerlo no se reconoce en la intencionalidad anterior y posterior a su comisión. Esto constituye el drama del derecho (del delito) vivido por algunos de sus autores. Algunas doctrinas reconocen la responsabilidad externa al reo (social, política) y otras la concentran en él, a pesar de que no puede explicarla —explicársela— ni él mismo, porque no coincide con su intencionalidad, no le encaja, por más que el Derecho haya encontrado un encaje. Esto, sin descartar los casos recurrentes de perfecta o casi perfecta alineación entre intención, móvil y acción.

Frazer¹⁶⁶ dedicó una parte de su tratado sobre la magia al mito de Balder pero desde otra perspectiva. Para la Antropología jurídica se trata del mito sobre un deseo utópico, el de la omnipotencia de la intencionalidad sobre la misma causalidad material de los hechos y sus móviles inmedia-

166 James G. Frazer, *Balder the Beautiful*, en *The Golden Bough* [parte 7, 2 vols.]. Londres: Macmillan (1990 [1913]). El mito lo recogemos de Frazer y de la Edda de Snorri en Régis Boyer, «La mort de Baldr», en *L'Edda poétique*, París: Fayard (1996).

tos. Es decir, sobre no reconocer unos hechos flagrantes en su vinculación con la necesaria intención de producirlos.

Balder era hijo de la divinidad principal, Odín, y de su esposa Frigg. Tenía la reputación de ser el más bueno de todos los dioses, el más ingenuo, el más bello, el más afable; podríamos decir que era el dios que caía mejor a todos los demás dioses, y que tenía fama de ser bondadoso en extremo. Pero aconteció que se conmovió por una serie de pesadillas en las que veía que su vida corría peligro. Al revelar esas pesadillas a los demás dioses, estos resolvieron que tenían que hacer algo para protegerlo, porque sus sueños podían ser premonitorios. Para conseguir esa protección, su madre, Frigg, decidió tomar juramento a todos los elementos, fuerzas y criaturas del universo: que juraran no querer hacer daño alguno a Balder. Es significativo que fuera la madre quien tuvo la iniciativa de asegurar una protección universal para su hijo.

Después de este juramento viene la parte de doctrina paradójica del mito: como habían jurado no querer hacer daño a Balder, no tener la intención de lastimarlo, entonces inventaron un «juego» que en cierto modo desafiaba la inmunidad de Balder con absoluta confianza en los resultados, puesto que la intención ya determinaba la naturaleza de los hechos: consistía en divertirse arrojando contra Balder cualquier clase de objetos, incluyendo armas ofensivas. Los dioses veían cómo podían agredir a Balder de modos diversos sin hacerle daño alguno. La intencionalidad, pero también hay que tener en cuenta la actitud de Balder que no contratataba, desvirtuaba el poder fáctico de los ataques.

En este punto el mito cruza la inmunidad producida por la intencionalidad con la producida por la misma bondad de la persona: «¿se puede dañar a una persona buena?»; desde una perspectiva ética, claro está. Peter Winch¹⁶⁷ desarrolla este tema y apunta a que se trata de una convención moral (un *juego* del lenguaje moral, en el sentido de Wittgenstein) en el que las expresiones lingüísticas de inmunidad ante el mal, ante el poder ser dañado (p. ej. «nada puede dañarme», «el hombre bueno siempre está seguro»), refieren en realidad una actitud de paciencia ante las adversidades.

167 «Can a Good Man Be Harmed?» en *Ethics and Action*, Londres: Routledge & Kegan Paul (1972).

Si a esa actitud de paciencia se añade la de ausencia de malas intenciones en quienes pueden hacer daño, tenemos un enfoque más realista de la temática. Se trata de la paciencia tal como la entendía Kierkegaard, como la aceptación voluntaria de un sufrimiento inevitable. Una actitud paradójica: se trata de la paciencia que proyecta la libertad sobre un sufrimiento inevitable, porque —Winch sigue el pensamiento de Kierkegaard— uno puede verse constreñido a sufrir tremendas injusticias y desgracias, pero no a llevarlas con paciencia: este es el único resquicio de libertad que el poder más absoluto no alcanza a destruir. La buena persona es la que libremente escoge el deber de bondad con los demás y libremente escoge la paciencia en la adversidad. Winch sitúa esta doble actitud, en la iniciativa y en la experiencia, como la realidad que hay tras las expresiones más exageradas o trascendentes que se dan en el lenguaje moral, como las de que al hombre justo nada puede dañarle, o que nada puede perturbar su espíritu, etc. En realidad, se trata de encomios a tomar una actitud que no puede eludir los hechos pero que puede hacerles frente con otra idea en la imaginación. La dificultad para mantener esa actitud —aun en una pizca de la imaginación— hizo que la *Gracia* divina o la misma divinidad se tomaran (Winch cita además de Kierkegaard a Simone Weil) como asistentes necesarios ante las más terribles adversidades. Queda sin embargo un referente realista a las actitudes de bondad y paciencia tras el mito de Balder: un buen hombre que soporta bromas pesadas, y menos bromas igual de pesadas, y unos hombres que luchan por mantener sus buenas intenciones a pesar de la apariencia contraria de algunos de sus actos.

Una voluntad libre distinguiría la paciencia de la resignación propiamente dicha, y la buena intención de la inmunidad. El mito de Balder aludiría —en términos de lo vivido— a una actitud de paciencia que ayuda a soportar los ataques de los demás y a una intencionalidad bondadosa que hace que el otro pueda parecer inmune al mal.

Con el mito de Balder se nos plantea un modo de encauzar la culpa y la responsabilidad en base a la intencionalidad. En la vida real, el caso más frecuente y claro en el que la declaración de la intención extingue la ofensa del hecho realizado suele ser sobre una nimiedad: una pisada, un empujón, una palabra fuera de lugar, etc. La rapidez de la disculpa oblitera la ofensa que hay en el daño recibido. Este principio es el que Mazzola¹⁶⁸ eleva a teoría. Históricamente tenemos que la petición y concesión de per-

168 Riccardo Mazzola, *Chiedere Scusa*, op. cit.

dón en los ordenamientos vindicatorios puede alcanzar esa extinción de la ofensa, incluso para daños muy graves. La cuestión radica en la revelación sincera de la intencionalidad y en la paciencia de la parte ofendida. Así, la muerte producida por accidente, aunque en una situación de lucha, o incluso un daño cometido preterintencionalmente pueden ser perdonados, pero si en algún momento se revela la falsedad en la declaración de la intencionalidad, entonces se derrumba la reconciliación obtenida.¹⁶⁹

Ahora bien, frente al juego de la paciencia y las buenas intenciones, existe la obstinación en causar daño a los demás «con buenas intenciones» (normalmente vinculada a creencias o a intereses desplegados con fanatismo): «quien bien te quiere te hará llorar», «es por tu bien», es por el «progreso de la civilización» o por «salvar a infieles», etc. Con estas justificaciones se puede llegar a decir que «el infierno está lleno de buenas intenciones». Todo esto es justicia y derecho vividos: según cada caso se aplica una actitud e intencionalidad u otra. No hay un imperativo intrínsecamente bueno o malo para la vida humana, depende de coyunturas y contingencias. Es lógico que en determinadas circunstancias se dé mucho peso a la intencionalidad y a lo que se tiene como rectitud según la costumbre moral, y que en otras se desconfie de todo ello, reclamando una depuración crítica de los hechos y de los intereses en juego.

¿Por qué en determinadas sociedades prima la declaración de la intención y en otras la averiguación de los hechos con sus móviles más inmediatos? Una respuesta es que la declaración de la buena intención, aunque sea falsa, tiene por objeto la petición de perdón. En una sociedad en la que se quiere primar la reconciliación por encima del conflicto y el castigo, con todas sus consecuencias, hay que entender la declaración de la inocencia en la intención más bien como una promesa de buena intención. Esto puede entenderse perfectamente en los conflictos interpersonales: como que la declaración de la buena intención lleva a la extinción de la ofensa, la misma declaración sirve como promesa firme de no querer ofender en el futuro, y esta promesa puede valer tanto como la buena intención que no se encontró en el pasado. En una civilización (primitiva, antigua, medieval, tradicional) en la que la reanudación de la convivencia para la cooperación económica, política y ritual resulta necesaria, priman los procesos compositivos, de reconciliación. Con lo cual la promesa

169 Cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, op. cit.; *Justicia Vindictoria*, op. cit.

de buenas intenciones facilita con inmediatez los procederes de la vida social y se puede tender a pasar más por alto el hecho de haber obrado con dolo, con malicia, si se promete firmemente renunciar a esa intención. Purificarse de dicha intención —falsificando el pasado—, si por lo menos significa comprometerse con la buena intención en el futuro, asegura el obrar confiado de cara al futuro.

Este proceder puede entenderse perfectamente bien en una relación de amistad, de amor o de familia que se quiere conservar a toda costa: aunque el desdecirse de una intención sea falso, se acepta, si su formulación significa una renuncia hecha con voluntad firme y definitiva de comportarse en adelante con buena intención, con bondad. La necesidad de querer mantener la relación en el futuro transforma la intencionalidad mostrada en el pasado en promesa para el futuro. De aquí el valor concedido al arrepentimiento, que «borra pecados» y «fortalece virtudes».

Sigamos con el mito de Balder: nadie ni nada podía lastimarle a pesar de agredirle. Todo el universo con todos los seres y elementos habían jurado sus buenas intenciones. Pero la madre no creyó necesario tomar juramento a una planta que se tenía por extraordinariamente benéfica, muy apreciada en el ritual y en la curación: el muérdago, la *rama dorada* que Frazer tomará como elemento de gran significado mágico-simbólico, partiendo en gran medida del mito de Balder. Con el muérdago y uno de los dioses, Loki, irrumpe la «mala intención».¹⁷⁰ Este averigua que el muérdago no había jurado y convence a otro dios, Hödr, quien era ciego, para que lanzara contra Balder una ramita de muérdago. Lo hizo como quien tira un dardo, sin saber lo que estaba haciendo: lo hirió y lo mató. La Edda dice en este punto: *Fue la desgracia más grande que alcanzó a los dioses y a los hombres*.¹⁷¹ El mito prosigue con el funeral de Balder en el que todos lloran excepto Loki, lo cual, una vez más impide el poder de la bondad unánime:¹⁷² Balder no puede regresar a convivir con los dioses. El mito

170 Irrumpe además en un lugar de asilo sagrado como es la estancia de los dioses, lo cual le beneficiará en principio a él porque los demás dioses no podrán vengarse, precisamente por hallarse todos protegidos por el mismo derecho de asilo.

171 Cf. Boyer, *op. cit.*, p. 497.

172 Hel había decretado que Balder volviera al país de los dioses si todo el mundo lloraba su muerte; si todos la sentían. Pero una vez más hubo la excepción de Loki. Por ello, Balder permaneció en el mundo de Hel.

prosigue con el castigo de Loki y con la profecía del retorno final de Balder y Hödr en una tierra renovada con extraordinaria fecundidad.

Lo que revela el mito en su conjunto es la necesidad de solemnizar socialmente —al jurar o al manifestar un duelo funerario— una intencionalidad, y cómo la falta de unanimidad en la buena intención, en un grupo para el que la solidaridad es imprescindible, destruye la convivencia.

La utopía de la intencionalidad jurada queda sustituida en la realidad vivida por la prudencia y la alerta de la conciencia en el obrar. Ambas se enfrentan al riesgo que conlleva la acción para conseguir determinados fines y que choca con el principio de seguridad. La experiencia en la prevención de accidentes enseña de sobras sobre esta cuestión, siempre en equilibrio imperfecto entre la libertad individualista, la seguridad colectiva y el conocimiento objetivo de la situación.

La figura del muérdago encaja en la realidad con la figura de la persona menor de edad o discapacitada para determinadas acciones. En estas circunstancias, su inocencia puede ser manejada, manipulada, para fines ajenos a su intuición o deseo. El mito de Balder refleja con precisión la artimaña del adulto malintencionado que combina la inocencia del muérdago con la discapacidad de Hödr. Se trata de una lección moral y jurídica íntegra.

El mito de Balder puede hacer reflexionar también sobre las paradojas del riesgo objetivo. Presenta una casuística extrema: el uso malintencionado de lo más inocente puede hacer más daño que el uso de lo dañino sin intención de dañar. Ya hemos destacado el porqué de la importancia decisiva concedida a la declaración de la buena intención: su capacidad para reconciliar. Teniendo en cuenta esta prelación, no ha de extrañar que se facilite el perdón por daños que pueden ocurrir de muchos modos y que, en cambio, se desconfíe más de apariencias que pueden enmascarar un engaño. De aquí el valor por el sentido de la discreción y la moderación. Tengamos en cuenta que esta orientación moral y jurídica procede de sociedades —de pastores o agropecuarias— en las que pueden ocurrir frecuentemente daños y perjuicios no atribuibles a una intención ofensiva: ocurren más por la imposibilidad de controlar a todos los animales siempre y en todas partes, por ciertos hábitos negligentes que perjudican poco, por pequeños daños recíprocos. Así, se explica que en algunas sociedades se establezca un umbral de daños recíprocos ocasionados por los animales

bajo el cual no se contrae el deber y la obligación de reparar.¹⁷³ Esta es una tolerancia análoga a la de los actos que perjudican muy poco y para los que se piden disculpas y se perdonan automáticamente.

En época medieval se llegó a apreciar un riesgo objetivo en el hecho de llevar armas. Se apreció la facilidad con la que quien llevaba un arma podía agredir al sentirse ofendido o amenazado. Así una ley del rey Esteban de Hungría (entre 1000-1038) disponía que si alguien hería con un arma a otro (desarmado, no en una lucha) aunque el herido se curara con éxito, debía satisfacer la misma composición que por un homicidio. Y si únicamente desenvainaba la espada, sin herirlo, le debía satisfacer la mitad de la composición por homicidio.¹⁷⁴ La intención quedaba depurada desde el más mínimo gesto de amenaza. Al mismo tiempo, se castigaba con dureza la alevosía frente al indefenso y se compensaba con creces a la víctima de tal agresión. Se trata de una medida represiva ante la incontenencia frente a un riesgo objetivo.¹⁷⁵

En la actualidad, la valoración más común del riesgo objetivo radica en la circulación de todo tipo de vehículos. Ello significa extremar la prudencia y precaución en la conducción de cualquier vehículo. La intención de responsabilidad queda subsumida en la actitud para obrar con prudencia en general, con una precaución diligente dispuesta para cada situación. Se pide al conductor del vehículo que extreme su precaución, aunque él, subjetivamente, no aprecie el riesgo. Si en el uso de las armas la voluntad de agredir es la que en general provoca su acción ofensiva, en el uso de vehículos pueden ser varios los motivos que pueden causar daños. Sin embargo, hay uno que destaca históricamente para todos los vehículos y que es el más notable cuando se trata de reprimir conductas temerarias y descuidadas: la velocidad. Existe toda una cultura que anima a la velocidad en distintos ámbitos, hay premios deportivos para la velocidad en la conducción de vehículos y premios económicos a la velocidad en el transporte de pasajeros y mercancías. La velocidad es un valor en sociedades en las que la velocidad también mata. El rechazo —consciente

173 Cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, *op. cit.*

174 «... pro sola evagatione mediam homicidio compositione absolutat» (libro II, XVI-XVII), en János M. Bak, *Decreta Regni Mediaevalis Hungariae*, Idyllwild: Charles Schlacks (1999).

175 En otro contexto, en los Estados Unidos parece que no se ha alcanzado federalmente una provisión legal análoga para reprimir el uso de las armas, desde su mínima exhibición.

o inconsciente— de la prudencia y la precaución procede de inercias psicológicas de la personalidad, de hábitos conculcados en la socialización más primaria de cada individuo, y de la influencia cultural que establece la temeridad y la valentía que pueden causar daños y perjuicios —incluso para uno mismo— como valores también encomiables, premiados en nuestra sociedad.

9.2 Derechos vividos: el caso de la heroína feminista y la mujer trabajadora

En el derecho vivido siempre es posible dar otra vuelta de tuerca a la situación conocida: la perspectiva de una persona descuidada, el descubrimiento de datos postergados, la perspectiva adquirida con el tiempo y el cambio de época... En el libro colectivo dirigido por Pierre Bourdieu, *La miseria del mundo*,¹⁷⁶ parece haberse dado —y de aquí el título— la última vuelta de tuerca para muchas situaciones. Parece haberse llegado al «final de la noche» tomando la metáfora de Céline. Pero las cosas pueden verse todavía con otra perspectiva crítica de lo vivido. Tomemos uno de los casos conflictivos de esta obra, presentado y analizado por Sandrine García (*Loeuvre volée*).

Se trata de un caso que podemos interpretar como el de una conflictividad compleja con un reparto desigual de la verdad entre diferentes actoras. Una situación que ayuda a comprender la fuerza de ciertas contradicciones y el *impasse* que suponen para la conciencia y el activismo feministas. Conflictividad compleja y reparto desigual de la verdad: dos ideas a retener.

El enfoque que aquí planteo sigue básicamente el que ya desarrollé en *Eliza Kendall. Reflexiones sobre una antibiografía*.¹⁷⁷ Se trata de una teoría crítica del extremismo capitalista basada en algunas premisas del marginalismo económico. Considero la utilidad decreciente, el rendimiento también decreciente y el concomitante desgaste de los valores marginales, encarnados en personas: esto significa su explotación extrema: no solo en

176 Pierre Bourdieu, *La Misère du monde*, París: Seuil (1993).

177 Publicado por la Universidad Autónoma de Barcelona en 1992. *La Miseria del mundo* se trabaja entre 1991 y 1992 y se publica en 1993.

el sentido marxista, sino en el de consumir hasta agotar su capacidad vital, tanto si crean como si no crean el plusvalor que Marx destacó.

Esta perspectiva significa dos cosas a la vez: que decrece el valor de lo marginal cuando se consume (es lo que queda como sobrante, como producto excedente), lo cual es también un conjunto de personas, y lo que, explotado en sus márgenes, sigue colocándose en el mercado (el rendimiento marginal de Ricardo) y que además su coste puede marcar el precio del conjunto del producto. Así, según una dictadura de mercado marginalista podemos explicar la precariedad y la pobreza de la persona trabajadora: como marginación —hasta la exclusión de las condiciones para vivir— y a la vez como explotación exhaustiva de su capacidad para trabajar. De este modo unificamos la separación que establecía Marx entre los trabajadores explotados y el «ejército de reserva» de mano de obra. Con el paradigma marginalista se puede comprender mejor esta aparentemente antitética, pero existencialmente sintética experiencia de vida: la que integra la marginación social de la persona (también respecto al trabajo) con la apurada explotación de sus capacidades. Existencialmente corresponde a la experiencia de la persona que se agota y desgasta trabajando mientras nota que va quedando marginada o que no sale de su marginación. Esto puede ocurrir en cualquier empresa de inspiración o compromiso capitalistas, tanto en las finanzas, la industria, la agricultura, el comercio, los servicios, la administración pública, las universidades, los hospitales, las escuelas, etc.

La mujer puede sufrir esa doble ofensiva del marginalismo con especial ensañamiento. Las culturas patriarcales tratan de que los rendimientos de las mujeres se exploten al máximo en los ámbitos de la producción y la reproducción (con las contradicciones e *impasses* que se mistifican con políticas de conciliación) y, al mismo tiempo, en virtud precisamente del agotamiento de su rendimiento, estas mujeres quedan abocadas a la marginación, a su tratamiento como medio o producto de ineficiente rendimiento.

Para entender mejor esta perspectiva teórica vamos a seguir el caso expuesto por Sandrine García: el caso refiere a cómo con una iniciativa de indiscutible valor feminista se pueden vulnerar derechos laborales e incluso fundamentales de la persona; de qué manera —por la fuerza de las cosas que diría Beauvoir— una empresa feminista altruista, que alcanza incluso una dedicación heroica, puede tratar de explotar y marginar a una mujer trabajadora. Y cómo al mismo tiempo existen varias contradiccio-

nes en el manejo capitalista de la solidaridad, que generan conflictos casi siempre insolubles. No hay una dirección neta y practicable cuando se enfrenta una motivación, que trata de ser eficiente, con la organización burocrática de la solidaridad; y cuando también se enfrenta la conflictividad por el liderazgo con el cumplimiento de un proyecto de ayuda y solidaridad.

Sandrine Garcia, entrevista a Claudie en 1991. Tanto la entrevista como la interpretación que hace de la misma muestran una gran empatía con la entrevistada. El título *La obra robada* revela el hecho tal como lo representa Sandrine Garcia, decantándose con compasión y hasta admiración por la empresa feminista de Claudie, una mujer entregada hasta lo heroico en la acogida y ayuda de otras mujeres.

Lo que le ocurrirá a Claudie hará que se la considere una víctima del *establishment*, del orden burocrático que rige los conflictos sociales en una democracia, en este caso, la francesa. Sandrine encuentra a Claudie en la *Maison des femmes* de París, un local que dice que reúne más bien a lesbianas y a militantes que pertenecen a la fracción menos *intelectual* del feminismo.¹⁷⁸ La situación comunica una actora que confronta su entorno con realismo, compromiso y sacrificios. Su postura contrasta con las actitudes *de salón* de otras corrientes feministas. Por cómo entrevista y narra el caso, Sandrine Garcia, socióloga, parece estar muy atenta y ser sensible a los detalles de las condiciones y situaciones vividas por su entrevistada. Seguramente le influye también el posicionamiento crítico que inspiró Bourdieu para redactar las contribuciones a este libro, *La miseria del mundo*, y que se manifiesta de un modo muy incisivo en el capítulo escrito por el propio Bourdieu y con el que concluye el libro: *Comprendre*. Más tarde, desarrollando su labor académica, Sandrine Garcia será profesora en la Universidad de Borgoña con un perfil investigador sobre desigualdades sociales en la escuela y medicalización o intervención clínica, en el senti-

178 Claudie insistirá en su entrevista en la crítica contra las feministas dadas a discusiones intelectuales y sobre temas alejados de lo que directa y localmente debe incumbirlas, la ayuda a las mujeres víctimas de violencias de género. Claudie centrará su conocimiento en la realidad de las mujeres de la ciudad en la que se encuentra, para lo cual investigará tipos y grados de violencia. No puede decirse que no haya tenido una dedicación intelectual de tipo sociológico y de análisis cultural. Como ella misma decía, había realizado un trabajo sin cobrar y mejor hecho que los que suelen hacer las que están pagadas por la sociedad para hacerlo. El problema es que no lo presentaba homologado por autoridades académicas o gubernativas.

do más amplio de la palabra, en las diversidades del aprendizaje durante la escolarización infantil. En 2011 publica un libro: *Mères sous influence. De la cause des mères à la cause des enfants* (París: La Découverte) en el que estudia cómo, en Francia, se pasa de una época (cuyo referente principal feminista es la obra de Simone de Beauvoir) en la que se lucha para emancipar a la mujer de varias servidumbres, incluida la de la maternidad forzada y sus sacrificios, a otra época en la que se hace a la mujer extremadamente responsable de sus hijos. Entonces se la limita y frustra, con esa coartada, en su emancipación y desarrollo personal. En esta nueva etapa, tanto la moral religiosa como la cívica, la hacen sentir culpable de cualquier problema que puedan tener sus hijos. Destaca que, especialmente, son las madres más pobres, las menos ricas en ayudas y recursos de todo tipo (económicos, sociales, simbólicos) las que vienen más marcadas por esa sanción moral; una sanción que se complace en representar y hacer publicidad de conciliaciones exitosas. Digo todo esto porque Sandrine Garcia no entrevista de un modo distante y con poca conciencia crítica de la situación que le manifiesta su entrevistada, y ello es consistente con su trayectoria intelectual. Pero, aun así, quiero mostrar que se puede pasar por alto una cosa que tiene que ver precisamente con la desigualdad social y que pone en contradicción la voluntad y conciencia feministas más altruistas con los derechos básicos de una mujer trabajadora. Y aquí interviene un sentido de la justicia, deudor de la obra de Beauvoir y que en este caso vendrá aplicado (quizás muy conscientemente, quizás más fortuitamente) por su hermana pequeña, Hèlene de Beauvoir, pintora, a quien, por otra parte, le costó mucho trabajo obtener un reconocimiento al valor artístico de su obra.

Sigamos: Sandrine Garcia nos explica que Claudie, después de haber tenido una ocupación estable en el INSEE (Institut national de la statistique et des études économiques) dirige un refugio para víctimas de la violencia de género (después de un corto periodo de tiempo en el que compatibilizaba ambas actividades). Pero cuando le hace la entrevista la encuentra después de un largo periodo sin empleo, recibiendo una formación de reinserción para poder trabajar en actividades de acogida y de gestión de centros para mujeres. Esto le daría quizás la oportunidad de trabajar de un modo precario y temporal en una ocupación subcualificada en relación con su formación de periodista y su experiencia anterior, en la que ya era directora de un centro de acogida de mujeres víctimas de violencia de género. Es decir, que la encuentra en una fase de incierta

inserción laboral, sin ningún reconocimiento por la labor y experiencia suyas anteriores y en un estado psicológico de capa caída, envuelta —dice Sandrine Garcia— por un *aire trágico*, como portadora de una desventura. La revelará, de un modo dolorido, como el *robo de su obra*: de aquel centro de acogida que logró levantar para acoger a veinte mujeres, que entonces cumplía diez años de existencia, y de la preparación de otro para cincuenta plazas.

Antes de ello había entrado en el activismo feminista buscando compromisos con *acciones concretas en favor de las mujeres*, rehuendo el activismo de salón. Sus amigas de París le sugieren crear un centro en la localidad donde vive según el modelo de SOS mujeres de París, afiliado a la *Liga de los derechos de las mujeres de París*, presidida por Simone de Beauvoir. El objetivo de este Centro sería la acogida y movilización contra la violencia de género (violencia conyugal entonces). Por lo pronto sigue trabajando en el INSEE y organiza un sistema de ayuda —especialmente en el terreno jurídico— a mujeres maltratadas. Busca además sensibilizar a la opinión pública sobre este problema y obligar eficazmente a la responsabilidad institucional. Poco a poco va desarrollando la forma y va proyectando la realidad de un Centro de acogida de mujeres maltratadas, donde puedan protegerse de los maltratos y reorganizar sus vidas.

Lucha, denodadamente, frente a las burocracias locales y centrales para convencer de la necesidad de este refugio y obtener los recursos que lo deben hacer viable. Realiza amplios e intensos esfuerzos en encuentros, escritos, reuniones y solicitudes de todo tipo. Esto supone un gran esfuerzo que nota que repercute negativamente en su salud.

No contenta con la obtención de un primer centro de acogida, emprenderá pronto otra batalla para obtener el segundo. Aunque se siente bastante aislada en su combate en una ciudad provinciana,¹⁷⁹ sus amigas de París la ayudan para acelerar las ejecuciones de sus solicitudes. No se explica el por qué, pero el grupo feminista local que ya existía en esa ciudad no ve bien su iniciativa, quizás por no haber contado con ellas o por algún otro motivo. De hecho, cuando ya se inaugura el refugio, la mayor parte de sus amigas y colaboradoras abandonan la empresa, unas dicen que para continuar sus estudios y otras porque *tienen otras cosas con las que quieren vivir*. Todo da a entender que nuestra inspirada heroína em-

179 Que le parece una ciudad muerta en contraste con París.

puja demasiado por su propia cuenta o que el esfuerzo resulta agotador en tiempo y energía. Es significativo que, como destaca Sandrine Garcia, Claudie no tuviera ninguna otra vida afectiva fuera del grupo, ni ambición alguna fuera de su proyecto feminista. Pronto se encuentra sola frente a su obra sin el sostén de la movilización colectiva. Entonces decide dejar todo lo que hacía y convertirse en *presidenta del refugio*, contratando a profesionales para las labores que hasta entonces se realizaban casi todas de forma voluntaria. Consigue los fondos para ello y contrata personal para una secretaría, para la cocina, para una conserjería.

Pero al verse obligada a contratar a *una educadora y psicóloga descubre pronto el horror de una colaboración imposible*. Claudie comienza a chocar con ella al pedirle que acompañe a las mujeres en sus compras, cosa que la psicóloga rehúsa hacer. Luego también rehúsa trabajar en sábados y domingos, objetando que está en su derecho y que es importante para su vida familiar. La explicación que da Claudie de esta relación¹⁸⁰ hace que Sandrine Garcia concluya que se trata de *una oposición absoluta entre dos visiones del mundo: la de una militante que obedece en principio a los impulsos del corazón, a la rebelión y a la compasión, actuando a menudo en la urgencia y en la improvisación generosa y creativa; y la profesional a la que Sandrine Garcia —fiel al relato de Claudie— atribuye una actividad impersonal y reglamentada a priori, regida por una lógica puramente burocrática*. Claudie se queja de que esta psicóloga *piensa en su sindicato* y que rechaza tareas diciendo que no son de *su trabajo*. Claudie se enfrenta al *ethos* de la psicóloga y analiza con gran ímpetu crítico el universo burocrático que la acompaña, en el que solo ve *categorías administrativas abstractas e impersonales*. A Claudie la escandaliza la demarcación de responsabilidades y lo que considera una alienación, una tremenda falta de empatía de la psicóloga con las mujeres acogidas al Centro. Sandrine Garcia parece empatizar absolutamente con Claudie sobre este aspecto y no se plantea por qué una psicóloga delimita responsabilidades mostrando un compromiso con su oficio y articula la eficacia del mismo con la distancia necesaria para que la persona o personas que trata no pierdan el sentido de la realidad en que se hallan. Un sentido de la realidad que no debe confundir

180 *Je n'avais plus affaire à une militante, j'avais affaire à un personnel qui pensait à son syndicat, qui m'a dit que ce n'était pas son travail...* Alguien le había dicho que, para personas como aquella psicóloga, la palabra *feminista* significaba no saber gestionar. En cambio, para ella era estar dispuesta a hacer cualquier cosa con el fin de ayudar a las mujeres del centro.

roles de ayuda circunstancial con nuevas dependencias afectivas. Claudie sigue con las premisas de su discurso: su crítica a la prudencia y discreción de la profesional que interpreta como frialdad inhumana, su incomodidad con la deontología profesional y su dependencia jerárquica. Claudie, en cambio, *hacia lo que la gente pagada por la sociedad no hace*.

Finalmente, ya como empresaria —ni ella ni Sandrine Garcia dan cuenta de ello— se refiere a la educadora y psicóloga como una *especie de sindicalista*, que se refugia en el convenio y en sus derechos, que pide cada vez más cosas y que no se interesa por las mujeres del refugio. Es decir, que no tiene vocación y amor al trabajo en el sentido que entiende Claudie: una entrega sin reservas y una espontaneidad sin conocimiento de sus repercusiones, una idea de ayuda a las mujeres víctimas muy idiosincrática y motivada por un altruismo heroico o casi.

Así las cosas, Claudie decide despedir a la psicóloga (de quien nunca se da algún nombre a pesar de su protagonismo en el relato). Esta no acepta abandonar su lugar de trabajo y acude a la presidenta del refugio (Claudie era entonces la directora) que es la hermana pequeña de Simone de Beauvoir, Hèlene, la pintora (no se dan los nombres en este relato). Hèlene se inquieta, diciéndole que encuentra una locura que entre feministas una despida a otra. Claudie responde a eso como una patrona que desconoce la realidad de la precariedad laboral: *no se trata de despedirla, sino de poner fin a un periodo de prueba*. Precisamente el periodo de prueba es una figura contractual paradigmática de la precariedad laboral. Pero aquí Claudie muestra el sentido de la burocracia patronal considerando a Hèlene de Beauvoir *une pauvre bête qui ne connaissait pas la différence entre ceci et cela* (la diferencia entre un contrato más precario y otro menos), *elle était artiste. Je n'ai rien contre les artistes, je fais moi-même des photos, etc., mais je veux dire, on ne peut pas se mêler de quelque chose qu'on ne connaît pas*. Con estas palabras Claudie revela que habían designado a Hèlene de Beauvoir, no porque tuviera ella también su propio compromiso con el feminismo, sino por ser la hermana de Simone y así obtener un capital social o simbólico —en la terminología de Bourdieu— que diera prestigio al centro.

Sandrine Garcia dice de paso que el nombramiento de Hèlene de Beauvoir como presidenta se debió a la oportunidad de sacar provecho del capital simbólico que suponía, y atribuye a Hèlene de Beauvoir una *vida de artista-pintora sin preocuparse por la vida del refugio*. Sin embargo, esa apariencia bohemia no es obstáculo para que Hèlene de Beauvoir, cosa

que sorprende a Claudie y solidariamente a Sandrine Garcia, reaccione inmediatamente convocando una asamblea general para tratar el conflicto. Es decir, una asamblea de la asociación que presidía Simone de Beauvoir y en la que el centro de Claudie se hallaba afiliado. En esta asamblea, Claudie dice haberse encontrado con sus adversarias de siempre, las feministas de la *lucha de clases* que entraron en la asociación bajo la supervisión de su presidenta. Claudie no se esperaba tanta gente desconocida para ella. Considera que, mostrando respeto por la obra de Simone de Beauvoir, esta habría favorecido los objetivos de su hermana por ser su hermana, pero Hélène no parecía revelarse precisamente como una artista despreocupada por la cuestión feminista y su contexto social. La vemos ocupada en agrupar a un número considerable de estas feministas de la *lucha de clases*, tal como Claudie las denomina.

Claudie consigue una carta de apoyo a su gestión por parte de las mujeres acogidas a su centro —que reconocen la extraordinaria entrega de Claudie— y parece que puede continuar en su puesto, pero empieza a tener problemas con el despido y sustitución de la psicóloga en cuestión, e inexplicablemente comienza a cometer errores de competencia en la gestión del centro, errores que son faltas e irregularidades administrativas que la ponen en un serio aprieto y así va viendo como se le quiebran sus expectativas de futuro. Finalmente ya ni puede hablarse del refugio proyectado para cincuenta mujeres. Según sus palabras *se ve forzada a dimitir*. Todo por la estupidez (*la connerie*) de la señora Beauvoir, dice: *il faut bien appeler les choses par leur nom*. Claudie termina su entrevista evocando cómo un grupo de feministas ha sido recientemente responsable del suicidio de un hombre que había organizado una asociación de vecinos, y alerta sobre lo que según ella hacen algunas feministas: demoler totalmente a una persona desde dentro, en la misma organización, en vez de ocuparse de trabajar hacia fuera, ayudando a otras personas.

En este relato y entrevista de *La miseria del mundo*, nos hallamos frente a dos mujeres —y a dos grupos de mujeres— que se oponen entre ellas para ayudar a otras mujeres. Estas últimas aparecen en principio totalmente ajenas al conflicto, como clientes pasivas ante una disputa entre proveedoras. Primero una mujer hace todo lo que está a su alcance para ayudar a otras mujeres que son víctimas de maltratos y también víctimas de una sociedad que no se hace cargo de su situación. Luego se enfrenta a otra que trabaja para lo mismo, pero sin olvidar ni el objetivo ni los límites de su misión, ni tampoco los derechos que le asisten como mujer y traba-

jadora. El conflicto acaba siendo entre una psicóloga-trabajadora social que defiende sus derechos laborales y su patrona que le exige una disponibilidad de su oficio y derechos en nombre de una dedicación feminista de carácter heroico. Pero hay un patronato encima de la directora, y este acuerda tomar una decisión según lo que se dicte en una asamblea de toda la asociación. La solución pasa por contener y limitar las exigencias de la directora, por recordar que se está delante de un conflicto entre una mujer trabajadora y una mujer gerente. Pero la gran motivación de la directora¹⁸¹ no entiende que ha fallado profesionalmente, que no ha sabido encauzar su motivación para no acabar llevándose por delante, maltratando, a otra mujer. Que ha caído en la trampa de una razón empresarial característica del capitalismo, como es la de quitar el trabajo a alguien sin pensar en sus consecuencias. Sin pensar que se vulnera un derecho del que incluso en el capitalismo jurídico, en el derecho laboral, no puede disponerse de cualquier manera. Pero como emprendedora ya fanática, Claudie no acierta a dar con otro planteamiento que el más absolutista: o toda la razón para ella o se va. Y acaba dimitiendo, yéndose, quedándose sola con su gran motivación, que ahora precisamente la arroja en la marginación social, la misma con que condenaba a la que despedía y de la que luego apenas tendrá esperanza de salir. En su conciencia desmedida se dice *vencida, condenada a muerte, por el encarnizamiento de las militantes que no le perdonan el haber tenido éxito en lo que ellas no han hecho más que proferir frases y aplicar protocolos vanos e ineficaces*. Claudie va a quedar resentida contra las feministas que ejercen el poder porque *hablan mejor que otras o tienen más conocimientos*: así lo dice. Claudie remata su humillación declarando que ella es Claudie, que está condenada a la subalternidad porque no es una Simone de Beauvoir. Después de haber tratado de despedir a una trabajadora, se despide ella misma, hundiéndose precisamente en su pertenencia a la clase trabajadora.

Además de hallarnos ante un cruce de máscaras y paradojas, nos encontramos de lleno en la contradicción entre motivación sensible y acción profesional. La cuestión es saber ver lo que resulta válido y eficaz para el fin propuesto, la ayuda que debe redundar en empoderamiento y agencia para las mujeres acogidas. En esta validez y eficacia radica la razón de ser de las ciencias sociales, psicología incluida: la simple motivación —

181 Motivación que explica que le viene ya de su infancia, cuando se percató de los diversos modos con los que se oprimía a las mujeres.

por más fuerte y heroica que sea— desconoce las fuerzas que actúan en la sociedad y en la psique humana. Debe aprender de la experiencia del conocimiento de esas fuerzas. Claudie cae en varias trampas de la sociedad capitalista, sobre todo en la de creer en el valor motivacional de una empresa con trabajo. Una vez generada la relación empresarial con el trabajo, este puede decaer en sus derechos hasta contradecir la motivación de la empresa. La contradicción se ve más claramente si pensamos en una empresa —puede ser, por ejemplo, una organización privada o un equipo académico— cuya motivación es la lucha contra la explotación. Pero las reglas del juego capitalista pueden fácilmente introducir la explotación entre quienes sienten la motivación y tienen la intención de acabar con ella. Una situación análoga la conocemos en Antropología social cuando los misioneros, motivados para introducir entre los indígenas una sociedad basada en la caridad cristiana, destruyeron los mecanismos de reciprocidad, y ni esta ni la caridad surtieron efecto. Más allá de la motivación hay que conocer las trampas del orden social. Si no es así, se cae muy fácilmente en ellas. Ahora bien, por otra parte, el conocimiento sociológico, la profesionalidad en psicología y en ciencias sociales, ha desarrollado tal grado de saber protocolizado, de jerarquía social y de capitalismo económico y simbólico que es capaz de aniquilar toda motivación, toda acción eficaz, tanto en la cooperación para el saber como en la solidaridad social. Ahí apunta la empatía entre Sandrine y Claudie, en la que esta aparece como víctima de unos formalismos alienados de su objetivo motivacional, el de ayudar a unas mujeres en circunstancias concretas. La salida al conflicto debía haberse situado en un medio de prudencia y de tolerancia, en un equilibrio entre motivación y organización de la acción que creara una sinergia dinámica entre ambas para mayor beneficio de las mujeres maltratadas y sin merma de los derechos de las dedicadas a ayudarlas. Pero por un lado parece que Claudie optó por enfrentarse totalmente a las exigencias profesionales y laborales de la psicóloga, y esta parece que se vio obligada a defenderse con los derechos de una trabajadora. Así, una vez planteado el problema en la asamblea general, la posición de Claudie obtuvo la reconversión propia de un mesianismo o liderazgo excesivamente engreído en su carisma motivacional. Claudie, al no abandonar su posición extrema, no habría visto otra salida que la prueba «suicida» del «ella o yo». Pero no vio que despedir a la psicóloga era maltratarla. Que no había ningún motivo ni jurídico ni moral para hacerlo. Claudie —que acabaría estudiando, sintiéndose humillada, la gestión de lo que la moti-

vaba— solo entendía que se había desacreditado *su obra*. Sin embargo, se percató de que esta subsistía sin su preciosa ayuda y con el tiempo, para conciliarse, fue admitiendo que no solo ella sino también otras personas —que no eran como ella— habían contribuido a crearla.

La reflexión sobre casos como este debería ayudar a desplazar los posicionamientos maniqueos y manipuladores que existen también en el feminismo (siempre debe reconocerse que el fin ya está en los medios): es decir, superar estos *o ellas o nosotras*, superar liderazgos motivacionales poco preocupados por el conocimiento de la realidad y superar también liderazgos organizativos que han dejado muy atrás la motivación, si es que alguna vez la tuvieron. En este sentido, precisamente, la obra de Simone de Beauvoir posee una motivación lúcida, un conocimiento informado de la realidad de las complejas condiciones sociales y culturales de la vida de las mujeres (tanto en *El Segundo sexo* como en *La vejez*) que el feminismo que se ha hecho oír más después (sobre todo el de las «olas americanas») ha relegado en gran parte, sustituyéndolo por exabruptos maniqueos y teorizaciones muy parciales de la realidad vivida por las mujeres.

9.3 Derecho vivido, sentido común, costumbre

En el derecho vivido, la moral y el derecho, las opciones éticas y las normas jurídicas andan fusionadas. No es que el Derecho no descansa sobre axiomas de validez moral (los derechos humanos son a la vez enunciados éticos), pero sí que en sus aplicaciones más frecuentes y en las doctrinas positivistas y «estatalistas» (el Derecho como creación específica del poder del Estado) las ideas y actitudes morales van más separadas de las normativas jurídicas. En las sociedades regidas por culturas y ordenamientos vindicatorios, moral y derecho van inextricablemente unidos, lo justo moral debe coincidir con la justicia del poder judicial. De aquí la coincidencia entre ciertas instituciones socialmente objetivas del derecho vindicatorio y de la ética intersubjetiva en nuestra sociedad. Y aunque esta última pueda generar malentendidos sobre aquellas otras sociedades, sí que hay coincidencias parciales a destacar: por ejemplo, la vigencia de las ideas y sentimientos de venganza para muchas acciones, aunque en nuestra sociedad se piensen y ejecuten de modo individualista, sin pasar por su reorganización social y jurídica, propia de las sociedades vindicatorias.

Subjetiva e intersubjetivamente resulta difícil separar la moral del Derecho, generándose más subjetivamente un derecho (no instituido en nuestra sociedad) aliado de la moral, frente al Derecho disociado de la moral. Esta fusión entre derecho y moral es la que da lugar a reacciones de anhelo e indignación frente a la pragmática de los negocios jurídicos y frente a muchas resoluciones judiciales, así como frente a algunas o varias leyes, según épocas.

Las antiguas definiciones romanas del derecho iban claramente fusionadas con la moral: *honeste vivere, alterum non laedere et suum quique tribuere, ars boni et aequi*. Pero cuando surge el Derecho con toda su carga autorreferencial, las cosas se ponen de otro modo: el triunfo semiológico del Derecho se debe en parte a su unidad formal. Si se excluye su caracterización moral, se produce un lenguaje más científico desde la óptica neopositivista: discreto, económico y elegante, definiciones sin solapamientos, suficientes y más económicas que las que conllevan características morales, y fluidez en la sintaxis entre todas ellas. Pero la imperfección neopositivista (nada es perfecto) asoma de modos a veces inesperados: la falta de caracterización moral se suple con sinónimos lexicales y sintácticos¹⁸² para producir la impresión de exhaustividad en la toma jurídica de la vida. Ya hemos mencionado que así se llega a la repetición de párrafos con supuestos matices originales con el fin de alcanzar la exhaustividad en el razonamiento o en la argumentación en general. Se usan varios remaches morales de acciones jurídicas como el más famoso del *debo condenar y condeno*. Porque si se condena según la calificación jurídica de unos hechos probados y se aplican los códigos o leyes que deben aplicarse junto con las circunstancias modificativas de la responsabilidad, la condena se produce objetivamente: debería decirse más bien que «en aplicación de la ley y atendiendo a la calificación jurídica de los hechos se condena a...», pero el *debo* evoca un acto de responsabilidad moral frente a un margen de libertad, una acción de ética personal o de moral social.

Paul Vinogradoff¹⁸³ y Joaquín Costa¹⁸⁴ han entendido por lo menos una parte importante del derecho vivido como su adecuación al *sentido común* y

182 Cf. la obra ya citada de Enrique Alcaraz y Brian Hughes (2002), *El español jurídico*, Barcelona: Ariel.

183 Paul Vinogradoff, *Common Sense in Law*, *op. cit.*

184 Joaquín Costa, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*, *op. cit.*

a la *costumbre*, respectivamente. Cuando la costumbre refrenda la ley (Costa) o cuando lo hace el sentido común (Vinogradoff) la experiencia se acerca a la noción de derecho vivido en el sentido de coincidir con lo que, al vivirse como costumbre, se comparte de un modo más natural y espontáneo. Lo mismo sucede con el «sentido común». Pragmáticamente, si puede hablarse de costumbre compartida, igual que de sentido común (compartido por definición) estamos hablando de algo que alcanza con naturalidad la actitud de las personas (ante la sociedad) en el fluir de sus vidas.

En la obra de Vinogradoff, en su capítulo sobre la costumbre, establece la misma paradoja que Costa: la norma jurídica pragmáticamente más eficaz es la que se instala en la vida de las personas como una costumbre; una norma que se vive como si ya se estuviera acostumbrado a ella. Al mismo tiempo tenemos toda una serie de normativas o cuasinormativas (de carácter moral o de práctica ecológica¹⁸⁵) que no están contempladas en el Derecho pero que las aplicamos en la vida social ordinaria. Escogemos de modo tácito o intuitivo varias normas mínimas o cuasinormas en nuestras vidas cotidianas: desde el andar por calles y caminos para no obstaculizar el paso de los demás, cediéndolo en determinadas circunstancias, hasta el cumplimiento con saluciones más o menos celebradas dependiendo también de variadas circunstancias. Estas son «nuestras» costumbres. Coinciden en parte con las ideas de actuación o performance en Goffman y con el *habitus* de Bourdieu, posteriormente matizadas por diversos autores. Pero la conceptualización más próxima a la experiencia vivida, y más universal, se expresa mejor con la sencilla idea de acostumbrarse o de hacer hábito o costumbre (perfectamente descrito en Leopardi y en Dostoievski) o de actuar y asumir roles y personajes con esas mismas actuaciones (Pirandello,¹⁸⁶ Goffman, Turner).¹⁸⁷

185 Podemos entenderlas con conceptos como el *ethos* de Bateson o el *habitus* de Bourdieu, pero con el sintagma *sentido común* no son necesarias estas formalizaciones y evitamos malentendidos.

186 La indagación de Pirandello sobre la construcción del personaje en el conflicto entre *vida* y *forma* descubre un itinerario existencialmente más completo que la idea de *performatividad* asociada a fenómenos más contingentes. Además, Pirandello sopesa la construcción social del personaje, para el que ve pesar mucho más la sociedad que la *agencia* individual. Hay que repasar gran parte de la obra de Pirandello (tanto novela como teatro) para darse cuenta de ello.

187 El texto sociológico fundamental sigue siendo el de Erving Goffman: *The Presentation of Self in Everyday Life*, Nueva York: Doubleday Anchor (1959). Surte una reflexión más

Nuestras costumbres cotidianas no suelen presentar una conciencia clara o explícita de sus reglas, por eso son costumbres y no «leyes». Si alguien trata de explicar por qué va por la calle de determinada manera y saluda o no de modos diversos a conocidos, debe dar «muchas explicaciones» que ni él mismo alcanza a definir bien. «Es la costumbre» responden tradicionalmente muchos informantes al antropólogo: la costumbre significa algo que debe entenderse desde un sentido común. Si no se acepta un sentido de lo común, se pierde el sentido de la costumbre. Por eso doy importancia a la conexión de la obra de Costa con la de Vinogradoff. La costumbre es un término cuyo referente común es colectivo, de aquí su valor social, a diferencia de términos como *habitus* o *performatividad*, cuyos sujetos de referencia son individuales y tienen que ver con lo que el mismo Bourdieu nos aclara como cultura de la distinción.¹⁸⁸ No olvidemos el constante forcejeo entre el sujeto individual y el sujeto colectivo de derecho: desde Morgan conlleva no solo una base normativa fundamental sino también una razón de ser de la sociedad y de la sociología que la quiere conocer.

El minimalismo consuetudinario se troca en normas prescritas por una autoridad a partir de la aparición de conflictos.¹⁸⁹ Así ha ocurrido con el cada vez más complejo *Código de la circulación* debido a la profusa aparición de innumerables tipos de vehículos. Pero fijémonos que todavía esas reglas no alcanzan el nivel político —en el sentido de conflicto de poderes o ante el Poder—¹⁹⁰ que alcanza propiamente el Derecho cuando se

extendida sobre el tema si se confronta con Peter Berger y Thomas Luckmann, *The social Construction of Reality*, Nueva York: Doubleday (1966).

188 En un ir y venir entre una «distinción» individualizadora y a la vez reconocida dentro de una clase o grupo social, jugando con capitales sociales, económicos y culturales o simbólicos. Distinción por lo tanto de «poca distinción». Lo mismo ocurre con el concepto de *clase* para significar distinción, que ya se revela pobre en distinción individual, precisamente por identificarla como clase. Pierre Bourdieu, *La distinction. Critique sociale du jugement*, París: Minuit (1982), especialmente los caps. 3: «L'habitus et l'espace des styles de vie» y 8: «Culture et politique».

189 La legislación sobre siniestralidad con motivo del tráfico de carruajes y de la aglomeración de personas en determinados lugares recibe especial atención en época altomedieval. En Derecho romano no recibe un tratamiento de derecho social como en época medieval: cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, *op. cit.* III, 1.

190 Hablamos de Poder con mayúsculas cuando en variadas situaciones un individuo o grupo de individuos se enfrentan a una marcada asimetría instituida (explícita o implícitamente) que afecta las capacidades para pensar, decidir y obrar. Entonces, el ejercicio del poder

desarrolla como regulador de intereses privados y de iniciativas públicas. El *Código de la Circulación* no tiene color político ni ideológico. Además, se vale de signos y símbolos desprovistos de carga ideológica. Tiene evidentemente consecuencias sobre la propiedad de los vehículos y sobre la integridad de las personas (donde aparecerá sobre todo la responsabilidad extracontractual), pero en cuanto a valores e intereses sociales aparece con neutralidad. Rige en otro orden, más relacionado con *lo acostumbrado* para transitar con seguridad y comodidad. Circular por la derecha o por la izquierda no tiene ningún significado político o ideológico, aunque en ciertas tradiciones rituales el significado de lo diestro y de lo zurdo se antepone en toda construcción cultural.¹⁹¹

Pero poco a poco se entra en cuestiones ideológicas y de intereses particulares. Poco a poco la neutralidad semiológica se va convirtiendo en parcialidad política. Antes ya hemos hablado de la velocidad y su culto. En este fenómeno ya puede iniciarse una decantación de tipo ideológico. El culto a la velocidad puede asociarse fácilmente con ideologías más propensas al individualismo temerario y despreocupado por la suerte de los demás, por más que la constatación de un riesgo objetivo de accidentes se presente sin ninguna asociación ideológica. Así, surge el caso de que algunas personas se posicionan contra la limitación de velocidad en nombre de la libertad como valor ideológico (por más que también apuesten en otros ámbitos por su máxima seguridad). Con este posicionamiento, una cuestión de prudencia y precaución frente a un riesgo objetivo, se «politiza» y entra en un debate ideológico. Entonces el Derecho entra claramente en acción. Es el que establece la doctrina del riesgo objetivo y la consecuente conducta que se impone al conductor, basada en la prudencia y precaución constantes. La norma de circulación (prohibición) viene entonces asumida totalmente por el Derecho y su transgresión crea la responsabilidad civil y hasta penal del transgresor. Lo que comenzó con una costumbre de mutua consideración, como un gesto de respeto mutuo, acaba en una norma legal de obligado cumplimiento y con una responsabilidad civil y criminal. Esta deriva nos resulta por ahora inimaginable, absurda, en otros ámbitos: como si la gente al saludarse empezara a darse de encontronazos violentos y se terminara

se caracteriza por causar ignorancia, ingenuidad, inhibición y adaptación conformista, cosas que generan desigualdad en la confrontación y varios modos de indefensión.

191 Cf. Robert Hertz, *La muerte y la mano derecha*, Madrid: Alianza (1990).

apreciando un riesgo objetivo de daños físicos en las saluciones. Entonces intervendría el Derecho. De momento solo ocurren nimios incidentes o algunas bromas pesadas...

El derecho vivo es antes que nada la constatación de costumbres. Más adelante indicaremos los motivos y las consecuencias de cuando la legislación se rige contra la costumbre y especialmente cuando se empeña en criminalizar alguna costumbre. Pero, de entrada, el derecho vivo se extiende a un variado repertorio de prácticas que constituyen derechos sociales, es decir, que afectan a todos los miembros de una sociedad como sujetos de derecho. Son ejemplo de ello los derechos de tránsito sobre muchos tipos de caminos, que implican servidumbres de paso, o el uso en común de muchos espacios. La privatización es el enemigo de lo común desde tiempo inmemorial. Hay un acomunamiento vivo: en la memoria de lo vivo, en la identidad hecha del ir y venir individual y colectivo, en los lugares usados por necesidad, por costumbre de vida, o gozados en común con motivo de ocio y fiesta. En todo ello, la privatización ofende. Significa cortar con la memoria de la identidad viva,¹⁹² la memoria que otorga diversos sentidos estéticos (de sensibilidad en general) a la existencia, símbolos de las armonías vividas con el medio percibido como social y como natural. Hablamos de la identidad que no se deja llevar por las identificaciones de un poder (político y religioso habitualmente) que la distorsiona y subyuga, que le impide su existencia subjetiva e intersubjetiva, compartida en costumbres de la vida empírica, con sus tiempos y sus lugares o rincones. La cultura clasificatoria obliga a identificarse con una simbólica no viva sensual y sensiblemente, solo imaginada desde o para otro vivir, aunque este pueda ocupar y consumir toda la existencia. Las identificaciones de tendencia jurídico-política cercenan las identidades vividas, las reducen a potentes símbolos (respecto al poder: un pasaporte, una tarjeta de «identidad», una personalidad jurídica con sus derechos y responsabilidades) o las distorsionan y consumen (alienan) en un imaginario compulsivo. Tampoco es lo mismo la relación de la identidad viva con la lengua hablada, con la poesía o con una tradición cultural de cualquier tipo, que la identificación ya capitalizada y comprometida con una clasificación jurídica o ideológica y comprometida con una organización política. La identidad viva no entiende de jerarquías y patrocinios, de

192 Cf. Ignasi Terradas, «La contradicción entre identidad viva e identificación jurídico-política», en *Quaderns del ICA*, (20) (2004).

faccionalismos y fanatismos. Por eso la identidad vivida y el Poder casi nunca se llevan bien. El Poder la fuerza a una identificación que la mutila y aliena.

La otra gran paradoja —siguiendo a Costa— es que el derecho, cuanto más vivido, más propenso es a ignorar el Derecho instituido. Cuando la normativa se vive como costumbre y no como norma externa que hay que considerar aparte, se tiende a desconocer o a no interesarse por el Derecho, por este complejo corpus de legislación y jurisprudencia. Costa reflexionó ampliamente sobre toda la cuestión de la ignorancia del Derecho: desde la imposibilidad de conocerlo por parte de los mismos juristas hasta su ineludible ignorancia por condiciones de vida. Costa nos recuerda que ya desde la época medieval se preveía que pastores, marineros o soldados ignoraran el Derecho instituido y a pesar de que se predicaba la ilicitud de ignorar el Derecho, se disculpaba su ignorancia para determinados miembros de la sociedad. Costa nos recuerda que la inseguridad jurídica es concomitante a una legislación y jurisprudencia en constante crecimiento y diversificación. Incluso los «especialistas» pueden ignorar algún detalle o parte de un Decreto en aplicación de una ley, así como ignorar una interpretación «extraña» o inesperada para ellos en la jurisprudencia. No poder sopesar con claridad la transferencia de una ley a un código. Cierta arbitrariedad en todas esas operaciones significa más ignorancia del Derecho para el público en general. La experiencia muestra que hay disposiciones que caen en el olvido, unas más que otras, que hay interpretaciones que surgen y desaparecen, que hay leyes que no se cumplen por incapacidad (¡cuántas por no obtener los recursos que solicitan!) o por desidia. La realidad de la pragmática jurídica hace que a menudo los mismos operadores jurídicos acostumbren la ley a «su ley», que por lo común es ya una costumbre de aplicación de leyes según unos cánones de oficio.

En otra sucesión de acontecimientos, alguien puede tener contacto con una parte importante del Derecho, pero pasar por él sin apenas conocerlo. Por ejemplo, un heredero real, universal y forzoso no tiene el mismo contacto problemático con toda una testamentaria compleja que un heredero condicional o aparente. Es lógico que a este último un abogado le tenga que explicar con detalle todas las disposiciones que le atañen, dada la problemática suscitada. Lo mismo sucede con quien tiene propiedades afectadas o gravadas, respecto a quien las tiene más libres y solamente afectas a impuestos. Es lógico que, ante una situación personal compleja y con una legislación y jurisprudencia no menos compleja, se entre más

en el conocimiento del Derecho. Una de las experiencias que más fomenta la ignorancia del Derecho en nuestra sociedad es la relativa a la proliferación de contratos de adhesión o predeterminados por una parte, que nadie acostumbra a leer y a reflexionar en su totalidad, que se obedecen como un mandato para obtener un servicio. Se reciben como órdenes que hay que obedecer para obtener servicios de comunicación y de provisión de energía, seguridad, intereses financieros o atención sanitaria, entre otras cosas. Este desequilibrio encaja con abusos unilaterales, perpetrados por la parte dominante, que con incontables cláusulas va librándose de responsabilidades y otras obligaciones, mientras que la parte dominada va perdiendo derechos y fiabilidad en el bien o servicio contratados.

Los abusos del poder de una facción o de parte en un negocio jurídico reciben con el tiempo una reacción más organizada, una vez superadas las condiciones iniciales de indefensión, y ello hace aumentar la litigiosidad. La creciente litigiosidad que se da en nuestra sociedad —por los desequilibrios de poder en los negocios jurídicos, especialmente en los contratos de bienes y servicios— responde a la también creciente desigualdad social que permea muchas relaciones sociales y que facilita el abuso de una parte sobre otra. Esto, si se alcanza «la justicia», si se poseen los diversos recursos y guías para demandar, acusar o defenderse. Por otra parte, tal como contemplaba Costa, si el negocio jurídico resulta tolerable o incluso «bueno», positivo, entonces la ley es vivida como costumbre individual. Costa demuestra con muchos ejemplos, en el curso de la historia del Derecho civil, cómo la costumbre no es solo cuestión de vida social, sino también de vida particular, individual. Que la costumbre colectiva tiene tanta legitimidad como la costumbre individual, y que, legitimada esta, debe legitimarse la otra, que es en muchos casos una condición de la primera: sin un camino compartido durante un buen trecho, no puede llegarse a cada casa particular, por más que también haya al final un «camino particular»: el famoso por su «prohibido el paso», después de tanto paso compartido. Es la prohibición de quien pretende extender una celosa posesión junto con su derecho de propiedad, sea por recelo de la intimidad, por un prurito de seguridad o por deseo de ocultar. El contraste lo hallamos en los vecindarios con servidumbres de paso, con galerías compartidas o con espacios sin lindes definidos, como las eras comunes y los patios de vecinos abiertos, incluso por motivaciones estéticas. La vida en común en esos lugares nos revela la costumbre como el tranquilo *fluir* de la vida, por sí misma.

En el interior de la costumbre, la normatividad puede vivirse inconscientemente. Inconscientemente puede alcanzarse la médula de la normativa: asumirla sin ni tan siquiera tener que pensarla. Entonces el derecho alcanza el mismo poder y fuerza del deseo, lo cual es el recorrido inverso al del deseo cuando, en nombre de cierto modo de vida, quiere erigirse en ley (poseer una ley para poseer la vida).

9.4. La sexualidad y la posesión del cuerpo: leyes y derecho vivido

Inevitablemente, una significación *jurídica*, la más mínima, convierte a los cuerpos en objetos de posesión. Es así como surge el conflicto entre poderes (políticos, clericales, científicos, colectivos y movimientos sociales, voluntades individuales, familiares, redes sociales...) que reivindican esta posesión y el corpus jurídico que ya instituye la vida desde tiempo atrás, y que sigue reinterpretando el conflicto posesorio según sus precedentes: alterar o no la autonomía jurídica (*sui iuris* vs. *alieni iuris*), integrar o no las nuevas posesiones en las categorías de las ya establecidas (sexo, matrimonio o nueva categoría). El género ya ha entrado por la puerta penal (agravante de género) y ha abierto varios caminos por la civil. En el capítulo final, dedicado con mayor amplitud al estudio de la posesión, regresaremos a esta cuestión. Aquí voy a señalar únicamente algunos puntos que considero relevantes en términos de la cultura jurídica relativa a la posesión del cuerpo que la L. O. 10/2022, de 6 de septiembre, de *Garantía Integral de la Libertad Sexual*, junto con la L. O. 1/2004 de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* han puesto de manifiesto (especialmente si nos fijamos en las problemáticas reveladas por la jurisprudencia de esta última y por la cultura que ha dado lugar a la del 2022). Nos centramos en el paradigma femenino —sujetos mujeres— aunque en el mismo entran otras identidades de sexo y género por su posición política, sociológica y jurídica.

En primer lugar, no parece que la sustitución de tutelas patriarcales más directas (paternas, fraternas, conyugales, filiales, sororales) por tutelas estatales directas e indirectas sea una garantía para conseguir un asiento más firme de la supuesta libertad sexual. El Estado recrea los antiguos problemas de la *libertad* confrontada con la *honestidad*: el paradigma femenino sigue atestiguando que el precio de la seguridad continúa exigiendo convencionalidades de honestidad en menoscabo de la libertad.

En realidad, las leyes que hablan formalmente de libertad están hablando realmente (en cuanto a consecuencias materiales) de indemnidad o seguridad, y moralmente la seguridad sigue siendo una representación de la vida según la tradicional idea de su contención por la honestidad.

Además, sigue dándose una interpretación pasiva de la libertad femenina con la noción del consentimiento. La ley 10/2022 está realmente centrada en la indemnidad del cuerpo, no en su libertad. Libertad y consentimiento adquieren sentidos concretos como condiciones de protección del cuerpo femenino, no de su expansión libidinosa. La ley trata de proteger el cuerpo femenino (o cuerpos políticamente feminizados) contra invasores, contra agresores. No va de respetar las iniciativas de una condición libre de las mujeres, no parte de la naturalidad de sus deseos y expansiones libidinosas. Parte de su condición de amenazadas sin ni tan siquiera haber avanzado algún deseo. La ley va de reprobado y reprimir las iniciativas violentas de los hombres cuando ejercen la violencia o el abuso de poder como su libertad sexual, cuando su deseo se torna en agresión. La ley sigue proporcionando una visión negativa de la libertad femenina, va a la defensiva. No parte de la indignación por la falta de reconocimiento y respeto hacia la libertad libidinosa de la mujer. Porque si hablamos de libertad sexual para el hombre, esta empieza con el reconocimiento de su deseo, de su libido,¹⁹³ pues igual ha de ser para la mujer. La ley proporciona una visión negativa de la libertad femenina: a la defensiva. Es sobre indemnidad y protección del cuerpo femenino (o políticamente feminizado) no sobre su expresión en libertad. Lo cual nos dice mucho sobre la hegemonía patriarcal: el deseo de la mujer no solo queda inhibido al hablar de su libertad, sino totalmente anulado por un deseo masculino que se manifiesta conspicuamente como amenaza, no como satisfacción.

Bajo la hegemonía patriarcal, el deseo femenino se transmuta en consentimiento. La voluntad activa en pasiva anuencia. Que el consentimiento pase a primer término significa una derrota de la afirmación de la libido femenina. La idea de consentimiento refuerza la tradicional actitud de

193 No complico la argumentación con elementos psicoanalíticos, pero hay que decir que en la cuestión del reconocimiento del deseo como libido en sentido freudiano podemos avanzar en la crítica (del masoquismo femenino, del genitalismo femenino como castración...) pero no retroceder negando la estrecha relación existencial humana entre sexualidad y libertad. Esta es una cuestión psicológica y política a la vez, lo cual equivale a una revisión de la obra de Freud por la de Foucault, fundamentalmente en términos de disciplina, sujeción y control.

pasividad servil atribuida al género femenino. El consentimiento debería trocarse simplemente o en deseo o en rechazo del deseo de la otra persona. La actitud de consentir está más cerca de la de resignarse que la de desear. Se puede consentir sin desear, algo que han recordado muchas mujeres a propósito de esa ley. El consentimiento alcanza la actitud de deseo de un modo tímido, mortecino hasta la inhibición.

Pero ciertamente que en la realidad social se dan muchas relaciones sexuales consentidas sin deseo. La prostitución —la convencionalmente llamada así y la generalizada de hecho en muchas relaciones— implica que raramente el deseo acompaña al consentimiento. En este contexto se dice consentimiento precisamente para negar la existencia del deseo.

Además, el consentimiento se compadece con la negación del placer sexual en la mujer. Lo cual coincide con la moral católica tradicional y con los puritanismos en general: hay mayor virtud en un consentimiento sin deseo que en un deseo libre, libidinoso, lujurioso para la moral. Cuanto más se inhiba o desaparezca el deseo, menos pecado habrá en un acto sexual, incluso en el legítimo dentro del matrimonio. El orgasmo femenino se ha considerado patológico o moralmente aberrante, expresión perfecta del mismo pecado. La ausencia de placer o de orgasmo en la comisión de un pecado de lujuria es atenuante penitencial. En general, la moral católica ha tendido a biologizar y a reducir la sexualidad al rendimiento procreativo y a construir el género femenino centrado en dicha tarea.¹⁹⁴

Para el Derecho no importa si el consentimiento se realiza con o sin deseo. El Derecho instituido, a diferencia del derecho vivido, apenas comenta y mucho menos tiene en cuenta el placer o el dolor.¹⁹⁵ El consentimiento iguala y homogeneiza todos los actos, hayan sido indeseados o deseados. El consentimiento homogeneiza las prostituciones de la sexualidad por estado de necesidad, por enriquecimiento, por seguridad, por dependencia, por obediencia religiosa, por cálculo político, por seguridad laboral... Además, el consentimiento se compadece con un orden patriarcal que propugna o impone un masoquismo femenino: que la mu-

194 Cf. Jordi Roca, *De la pureza a la maternidad. La construcción del género femenino en la postguerra española*, Madrid: Ministerio de Educación y Cultura (1996). Sobre la transformación católica de la inocencia del sexo en culpa de pecado y así poder castigarla: el ensayo-novela de Edoardo Albinati, *La scuola cattolica*, Milán: Rizzoli (2020).

195 Cf. Antonio Madrid, *La política y la justicia del sufrimiento*, Madrid: Minima Trotta (2010).

jer se acostumbre a la frecuente posibilidad de que el placer del hombre (o de cualquier otra persona según sexo y género) le produzca dolor, que se vea abocada a desear a quien la maltrata (siguiendo con la maldición del Génesis 3:16: *desearás a quien te dominará*), a acostumbrarse a sentir odio, ira o indignación hacia quien ella desea, y de ahí culpa. Que sienta repugnancia —con súbito o postergado arrepentimiento— por quien ha deseado. Que deba reconocer errado, extrañísimo, lo que ha deseado ferientemente: de ahí los sentimientos de repugnancia contra sí misma, de embrutecimiento y arrepentimiento ante el anterior deseo. La ley ofrece la posibilidad de admitir un consentimiento viciado, unas circunstancias para negar su validez, pero esa verdad legal y judicial no se corresponde con las poderosas fuerzas de la psique, especialmente de la vivencia de los deseos en el inconsciente. Los resultados de confrontar la realidad psíquica con la realidad jurídica no dan un ganador seguro. Ni la pretensión jurídica ni la religiosa pueden vencer la huella de un placer sexual asociado a un delito o pecado. La terapia es larga y un planteamiento realista de la misma no persigue una victoria sino la paciencia con un imponderable.

Políticamente, el consentimiento puede significar muchas cosas:¹⁹⁶ un umbral de violencia convencionalmente tolerado («mi marido me pega lo normal»);¹⁹⁷ obtener una provisión de seguridad a cambio del sufrimiento en la sumisión resignada; consentir un «mal menor»; consentir después de una hábil manipulación mental; consentir por apatía, por claudicación, por indiferencia o por hábito; consentir por obediencia a una moral tradicional, a una disciplina religiosa; consentir por un temor consciente o inconsciente, por una intuición pusilánime; consentir excepcionalmente y no mantener la excepción... Además, pueden solaparse varios de estos aparentes consentimientos.

Consentir implica radicalmente alguna desigualdad ante un poder. Si es un biopoder (Foucault) significa que se parte de una disciplina o control de la vida.

El poder (la asimetría instituida entre partes en las capacidades para pensar, decidir y obrar) relativiza el consentimiento: crea unos condicionantes que lo facilitan en sus apariencias y genera lugares en que se hallan establecidas unas relaciones de poder con determinadas intimidaciones

196 Cf. P. H. Partridge, *Consent and Consensus*, Londres: Pall Mall (1971).

197 Cf. Lorente Acosta *et al.*, «Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (RECPC-02-07) (2000).

subliminares o violencias simbólicas (en términos de Bourdieu).¹⁹⁸ El poder establecido en un lugar impone también su moral y así condiciona cualquier iniciativa en las relaciones sociales que se dan bajo su cobijo. De este modo divergen políticamente los espacios morales de un lugar de trabajo, de una playa, de un tipo de deporte, de diversión, etc.

El consenso significa, en parte, un estado de mayor igualdad de poder que el consentimiento. El consenso se aplica a decisiones tomadas en mayor igualdad de poder. El consenso parece articularse mejor con la igualdad y la libertad, mientras que el consentimiento puede conectarse directamente con la desigualdad y la obediencia. Pero también ocurre que se utiliza consenso, consensuar, para acuerdos menos comprometidos. Un consenso puede también disimular un consentimiento debilitado. Con todo, hablamos de una relación consensual para referirnos a un acuerdo de voluntades en el que los deseos no lesionan la igualdad humana. En cambio, el consentimiento (por lo que tiene de imposición de la voluntad de una parte sobre la otra) sugiere más cercanía al conflicto que el consenso. Este sugiere mayor equilibrio o igualdad en el poder entre las partes, pero en cualquier caso no existe mejor término que el deseo sostenido, el desear, entre ambas partes, para significar la lejanía de la desigualdad y sus conflictos.

En el dificultoso camino histórico entre los siglos XIX y XXI de la moral sexual, entre la honestidad y la libertad, ocurren diversos problemas. Uno de ellos tiene que ver con la percepción empírica de ambos conceptos. En la materia que nos ocupa, la libertad suele ir junta con la dignidad (esta ya está más cercana de la indemnidad) y se enfrenta a la honestidad que empíricamente se manifiesta con emociones y sentimientos de pudor y vergüenza. De modo instantáneo, son emociones que suscitan unas impresiones físicas características, notablemente el rubor que hace sonrojar y la sensación de embarazo o bochorno. La libertad y la dignidad son valores éticos y jurídicos que no conllevan unas emociones de impresión y expresión física o psicofisiológica como ocurre con la honestidad; y, si bien pueden suscitar emociones y grandes sentimientos, su atribución no queda probada con estos, mientras que la honestidad se demuestra con actitudes y experiencias de sensaciones, incluso visibles a los demás. Esta diferencia en los fenómenos implica dos cosas: que la honestidad puede

198 Pierre Bourdieu, *La domination masculine*, op. cit.

ejercer un poder expresivo más fuerte e inmediato sobre el cuerpo que la libertad y dignidad. Es un referente más directo para aprender rituales sociales de amor y cortejo y, como consecuencia, su aprendizaje —familiarizarse con el mismo— revela mayor inercia, más facilidad de encarnación. El ejercicio de la libertad y el respeto por la dignidad implica operaciones racionales más profundas y persistentes. En cambio, las actuaciones de la honestidad (y sus transgresiones) operan en un mundo de meras sensaciones e impresiones. Si en vez de la libertad y la dignidad se opusiera a la honestidad el deseo como interacción consensuada en igualdad, se trocaría la libertad abstracta en una liberación concreta y se sustituirían las emociones del pudor y la vergüenza por las del deseo y sus pasiones sentidas. De otro modo, la *psicología de masas* de la honestidad seguirá acorralando a la ética política de la libertad y dignidad.

Galdós (en su *Tristana*) oponía libertad a honestidad, haciéndonos ver que para lo que significaban en su época no se aguantaba ni la una ni la otra, cediendo ambas a las posibilidades de formalizar un vicio (y así dispensarlo) tipificado penalmente como estupro, mostrando lo fácil que era para un tutor abandonar su responsabilidad y finalmente casarse (con el beneplácito eclesiástico) con la estuprada. Para una época posterior, Buñuel (en su *Tristana*) hará valer más la libertad como venganza contra la honestidad y contra el poder (patriarcal) que en Galdós obtenía más éxito.¹⁹⁹ Pero para ambos autores la honestidad queda en una quimera, en un valor abstracto ajeno a lo vivido. La honestidad queda rebajada a un «postureo», a una apariencia que es pronto desmentida por la experiencia de la vida. También la libertad: o pierde ante la responsabilidad (la derrota que le inflige el conservadurismo civil), ante un patriarcado decadente que aún tiene fuerza de refugio, o ante la venganza como única opción.

Hay otros factores que inutilizan los conceptos de libertad y dignidad humanas desde hace tiempo: proceden como partes de varias disciplinas científicas: etología, genética, psicofisiología, neurociencia y también de la Antropología. No vamos a analizar este amplísimo campo, solamente cabe constatar que significan un discurso paralelo en el que, con poquísimas excepciones, plantean la opcionalidad sexual bajo un determinismo y teleología que trascienden las experiencias vividas. Si las religiones sacrifican gran parte de la sexualidad a la trascendencia de la virtud, del

199 También es representativo de la hegemonía patriarcal el hecho de que el relato de Galdós oblitere totalmente la posibilidad de que Tristana —o alguien por ella— denuncie a su tutor.

alma y su salvación, y a la constitución del poder de sus jerarcas, una parte de varias disciplinas científicas interpreta la sexualidad como expresión de trascendencias que tampoco explican la especificidad de lo vivido. Es como el afán de explicar las experiencias macrofísicas de la vida humana con los datos de la microfísica. Las certezas e incertidumbres de lo trascendente —por arriba y por abajo— no mide lo sentido y experimentado por los seres humanos. La frase «El hombre es la medida de todas las cosas» tiene sentido: no como antropocentrismo, pero sí como limitación a lo proporcional de la experiencia de vida. El Derecho también trasciende lo vivido con varias instituciones y produce un efecto análogo. Trasciende con derechos de propiedad, de negocios, de estados... que cuando entran en la vida se rebajan a los deseos y vicios de proporciones más humanas. Así devienen obsesiones de una vida, eventuales opciones de consumo y también pérdidas y egoístas «razones de Estado».

Por otra parte, el perspectivismo o «nueva ontología» nos sitúa en una cultura inclusiva con todos los animales, de tal manera que el control cortical de la conducta sexual (especificidad humana) busca igualarse con el celo de los animales. Lo cual no es nada nuevo y ya se pensó en ello en el siglo XIX al estudiar el ciclo menstrual de la mujer.²⁰⁰ Ello, junto con las teleologías etológicas, situaría la sexualidad como «fuerza natural» más allá del deseo y de los valores que intervienen en sus iniciativas, otra «superación» de la realidad de la existencia humana. Todos esos planteamientos adolecen de falta de realismo ante los componentes que operan en cada caso. Ciertamente que los imponderables biológicos explican la unidad de cada especie, pero no su variedad interna cuando depende, además de los biológicos, de múltiples factores socioculturales.

Comentábamos que la L. O. 10/2022 iba más, en realidad, de indemnidad que de libertad, y también va más de responsabilidad (pública, privada, civil y penal) que de libertad. Ello va en consonancia con la hegemonía patriarcal: se pide responsabilidad a quienes ejercen y abusan más del poder sobre la sexualidad de las mujeres. Este es el cuadro paradigmático del consentimiento y de todas las medidas de reeducación de la sociedad política y civil que la ley dispone. Porque instituye una verdadera reeducación de toda la sociedad en materia sexual, eliminando todo lo patriarcal. Lo cual implica una revolución sociocultural de enormes dimensiones y,

200 Cf. Thomas Laqueur, «La política cultural de la fecundidad cíclica», en *La construcción del sexo*, Madrid: Cátedra (1994).

al parecer, se cuenta con menos recursos que para aplicar las medidas de protección integral de la L. O. del 2004 contra la violencia de género. La ley del 2022 propugna el fin de las conductas, actitudes, ideas y mentalidades patriarcales, nada menos. Ello supondría, entre otras cosas, una reforma (o liquidación) de las religiones monoteístas, algo de mucho mayor calado que lo que supuso la reforma protestante. Si dejamos la aplicación de esta parte sustancial de la ley como utopía y nos centramos en su significado para el derecho vivido, aparte de lo ya mencionado respecto al consentimiento / deseo y libertad / indemnidad, encontramos que aviva el sentido de la responsabilidad ante el ejercicio de la sexualidad aparentemente con un punitivismo moderado,²⁰¹ pero con una homogeneización entre los abusos y las agresiones. Con lo cual, conceptualmente se está realizando un recorrido penal (de faltas a delitos, de abusos a agresiones...) en el que el concepto (tipo) tenido por más grave subsume a la ofensa que se tenía (y en parte se tiene todavía) por más leve. Sin discutir la oportunidad ética y jurídica de estas medidas surge la cuestión de si se corresponde mejor o peor con el derecho vivido. Porque si nos acostumbramos a criminalizar más una ofensa de menor gravedad vamos a solidarizar también más al ofensor responsable de actos menos ofensivos con el que los realiza con mayor daño personal. Dicho en otras palabras: la homogeneización de cualquier ofensa contra una persona (mujer paradigmáticamente) con una agresión cuyo zenit es la violación hace que el misógino timorato se identifique más —porque también se ve identificado— con el violador.

9.5 *El palimpsesto patriarcal*

Más adelante volveremos a tratar la cuestión patriarcal frente a la etnografía y Antropología jurídicas, ahora lo hacemos para reflexionar puntualmente sobre su repercusión en el derecho vivido, concretamente sobre una perplejidad que suscita «lo patriarcal» como agente en la vida coti-

201 Que inexplicablemente no ha sido defendido en el debate que ha dado lugar al proyecto de modificación de la ley. Se suponía que el partido político más empeñado en la promulgación de esta ley compartía un feminismo menos punitivista o vindicativo. Este tipo de contradicciones han sido apuntadas por autoras feministas que, con mucha ponderación, valoran las «trampas» del patriarcalismo, como la fácil caída en barrena punitivista, al no conjurar la venganza contra los agresores sexuales: Cf. Mel Herrera, «Perspectivas desde el feminismo negro a propósito del caso Pablo Milanés», en *Afroféminas* (22-XII-2022).

diana: porque se nombra de un modo genérico para identificar determinadas relaciones, conductas y actitudes humanas, con una trascendencia que aturde su concreción o concreciones históricas. No se sabe si es una entidad transhistórica, vaga pero con mucho poder, o si hay que darle un referente o referentes más concretos. Incluso su aparente trascendencia histórica, apareciendo en distintas épocas y lugares de un modo muy conspicuo, lo acerca a lo «natural» a un rasgo (con base genética) en la misma naturaleza humana. Así ha sido defendido por una parte de la misma Antropología desde Maine. Pero no hay que olvidar la advertencia de Dawkins en *El fenotipo extendido*: hay instituciones culturales que por el encarnizamiento de un poder histórico o por la recurrencia de su elección pueden ser más inalterables o inflexibles que las genéticas (a las que una creencia popular atribuye dicha inalterabilidad).²⁰²

Lo «patriarcal» no es ni un rasgo genético, ni una costumbre sin más, ni un orden externo a la historia y que se impone siempre del mismo modo, una reminiscencia de los «patriarcas» bíblicos o análogos, que se va actualizando; tampoco es una deferencia masculina para culpabilizarse ante las mujeres, ni el espejismo de una supuesta belicosidad femenina. Histórica y etnográficamente encontramos más bien una serie de patriarcalismos: fundamentalmente, ideas y actitudes de dominación entre hombres y de todos ellos sobre las mujeres,²⁰³ pero que se concretan de modos bastante distintos en diversas épocas y países. Lo que sí podemos apreciar es que algunos de esos rasgos históricos persisten en épocas posteriores o se reescriben con algunos nuevos detalles: se trata de algunos cúmulos de patriarcalismos, pero no de uno solo que haya ido desarrollándose. Además, todos los patriarcalismos son contradictorios: tienen una especie de reactividad a sus pretensiones y laboran también en sentido contrario. Algunos son más idealistas o discretos²⁰⁴ y otros tienen una influencia

202 *Las influencias educacionales u otras influencias culturales pueden, en algunas circunstancias, ser tan inalterables o irreversibles como se supone popularmente que son las de los genes y las de las «estrellas».* Richard Dawkins, *El fenotipo extendido*, Madrid: Capitán Swing (2017), cap. II.

203 Aunque a veces solo se atiende a la dominación de hombres sobre mujeres, esta suele ir junta con varios despliegues de rivalidades, violencias y dominaciones entre hombres.

204 Cf. Ladislav Holý, *Neighbours and Kinsmen. A study of the Berti people of Darfur*. Nueva York: St. Martin's Press (1974), mantiene que entre los *berti* de Darfur existe una dominación masculina que no puede tomarse como un hecho *a priori*. Que no se trata de un dominio establecido como principio innegociable y que las mujeres deben partir de ese supuesto. En

más directa en lo normativo, como el precepto de la obediencia debida al marido, presente en códigos civiles y en doctrinas y códigos religiosos. También hay varias disposiciones penales que discriminan y desigualan tipos y responsabilidades, que pronto enumeraremos.

Para comprender mejor toda la sucesión y los cambios en los patriarcalismos me parece muy oportuna la propuesta de Fotini Tsibiridou:²⁰⁵ la experiencia vivida del patriarcalismo correspondería a la confrontación con diversos patriarcalismos superpuestos, manteniéndose algunos rasgos de pasados bastante remotos con otros del presente. Así, una selección política (en lo «privado» y en lo «público») mantendría ideas y actitudes arcaicas y las mezclaría con otras más novedosas. Solo el análisis de los componentes de esta mezcla permitiría ver la fuerza que puede tener el conjunto, por más que este aparezca confuso en su mezcolanza.

Lo patriarcal en Antropología jurídica²⁰⁶ procede en principio de las obras de Fustel de Coulanges y McLennan,²⁰⁷ para quienes el orden patriarcal correspondería al derecho romano protagonizado por el paterfamilias, su poder jurisdiccional y sus negocios jurídicos. Luego, descartando las de vagas referencias a lo patriarcal, vendrían propuestas centradas en la dominación masculina estudiada para cada sociedad, concluyendo con normativas específicas y con la visión de reescrituras de normas y

cierto modo sucede lo contrario: para los hombres berti, el dominio masculino es un ideal que debe conseguirse con tratos, negociando. Es como si —prosigue Holý (Id. p. 57)— un hombre tuviera el deber de estar al frente de todas las cosas, pero que solo realmente está al frente si sabe maniobrar con éxito la oposición del poder femenino. Sucede más bien que es el poder femenino el que es tomado como un a priori indiscutible, algo innegociable en sí mismo y aceptado tanto por hombres como por mujeres. Entonces, únicamente puede darse la dominación masculina cuando los hombres consiguen doblegarlo o controlarlo.

205 Fotini Tsibiridou, «On Honor and Palimpsest Patriarchal Coloniality in Greece, the Western Balkans, and the Caucasus: Anthropological Comparative Accounts from a Post-Ottoman Decolonial Perspective», en *Genealogy*, 6(3) (2022).

206 Para una exposición algo más dilatada de esta cuestión: Ignasi Terradas, «Patriarcalismes», en Yolanda Bodoque Puerta, Montserrat Soronellas Masdeu y Joan Prat Carós (eds.), *L'Antropologia importa. Textos en homenatge a Dolors Comas d'Argemir*, Tarragona: Universitat Rovira i Virgili (2022). Estoy trabajando en una publicación posterior en la que trato de especificar con más detalle la estratigrafía de los patriarcalismos que sustenta la actitud patriarcal contemporánea.

207 Maine se limita a tratar el patriarcalismo como un hecho de superioridad natural, así como Bachofen lo trata como de superioridad espiritual, y no entran en su convencionalidad e historicidad jurídica. Más bien tratan a estas como reconocimientos históricos de una fuerza natural o espiritual.

disponibilidades arrojadas al poder patriarcal en sucesivos periodos históricos (palimpsestos).²⁰⁸

Lo patriarcal integra los ámbitos de los despotismos privados y públicos y afecta tanto a hombres como a mujeres y a toda caracterización diversa de género y sexo. En términos políticos y jurídicos, el patriarcalismo se presenta como una adicción a la desigualdad entre seres humanos ejercida con diversas violencias (directas y físicas, simbólicas o indirectas). La reescritura político-jurídica que más afecta en la actualidad procede de las instituciones jurídicas y políticas renovadas en el siglo XIX con los códigos civiles y penales, con la persistencia y hegemonía del militarismo nacionalista y con las instituciones canónicas: instituciones, todas ellas, fuertemente comprometidas con el poder de los hombres y entre los hombres, y con una *dominación masculina* (Bourdieu) específica sobre la mujer. Esta reescritura decimonónica se centra en el mandato civil de *obediencia* de la mujer al marido y de *protección* del marido a la esposa. Penalmente se manifiesta en la distinción de los delitos de adulterio de la esposa y amancebamiento del marido, en las acciones masculinas (normalmente paternas) sobre raptó y estupro, en las agravantes y atenuantes para los delitos de aborto e infanticidio y en un especial itinerario criminal entre la corrupción de menores, los abusos deshonestos y la prostitución; así como entre la idea política de posesión sexual de la mujer y su calificación como violación.²⁰⁹ Todas esas fuerzas de ofensiva decimonónica nacional-patriarcal, se mantendrán y aún se revivificarán en la historia española de la primera mitad del siglo XX. Luego se irán reformando —siguiendo los predicamentos de los ideales de la democracia liberal y, en menor grado, de los ideales feministas asociados al socialismo—²¹⁰ pero con gran-

208 Numa Denis Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, op. cit.; John Ferguson McLennan, *The Patriarchal Theory*. Londres: Macmillan ad Co. (1885); Gwen Hunnicutt, «Varieties of Patriarchy and Violence against Women. Resurrecting “Patriarchy” as a Theoretical Tool», en *Violence Against Women*, 15(5) (2009); y el ya citado de Fotini Tsibiridou, «On Honor and Palimpsest Patriarchal Coloniality in Greece, the Western Balkans, and the Caucasus: Anthropological Comparative Accounts from a Post-Ottoman Decolonial Perspective».

209 Como decía en la antepenúltima nota, estoy preparando un libro sobre ese complejo patriarcalista de consolidación decimonónica: aquí apunto únicamente una síntesis conceptual de lo más significativo.

210 Esto se corresponde con la mayor atención prestada en España en el siglo XXI al feminismo de la tradición norteamericana del individualismo liberal-radical que al de la tradición europea más afín al socialismo.

des inercias sociales y recrudescimientos ideológicos generados por nuevas ofensivas patriarcalistas, vinculadas a la mayor internacionalización («globalización») de instituciones o asociaciones ideológicas, religiosas, políticas y económicas de mentalidad reaccionaria, afincadas todas ellas en la desigualdad social como dogma, con las jerarquías y privilegios que más la fomentan y simbolizan. Con ello se explica la dubitación judicial²¹¹ en el tratamiento del machismo y de la dominación patriarcal en general: como un «lastre del pasado» o como una mentalidad aún hegemónica para toda o para una buena parte de la población.²¹² Además, el modelo de promoción de la mujer, en una sociedad comprometida con el fomento de la desigualdad, busca su integración en la escala de la desigualdad, sin perjudicarla (paridad en niveles de subordinación y de privilegio): con lo cual la feminización del poder y de la riqueza no altera la feminización de la pobreza.

Foucault²¹³ dedicó la última parte de su obra a un estudio de la patristica cristiana muy relevante para la reconstrucción del palimpsesto patriarcal. Encontró un proyecto de virginidad y de matrimonio en la patristica cristiana que rompe con el *ethos* de continencia y moderación del moralismo grecorromano: unas ideas de gran influencia en el patriarcalismo cristiano. La teología de la virginidad y del matrimonio revoluciona la sexualidad y la procreación humanas con el ideal de la castidad. Este rompe con la idea de contención o moderación de la actividad sexual y establece una sublimación absoluta de la sexualidad, y casi hace lo mismo al restringirla, disciplinarla, reduciéndola al objetivo de la procreación en el matrimonio. Ello crea un verdadero modelo de ideología y práctica patriarcal con múltiples corolarios, el cual está todavía escrito en el palimpsesto del patriarcalismo contemporáneo.

211 Que se corresponde con la legislativa aún no aclarada: si los *condicionantes socioculturales* de la violencia sobre las mujeres, mencionados por la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre, sobre *Protección integral de la violencia de género*, son de tal modo hegemónicos, que se deberían tratar como responsables penales sus promotores, o como autores intelectuales o inductores de los delitos, o considerarlos únicamente un lastre ideológico en vías de desaparición.

212 Ignasi Terradas Saborit, «Legitimidad en la jurisprudencia. A propósito del machismo» en Norbert Bilbeny (coord.) *Legitimidad y acción política*, Barcelona: Universitat de Barcelona, Edicions (2018).

213 *Les aveux de la chair*, París: Gallimard, (2018).

La paradoja del patriarcalismo de la patrística cristiana —que deja una huella de larga duración histórica— constituye el núcleo de la aportación de Foucault a la historia de la sexualidad: el conocimiento de la sexualidad como privilegio (tema que Brancati descubre en la censura) y su extrema disciplina como virtud. Ello subsistirá en la cultura médica cristiana: los sabios de la sexualidad la disciplinarán hasta tal extremo que Freud hablará simplemente de represión. Una «represión», valga la paradoja, hipersexualizada para el conocimiento y negativa para la acción.

Esta herencia cristiana es compatible, puede estratificarse como soporte de otros patriarcalismos, especialmente de aquellos basados en la misma contradicción (al menos parcial) entre el conocimiento de la sexualidad y su negación o reducción disciplinaria. Es así como el psicoanálisis descubrió el sufrimiento de personalidades psicopáticas y agonísticas, divididas entre la victimización y la prepotencia brutal.

La educación con este modelo lleva a lo que Freud explicaba como una de las economías más cicateras de la libido, lo cual, como base de modelos patriarcales más innovadores del éxito político y «empresarial»,²¹⁴ puede consolidar personalidades muy agresivas y antisociales. Así se reconocen las que en lo social dan muestras de matonismo o chulería (frecuentemente apoyadas por gentes mayores como valores positivos para una socialización «fuerte»), acorralamiento, marginación, acechos sexuales y hostigamientos de todo tipo que ya se dan intensamente en la niñez, tanto como en la preadolescencia y adolescencia, y que se han tenido que reconocer recientemente —también legalmente— a través de su nomenclatura anglosajona: *bullying* en ocio y escuela, *grooming* sexual en las comunicaciones, *mobbing* escolar, *stalking* en variadas circunstancias. Estas conductas ofensivas reflejan una socialización patriarcal de precoz y procaz establecimiento de jerarquías, de incentivos autoritarios y violentos, y de lucha por la obtención de un poder sexual. Siguen con la idea y actitud del trato sexual como muy conocido, muy negado y en la práctica oscilatorio entre la represión y la depredación.

El Derecho ha tomado la dirección penal, casi por no poder tomar otra, ante la avalancha del recrudecimiento ofensivo patriarcal. Ha mostrado una renovada tutela judicial ante la facilitación de la violencia en el trato patriarcal, sea en el ámbito sociopolítico en general, sea en el de la

214 Esta amalgama es la que se estudia en la obra colectiva sobre la Personalidad autoritaria: Teodor Adorno *et al.*, *op. cit.*

sexualidad en particular. Pero al llevar en sí mismo la contradicción patriarcal, no puede desprenderse de su doblez: la tutela estatal renueva un paternalismo de control público que crea una situación no muy diferente, para quien la experimenta, de la tradicional *protección* privada. Además, la accentuación de la respuesta penal genera más dependencia con el principio punitivo como solución para cualquier conflicto. Finalmente, el referente que encuentra la víctima es simplemente un poder más fuerte, solo más fuerte que el de su agresor. Toda la intencionalidad legislativa para desarrollar algo más que el poder de castigar al agresor se estrella ante la prevención, también legal, contra redistribuciones de poder y riqueza que desvirtuaran la razón de ser de la desigualdad social. En términos directos: no hay dinero para las grandes reformas que propugnan las leyes para contener la ofensiva patriarcal. Reformas que, si las leemos con detalle,²¹⁵ implican una auténtica revolución social y cultural, comenzando por las instituciones del Estado y por el mundo empresarial.

Por otra parte, desde la perspectiva de la Antropología social, y también de la crítica marxista y de la psicología moral, resulta significativo el recorrido normativo²¹⁶ que favorece o bien la rebelión contra los destinos sexuales (biológicos y convencionales) o su reformulación altamente convencional. Es como si se dijera que ante una poderosa sociedad que maltrata el cuerpo (en su identificación de cara a la sexualidad) no se puede cambiar la sociedad pero sí el cuerpo, negando con él el convencionalismo social o al revés, exagerándolo. La normatividad de transexualidad y transgénero se manifiesta con una ambivalencia contradictoria, entre rebelión (y hasta programa de revolución social) y acentuación del conformismo tradicional en los géneros masculino, femenino, neutro y am-

215 Son todas las garantías de integridad, indemnidad y libertad que implican una reeducación radical de toda la sociedad, comenzando por sus instituciones de más poder. Las podemos seguir desde la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, hasta las recientes promulgadas, reformadas y que también se quieren derogar, respecto a la libertad sexual y la igualdad de personas trans y LGTBI (que habría que añadir un plus de más identificaciones).

216 En las diversas leyes autonómicas y estatales sobre cambios de sexo y de expresión de género. Cf. la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Se pueden comprobar algunas modificaciones desde el «Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI», (BOCG, 12 de septiembre de 2022).

biguo (ya que las manifestaciones fenotípicas culturales coinciden con las categorías gramaticales, de donde procede la misma idea de género).

De este modo, el derecho personalísimo queda expuesto a vivir contradicciones entre rebeliones y conformismos, es decir, entre extremos antagónicos, lo cual resulta proclive a que la experiencia vivida acabe con malestar ante el propio recorrido personal, ante las ambivalencias y replanteamientos de los recorridos asociativos y ante una normativa que pretende cambiar la sociedad pero sin recursos para hacerlo. Así, el choque entre realidad y utopía se hace cada vez más patente y las iniciativas personales y asociativas se ven abocadas a trascender una normatividad vacilante y a comprometerse con un recorrido revolucionario más consciente o a defender igualdades de sexo y género que no perturben la desigualdad social.

Antropológicamente, llama la atención la propuesta que hace la normativa sobre la autodeterminación en materia de sexo y género porque significa una inversión de los rituales de iniciación. Evoca un rito de iniciación o más bien de reiniciación. Establece una edad umbral para incoar el ritual: 12 años. Ninguna intervención médica ni ninguna actuación registral están legitimadas antes de esa edad. Coincide con la tradicional edad en que se establecía el uso de razón y el señalamiento de la pubertad. En varias sociedades, los ritos de iniciación se celebran en torno a esa edad. La llegada de la pubertad ha decidido las iniciaciones en diversas culturas. Los rituales de iniciación o de tránsito de la niñez a la edad adulta pasan por diversas pruebas y ceremonias, siendo la característica más notoria la aplicación de un contenido de género al sexo del iniciante, acompañado normalmente de una intervención quirúrgica que pretende mostrar con mayor énfasis físico el sexo-género del iniciante (circuncisiones, escarificaciones o mutilaciones). Son hombres mayores y mujeres mayores quienes se encargan de administrar esos rituales. Algunos tienen notables ingredientes de sumisión sexual, generacional y una dosis de mortificación física: infligiendo dolor y cambiando el aspecto del cuerpo tanto con inserciones en la piel como con atavíos. Sería excesivo enumerar más detalles y comprobar prácticas análogas en nuestras tradiciones. Basta saber que se trata a los iniciantes o novicios como sujetos pasivos, que todo el ceremonial es incoado y administrado por adultos, con el protagonismo de determinadas autoridades. Si juntamos bautismo, confirmación y comunión católicos (con algunas disciplinas de dolorosa

penitencia), tenemos un ritual algo aproximado a los que se celebran en muchas civilizaciones primitivas.

Pero el ritual de reiniciación a la identidad de género y de sexo en nuestra actual civilización, atendiendo a las recientes normativas, es distinto. Distinto fundamentalmente, comparándolo con los de las demás culturas, en tres cosas: en que reinicia y cambia las identificaciones de sexo (y género adscrito según representaciones culturales) dadas al nacer (en el registro civil o en el parroquial); en que la decisión para realizarlo y su incoación dependen del sujeto que es pasivo en otras culturas y que aquí es activo; y en que los «mayores» y las autoridades o acompañan la decisión o se resuelve finalmente con apoyo judicial. Así, según la normativa, el ritual puede consistir en una simple reinscripción registral o en una resolución judicial.

Decíamos que antes de los doce años no hay legitimidad para incoar el procedimiento. A partir de esa edad se establece un derecho a la reiniciación de la identificación sexual o de género. Evidentemente, el proyecto de ley y la ley final (y las reformas o derogaciones que pueden llegar) ya introducen varias provisiones que atienden a la minoría de edad, distinguiendo los periodos entre los doce y catorce años, luego hasta los dieciséis y los dieciocho. La normativa se enfrenta a unos factores de difícil conjugación: autodeterminación, incapacidad jurídica (con la constante mención de *representantes legales*) e innecesaridad del conocimiento de la motivación. Sin embargo, sí que existen motivaciones para que una persona a partir de los doce años quiera reiniciar su identificación y vida sexual y de expresión de género, y su misma incapacidad jurídica revela que está expuesta a poderes cuya influencia no controla y que, por lo tanto, la libertad para su autodeterminación puede estar viciada, por lo menos tanto como el Poder que se le opone. Las vacilaciones entre el proyecto de ley y la ley final revelan inseguridad respecto a dichos factores, entre los doce y los dieciocho años. No vamos a precisar en cosas que aún pueden modificarse (o derogarse). Lo importante a retener desde el punto de vista antropológico es un corte claro de edad para incoar el procedimiento, la presencia solidaria de la familia o de representantes legales y la tutela judicial, todo ello en lo que antropológicamente se revela como un rito de reiniciación.

Para el derecho vivido se trata de un ritual para una «segunda oportunidad» que choca con lo pretendido por la mayoría de rituales de iniciación a estas edades: la consolidación reforzada del rol de género y la

constitución orgánica de sexo. La posición legislativa se limita a reconocer un derecho a la identidad deseada en términos de sexo y género. No habla frente a un poder, solo frente al desempeño de una personalidad ya existente (trans y de cualquier forma alternativa al binarismo masculino-femenino) a la que concede el derecho a desempeñarla, sin trabas ni violencias de ningún tipo. En este sentido, la normativa sigue un programa de reeducación de la sociedad política y civil análogo al de la *Ley de garantía integral de la libertad sexual*. Pero en la realidad vivida ha de hacer frente a un poder que obstaculiza la realización de un derecho, el de vivir con un derecho. Pero apenas se menciona ese poder: alguna alusión a lo patriarcal; y sin embargo se trata de un poder que ha hecho estragos (la ley enumera algunos) en la existencia de personas transexuales y con identidades y disconformidades diversas con los roles de género bajo dominio patriarcal. No parece tener en consideración los bastiones de ese poder, entre otros, las ofensivas de clérigos y laicos de las religiones monoteístas, respetadas constitucionalmente: esos derechos a la integridad de unas personas discriminadas son —por ahora— pecados, perversiones y aberraciones que no pueden tolerarse con arreglo a estas religiones. La ley debería encontrarse con los límites impuestos por la Jurisprudencia en cuanto a la aplicación constitucional de la libertad religiosa. Evidentemente se quiere evitar el conflicto, pero este ya existe y se manifiesta. La promulgación ya es contestada con la expectativa de una derogación. O se atiende a la pluralidad social o se enardece el conflicto: como veremos para otras cuestiones: o se acepta un pluralismo social (y ya legal) tratando de comprender y tolerar los distintos posicionamientos sin tratar de exacerbar la descalificación mutua, o se va a recrudecer el conflicto llevando a vaivenes de victorias y derrotas políticas y legales. De un lado habría que aceptar que la heterosexualidad no es una normativa sino un deseo, como lo son los dedicados a un mismo sexo o género, y otros más diversos o «raros». Que una cosa es la convivencia heterosexual y otra la dominación patriarcal. De otro lado habría que aceptar que ya existen (legalmente también) varios tipos de matrimonio y familia, que ello forma parte de una pluralidad social que obtiene cada vez más legalidad. Que el problema es la violencia machista creada por la confluencia de varias aportaciones históricas, culturales y religiosas de diversos patriarcalismos. Que estos patriarcalismos están muy arraigados en la intolerancia como defensa ante la inseguridad de su prepotencia. En este sentido se hace necesaria una reeducación masiva en derechos humanos desde los parvularios hasta los

cementerios, para que se entienda. Pero al mismo tiempo debería descubrirse el tupido velo²¹⁷ que no deja que se acerquen unos colectivos a otros: poder conocer mejor los condicionantes socioculturales que llevan fatalmente a conductas feminicidas y análogas, conocer las motivaciones —no solo los hechos— para cambiar el cuerpo frente a la sociedad o la sociedad frente al cuerpo, conocer sobre todo los ideales de vida en paz y libertad de las distintas opciones de sexualidad y género, y poder dialogar entre ellas. Este es el sentido crítico de la interculturalidad.

Por ejemplo, hay que comprender mejor la susceptibilidad que en los valores heterosexuales producen los de las otras opciones. Todas las iniciaciones abren el camino —al menos formalmente— al ejercicio de la sexualidad. En algunos casos hay incluso iniciaciones sexuales *sui generis*, como las que supuestamente refuerzan la virilidad —incluyendo la heterosexual— a través de la homosexualidad.²¹⁸ A una reiniciación en la identidad de sexo y género —cuya motivación puede circunscribirse al rol en general— se le atribuye desde fuera una motivación eminentemente sexual, que es así en las identificaciones de la persona a través de su opción sexual. El agrupamiento de ambas posibilidades (LGTBI y pansexual)²¹⁹ hace que se presuma la prevalencia de la motivación sexual. Que la sexualidad vaya por delante como derecho frente a la condición de mero deseo de la opción heterosexual, ya de por sí muy disciplinada o reprimida, pue-

217 El *velo pietoso*, característico de la retórica de nuestra época, que critica Edoardo Albinati (Milán: Rizzoli, 2021). Albinati, descubre la voluntad de agresión que se esconde tras la defensa de la libertad de expresión cuando se ceba sobre minorías vulnerables (LGTBI+). Agresión que responde a la extrema inseguridad con los roles de los prototipos y estereotipos machistas. De paso, Albinati también cae en la cuenta de que la costumbre de los acrónimos (LGTBI+) para agrupar colectivos vulnerables a determinadas violencias, en realidad los clasifica y despersonaliza, como deshechos en un cajón de sastre. Lo sustancial del *velo pietoso* es que se fomenta la desigualdad social con amplias políticas (públicas y privadas) de discriminación y explotación de desventajas, mientras que al mismo tiempo se celebra la lucha contra esa discriminación en casos individuales. La prensa actual —puede que especialmente la italiana— refleja ese culto del individualismo airoso, en lo altruista, en lo artístico y en lo delincuente, como pasto de lectura de masas. Esto reflejaría una de las conclusiones maestras de Albinati: *L'ingiustizia diffusa in Italia viene resa sopportabile grazie al regalo di ulteriori e altrettanto diffuse ingiustizie: premi, sconti, condomi, prebende, esenzioni*.

218 Sobre los contrastes etológicos y de interpretación moral de la sexualidad: Carles Salazar, *Anthropology and Sexual Morality*, Oxford: Berghahn (2006).

219 No mencionamos la proliferación de más clasificaciones que se han dado sobre todo en los Estados Unidos.

de representar una afrenta a la libido patriarcal: un deseo que no se ha visto transformado en derecho sino a través de la disciplina matrimonial monógama. Así se entienden mejor varias reacciones escuchadas por doquier y publicadas en los periódicos, como si la libertad sexual fuera cosa de todos los deseos menos del heterosexual.

El futuro vivido según la introducción de un derecho a la reiniciación, si se mantienen los motivos del malestar por la asignación de roles bajo el poderío patriarcal, puede no ser satisfactorio. Si no se alteran de un modo revolucionario los prototipos y estereotipos del género masculino, femenino, indefinido, neutro o ambiguo, el malestar con los géneros o con los sexos reiniciados puede persistir. Si tenemos inculcada una mirada que impone unas determinadas máscaras clasificatorias sobre las personas, por más que cambiemos de máscara no obtendremos el poder para dejar de vernos enmascarados.

Retomemos la idea de palimpsesto patriarcal que teoriza Fotini Tsibiridou²²⁰ y que consiste en la sobrescritura de diferentes rasgos patriarcales según épocas sucesivas. Unos persisten de forma más o menos intensa, otros han quedado borrados y se escriben de nuevos. En general destaca una tendencia histórica en la que las formas de dominación y disciplina directas —sin desaparecer— van siendo sustituidas por formas de control social más indirectas, como ya se ha señalado para el ejercicio del poder (como «gobernanza») en general.²²¹ Las que no desaparecen, junto con las nuevas, producen una sinergia histórica que explica la coexistencia de «arcaísmos» e «innovaciones» en regímenes o situaciones de dominación patriarcal. Tsibiridou refiere una sinergia histórica que parece haber recorrido el periodo preotomano, otomano y posotomano. Etnográficamente significa una acumulación de formas de patriarcalismo que encajan muy bien con el superávit de poderío patriarcal que destacaba Marie-Élisabeth Handman en su investigación etnográfica:²²² un poder que se imponía con una cómoda hegemonía, puesto que se sostenía con actitudes tan atávicas

220 «On Honor and Palimpsest Patriarchal Coloniality in Greece, the Western Balkans, and the Caucasus: Anthropological Comparative Accounts from a Post-Ottoman Decolonial Perspective», *op. cit.*

221 Cf. Bilbeny, Norbert, e Terradas, Ignasi (eds.), *Ciudadanía bajo control*. Vilassar de Dalt: Icaria (2021).

222 *La violence et la ruse. Hommes et femmes dans un village grec*, La Calade, Aix-en-Provence: Édisud (1983).

como persistentes, gracias a sus sinergias con formas más modernas de dominación. A ello solo cabía resistir estableciendo márgenes de autonomía, algunos más tentativos que reales. En definitiva, la impresión colonial de larga duración, antigua o tan dilatada en el tiempo, que evoca la naturalización de un fenómeno sociocultural, se debe más bien a sucesivas sinergias históricas que lo refuerzan, no a perdurabilidades debidas a su ingénita fortaleza.

En general, puede decirse que determinadas connivencias facilitan dicha sinergia histórica. Así, resulta obvia la coincidencia entre el autoritarismo capitalista y el despotismo privado. Algunas sobrescrituras de dominaciones van en provecho de la misma dirección: el patriarcalismo mantiene algo de una época al adquirir un nuevo poder que no solo es congruente con el anterior, sino que lo refuerza. De este modo ha sido posible una parte de sinergia entre el patriarcalismo esclavista, el señorial, el de la disciplina capitalista y el de los liderazgos de tipo fascista o autoritario.²²³

9.6 Derecho vivido, Administración y burocracia

Si por una parte el Derecho puede desarrollar aún más los vicios clasificatorios, discriminatorios y cosificadores, también puede dejarse fusionar, por lo menos en parte, por la vida social en su mayor espontaneidad, en sus costumbres, fuertemente impregnadas de sociabilidades en común y con determinadas orientaciones morales. Esta fusión fortalece el Derecho, pero también puede debilitarlo: depende de si la actuación social lo invalida o, por el contrario, le otorga mayor encaje social. Ahora bien, en todo caso, no es lo mismo la fusión del Derecho con una moral, una religión, una ideología u otras. Puede que una moral o una religión otorguen una legitimidad al Derecho que es falsa para otra moral, ideología o religión. Así, con los conceptos de libertad y dignidad humanas, se han erigido edificios jurídicos y sociales muy diversos en las mismas democracias liberales, y ya fuera de ellas, todavía más diversos. Antropológicamente, hará falta siempre un contexto histórico determinado para apreciar el sentido jurídico de tales diversidades.

223 También se ha apuntado la sinergia entre la psicología de una personalidad autoritaria y un régimen político de corte fascista: Teodor W. Adorno *et al.*, *op. cit.*

Con las religiones sucede lo mismo: depende de cómo el poder clerical gestiona la moral y de cómo la moral religiosa influye en la legislación y en la jurisprudencia para apreciar perfeccionamientos del sentido de la justicia en el Derecho positivo o más bien lo contrario. Así acaba el Derecho significando una cosa u otra para la vida. Una tradición de tolerancia y de respeto por cada persona humana puede inspirar una jurisprudencia que debe enfrentarse a una legislación aparentemente rígida y acostumbrarla a dejarse interpretar, mientras que la tradición —o imposición— contraria imprime aún más rigidez a la ley interpretable.²²⁴

La dimensión temporal del derecho vivido significa dos cosas: una, que lo que en Derecho es un acto de corta duración va a repercutir en la vida de un modo continuado y a menudo con insistente pesadez. Así ocurre con la firma de una hipoteca o de un contrato de alquiler o de trabajo. Ocurre sobre todo en los casos en los que el negocio jurídico está condicionado por la desigualdad material entre las partes. Otra, cuando, por el contrario, el acto jurídico repercute brevemente en la vida, y no significa nada importante para la vida personal. Así ocurre en las compras de bienes y servicios de escaso valor para el poder adquisitivo de quien los compra. También, en el discurrir de un contrato en el que no se piensa casi nunca (con el proveedor de algún servicio estimado en escaso valor).

Ya hemos mencionado algunos casos de irrupción de la burocracia en la vida humana como factor de desestabilización y desgaste de la misma. De hecho, la afectación del Derecho en una parte considerable de la vida de las personas se debe más a los efectos de la burocratización de los negocios jurídicos y de la administración de justicia que a la acción del Derecho en sí mismo.

En general, cuando hablamos de burocracia hablamos precisamente de un problema, no de una solución, como de un obstáculo que se opone a la vida.

La burocracia se presenta, ante quien se le enfrenta como sujeto pasivo, como un poder que transforma de un modo extraño o difícil de comprender lo que se expone y solicita como derecho, queja o reclamación. A menudo ya disuade u obstaculiza la incoación de su gestión. Para el sujeto que se presenta para ser burocratizado, el poder burocratizante se le presenta conforme a cuatro ámbitos con variadísimas actitudes y conductas

224 Cf. Yasmin K. Syed, *The Legitimacy of the Past*, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona (2020).

de frenado, manipulación, obstaculización y dilación. Establecen vaivenes entre ellos que suman o multiplican la eficacia de estas actitudes y conductas. Estos ámbitos son básicamente las conserjerías y vigilancias, los auxilios administrativos, los filtros o reformulaciones de las secretarías y las jefaturas con poderes discrecionales de atención o dilación, obligación o gracia, presencia o ausencia y cumplimiento o favor.²²⁵ Actúan como instancias que muestran una constante inseguridad de competencias ante el público y una resistencia que el mismo público siente como la terca vocación para retener y poner en constante peligro el mortificado peregrinaje de la tramitación. Frente a ello destaca lo que se percibe como un acto de generosidad extraordinaria o de responsabilidad heroica, cuando el agente de la administración, secretaria o jefatura realiza su tarea con ánimo económico, diligente y de auténtico servicio público. Entonces solo queda la posibilidad de interpretarlo como favor de generosidad o amaño de corrupción.

En cuanto al poder para tramitar fácticamente, los burócratas de contacto más directo con el público suelen estar también parasitados por diversas actuaciones de control, auditoría, asesoramiento, formación, intervención, etc. Con ello se producen protocolos más complicados y eficientes en producir dilaciones y perplejidades. Es así como la burocracia disciplina a la población para las acciones de solicitar, ejercer derechos, reclamar y pactar, tanto en el sector público como en el privado. Para hacer frente al extraordinario crecimiento de la burocracia en todos los sectores y al barroco *grutesco* de sus formalidades se ha generado más burocracia: intérpretes y mediadores de sus usos, de sus abusos y de sus cambios constantes para mantener la inseguridad de los gobernados y dejar siempre algún margen para la consabida discrecionalidad y hasta arbitrariedad del Poder. Ya no basta con el tradicional leguleyo, ahora el ciudadano debe dejar en manos de gestorías, asesorías, consultorías, sin nombrar nuevos oficios con denominaciones esotéricas, lo que serían sencillas preguntas o comunicaciones que durante milenios se han resuelto en tratos y acuerdos cara a cara. Ciertamente que en la sociedad de masas se ha tenido que desarrollar todo un aparato que garantizara la veracidad y la obligatoriedad

225 Varios estudios etnográficos revelan los vericuetos del itinerario burocrático. Para el ejemplo de un investigador de Antropología jurídica ante la burocracia judicial: Juan Endara Rosales, *Las injusticias de la capacidad. Una aproximación etnográfica al derecho vivido en la incapacitación judicial*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona (2022).

de acuerdos, intercambios y obligaciones de todo tipo. Pero la sistematización de la desconfianza ha alcanzado un nivel tal, que es capaz de anular la confianza indispensable para que no se interrumpa constantemente la fluidez de la vida en común, sin la cual no se coopera, no se tiene iniciativa para cualquier acción positiva de bien común y también para muchas de interés privado y, a veces, esta desconfianza tan sistemática genera inseguridades de todo tipo para la simple convivencia.

El principal defecto de la actitud y organización burocrática del Derecho es la incompreensión: los operadores jurídicos que adoptan actitudes y expresiones burocráticas no comprenden a sus interlocutores profanos porque no se comunican con todos los aspectos de la vida de la persona en los que está influyendo el Derecho. La economía del lenguaje jurídico lo facilita. Por este motivo, el operador jurídico debe hacer un sobreesfuerzo para comprender y hacerse comprender. Debe explicar el estado de cosas para la vida según el Derecho y escuchar cómo se vive desde la condición de vida personal. La abogacía es la más cercana al desarrollo de esta actitud, pero también es la que —por economía de tiempo y de dinero— suele ser cómplice —a menudo forzada— de la incompreensión.

Por otra parte, existe la dificultad del operador jurídico para comprender la tesitura de los hechos, se mueve más cómodamente una vez que ya están calificados jurídicamente y puede argumentar a partir de principios jurídicos y con lógica jurídica.²²⁶

La percepción popular de la burocracia es la de un agente proactivo de incompreensión, cuya finalidad principal es la de establecer una barrera difícilmente franqueable entre unas condiciones de vida y unos objetivos normativos. La burocracia desatiende los obstáculos de inicio (suele expresarse de manera incompreensible mediante formalizaciones injustificadas)²²⁷ y lleva por caminos incidental o fatalmente incompreensibles. Requiere una confianza ciega. No es siempre malintencionada, ni mucho menos, pero sus propias formas de identificar, clasificar y ejecutar (administrar) son tremendamente recargadas. El motivo es que la burocracia es también burocracia de sí misma. Es un problema de la adminis-

226 Santiago González-Varas, comunicación personal.

227 El lenguaje de la burocracia estatal recoge excesos de formalismo, eufemismos y perifrasis que añaden más confusión al ya perjudicado lenguaje jurídico. Frente al lenguaje ordinario, impersonaliza lo personal, abstrae lo concreto y oculta lo obvio. Muchas veces da la impresión de que para igualar solo sabe decapitar.

tración —y se nota mucho en el Derecho administrativo—: un servicio fácilmente convertido en obstáculo porque ya se obstaculiza a sí mismo. Es por su prurito de integridad, seguridad y eficacia, que no para de controlarse. Es como si la función administrativa fuera encargada a personas y a fórmulas proclives a cometer errores y hasta cosas peores: se exige una depuración y autocontrol que colapsa la vocación y oficio de servicio. La administración lo sabe y lucha contra ello, pero sin demasiado éxito, porque no cede en la parte de control, cada vez más abrumadora. En la práctica se interpreta como un arma disuasoria en obtener derechos. Su actuación prototípica es la de disuadir para obtener subsidios, indemnizaciones, desgravaciones y bonificaciones. Desde este logro se proyectaría sobre el resto de actuaciones una conducta administrativa más cómoda con la improcedencia del trámite que con su eficaz ejecución. De aquí el empeño tradicional en adquirir «influencias» frente a la administración. Que la administración se desempeñe como servicio público anclado en un trato de igualdad depende de una voluntad moral y de la fuerza de una política subyacente. Según la moral social y el clima político, la administración puede estar más o menos influida por una desidia combinada con el patronazgo y el trato privilegiado, o por un trato de igualdad, respeto a los derechos de cada uno y a la eficacia de la buena fe en la ejecución administrativa.

Santiago González-Varas Ibáñez abre su *Tratado de Derecho Administrativo*²²⁸ destacando todos los aspectos relevantes sobre estas cuestiones. Advierte en principio la enorme importancia del conocimiento casuístico para detectar los problemas, porque nos los revela la jurisprudencia: *la verdad del Derecho no existe más allá de lo que se resuelve en la praxis*. Con esta perspectiva afin al realismo jurídico no es de extrañar que González-Varas apele al *case law* británico y ponga a la jurisprudencia de guía para aclarar los principios generales del Derecho administrativo. Con este apoyo jurisprudencial (que deduce principios generales del Derecho y que los plasma en doctrina) y el de los principios que establece la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público* (LRJSP) para el correcto funcionamiento de la administración, incide en el propósito de una administración eficazmente garantizada para la ciudadanía. Así destaca, precisamente en primer lugar, el antiformalismo, en contra de la im-

228 Santiago González-Varas Ibáñez, *Tratado de Derecho Administrativo*, Cizur Menor: Aranzadi, Thomson Reuters (2017).

sición de trabas formales: cita significativamente una STS (16 de febrero, 1979) en la que a pesar de su apuesta por la formalidad se reconoce que *todo formalismo es siempre un instrumento de la eficacia que pasa por la antesala de la desconfianza*. La desconfianza, esa distancia que otorga un sentido moral al formalismo, y hace que se perciba como afectación de la pedantería, del autoritarismo, cuando no ya un tiento del abuso de poder. El formalismo crea esta distancia popular con todo el Derecho, ya lo hemos mencionado como lenguaje de la incompreensión, porque cuando se quiere aclarar algo coloquialmente, solo se apela al formalismo que puede entenderse como un refrán. De hecho, el uso de las expresiones latinas en Derecho es a modo de refranero: verdades antiguas que la misma expresión, redonda y perfectamente inteligible, legítima.

Otro punto que destaca González-Varas es la interdicción de la arbitrariedad, la *irracionalidad* o la *irracional previsibilidad* que denuncian algunas alegaciones y que remite a aquellos rasgos tan temidos —y venerados— de las «influencias» o privilegios que amagan resoluciones «extrañas» o «contradictorias». La certeza jurídica y la racionalidad consecuente consigo misma en la argumentación deben dominar la decisión jurídica hasta destruir cualquiera de aquellos rasgos de atávica y contumaz reiteración. A ello se junta el defecto de la *desviación de poder*, cuando *solamente puede explicarse una resolución por afinidad política, ideológica o personal*.

Frente a estos defectos, la discrecionalidad técnica —en pos de objetividad— debe garantizar el predominio de su propia lógica argumentativa, lo cual ha de llevar a observar en todo momento la obligación de exponer la motivación de la decisión jurídica. González-Varas nos recuerda que dicha motivación no puede caer en la abundancia formal, justificándose con aparente exhaustividad y pormenores, sino que ha de ser lo más clara y contundente posible, *concentrándose en los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión*.

La *responsabilidad* y la *protección de la confianza legítima* exigen asimismo el tomar en consideración las expectativas (como señala la jurisprudencia citada por nuestro autor) que mantienen los particulares ante el poder judicial, que acostumbra a los particulares a esperar resoluciones en determinado sentido. Ello va unido al *principio de buena fe*,²²⁹ según

229 Buena fe, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad: art. 9 de la CE.

el cual cualquier cambio normativo debe manejarse sin perjuicio de los derechos que siguen protegiéndose, con lo cual se requieren disposiciones adicionales o transitorias para facilitar y aclarar jurídicamente las situaciones creadas. Asimismo, la buena fe tiene un alcance de fusión entre moral y Derecho que no siempre se tiene en cuenta. González-Varas la destaca con arreglo a la jurisprudencia: *la buena fe supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena; de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida*. Así, entre otras cosas queda establecido el gran principio romano favorable a la acción de ley, *in dubio pro actione*: no desdeñar la motivación jurídica de fondo que justifica la acción legal, no dificultar el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa por cuestiones de forma que pueden subsanarse y que no desdican para nada el buen uso del Derecho ante el conflicto. González-Varas sostiene *la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por un formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso*.

La Administración debe también evitar incongruencias, cambios de criterio que causan perjuicios y alteraciones que dañen a terceros. Ni ir contra los actos propios —que ya han creado realidades y expectativas— ni incentivar dilaciones, ni confundir el mantenimiento o desarrollo conocido de las cosas. Para ello son importantes, además de sus directivas o decretos sin equívocos,²³⁰ una actitud y lenguaje constantemente claros y también unívocos para evitar problemas o para hacer frente a los problemas y conflictos ya suscitados.

En capítulo aparte —aunque no puede separarse estrictamente de todo lo demás—: debe hacerse un frente a la corrupción, tanto en su excepcionalidad como en la fatalidad con que acontece en relación con determinados engranajes del sistema administrativo. No pueden soslayarse los puntos débiles de un sistema que pueden dar lugar a conductas corruptas, como por ejemplo los enriquecimientos injustos por excesos de obra o por fusión de empresas de servicios con actividades comisio-

230 Si una norma causa confusión (y, por supuesto, un acto o reglamento) ha de anularse, González-Varas *op. cit.* p. 85.

nistas, o por presupuestos aprobados con costos irreales o con unas incidencias previsibles ocultas o sin contar con todas las ayudas necesarias para la obra.

El *interés público* debe ser un valor preponderante para la administración pública y no puede corromperse con intereses particulares. *La buena administración pública* debe proceder de ese valor irrevocable dado al interés público y, consecuentemente (de acuerdo con los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), debe mantener con seguridad las *expectativas legítimas que todo ciudadano europeo tiene cuando trata con el poder público*. Otras fuentes de perplejidad e inseguridad vienen dadas por confusiones, solapamientos o duplicidades de competencias entre organismos o entidades administrativas (el tradicional reenvío a «otra ventanilla» y a otro lugar, circunvalando frecuentemente).

Por si faltaran problemas, González-Varas rubrica este repertorio (al que todavía pueden añadirse otros elementos que también menciona) con el conflicto entre el principio de libertad y el de seguridad ciudadanas. Frente a la L. O. 4/2015, de 30 de marzo, de *protección de la seguridad ciudadana*, conocida popularmente como *ley mordaza*, nuestro autor resuelve que la seguridad *no es un fin en sí mismo* sino un instrumento al servicio de la garantía de derechos y libertades (en una sociedad democrática avanzada). Promueve la mínima limitación de la libertad para conseguir la seguridad que garantiza entre otros derechos, también la libertad. La cuestión nos remite a Beccaria, quien constituyó el Derecho penal en base a un sacrificio mínimo de la libertad de todos los ciudadanos (estar vigilados, obedecer en límites o precauciones, aceptar cárceles) para gozar de la misma libertad con más seguridad. La tesis de Beccaria apuntaba al penalismo mínimo y a su concomitante sacrificio mínimo de libertad. Conseguir la máxima seguridad —siempre también para la libertad— con un mínimo de sacrificio de la libertad. El texto de Beccaria habla de libertad y seguridad para toda una población, no plantea la cuestión desde la desigualdad, porque en realidad lo que ha ocurrido históricamente es que el dilema entre libertad y seguridad se ha ido resolviendo al sacrificar la libertad de unos a favor de la de otros, que así obtenían también más seguridad para la suya. El itinerario de las democracias liberales, que Macpherson²³¹ muestra claramente, nos descubre los vaivenes entre el ideal

231 Crawford B. Macpherson, *Principes et limites de la démocratie libérale*, París/Montréal: La Découverte/Boréal Express (1985).

beccariano y la contraofensiva ejercida por una sociedad de clases, o de élites y masas (en esto da igual, lo que importa es la desigualdad ante un poder). Así, se oscila entre la tendencia a la igualdad, en la que la libertad tiende a significar lo mismo para todos, y la tendencia a la desigualdad, en la que solo unos tienen la seguridad para ejercer su libertad.

La realidad acaba mostrando sus diferencias según lugares y épocas. González-Varas nos alerta²³² sobre la tremenda variedad local de la seguridad/inseguridad jurídicas, a pesar de jurisprudencias de uniformidad jerárquica estatal. Inseguridad que es incertidumbre y falta de prospectiva para la libertad. Una especie de hermenéutica local tiene la última palabra —hasta las salas del Supremo pueden entenderse como localidades—, y la variedad interpretativa (que llega hasta los votos particulares que pueden derivar en nuevas mayorías juzgadoras) sigue prevaleciendo para desconcierto y perplejidad de muchos. Así, que solo falta añadir sociologismos, psicologismos, ecologismos, etc., a unas disparidades jurídicas para completar un *collage* en el que resulta difícil orientarse con seguridad.

Para el derecho vivido, lo más importante a retener es que el Derecho se presenta frecuentemente como una burocracia, como una institución rígida, carente de comprensión ante los avatares, los accidentes y las contingencias de la vida. Carente de comprensión ante la fluidez y las imperfecciones de la propia vida, sin contemplaciones ante las vulnerabilidades de las personas. Esta es la experiencia más importante del derecho vivido. Así puede entenderse mejor cierta reacción anárquica contra el Derecho: negarlo por injusto o por inútil. Dependerá de las experiencias vividas el decantarse por una reacción anárquica o por una regeneración del derecho, sobre todo porque en cualquier sociedad, si no hay instituciones regladas para resolver conflictos, solo domina el derecho más injusto, el de «la ley del más fuerte». En las sociedades con derecho o Derecho puede decirse que por lo menos no domina únicamente esta ley.

232 No solo en este tratado, también en: *Juicio a un abogado incrédulo. La aleatoriedad de la justicia como aleatoriedad de la vida misma*, Madrid: Civitas (2016).

10. KELSEN Y LA CUESTIÓN DE LA CERRAZÓN NORMATIVA DEL DERECHO

Kelsen publica su *Doctrina pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho* en 1934.²³³ En 1929 se había publicado *La concepción científica del mundo* o *Manifiesto del «Círculo de Viena»*. Dejando aparte lo poco que se conoce sobre la influencia directa de este manifiesto y de otros escritos en la misma dirección para la obra de Kelsen, lo cierto es que la coincidencia de la doctrina de Kelsen con el planteamiento neopositivista es evidente. Sostenemos una Antropología jurídica desde luego crítica con el positivismo y parte del neopositivismo excesivamente formalista, autoreferenciado, cerrado en sí mismo. Pero, al mismo tiempo, a diferencia del positivismo, el neopositivismo alberga una crítica más contundente contra la metafísica.²³⁴ Esta parte, además de plantear una nueva corriente de humanística, está más preparada para desarrollar el conocimiento empírico y analítico, el etnográfico en Antropología social y jurídica, que la crítica fenomenológica poco precavida frente a la metafísica.²³⁵ Así se da lo que puede parecer paradójico y es que Kelsen prepara

233 La versión italiana de Renato Treves (*Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turín: Einaudi, 2000), con sus prefacios y los apéndices de Kelsen, resulta útil para destacar la paradoja de Kelsen ante la Antropología jurídica: por un lado presenta una teoría «cerrada» del Derecho, y por otro una radical disposición a favor de reconocer la sociología del Derecho como una empresa científica y complementaria a la anterior. Es por ello que Kelsen es el teórico más útil, paradójicamente, para la Antropología jurídica: por su teoría sistemática del Derecho y por proponer a la Sociología (Antropología) del derecho un estatus de recorrido científico. Las *Lecciones americanas* de Kelsen se añaden a esta perspectiva: Hans Kelsen *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*, en Paolo Di Lucia y Lorenzo Passerini (eds.), Macerata: Quodlibet (2015).

234 Cf. Rudolf Carnap, «Le dépassement de la métaphysique par l'analyse logique du langage»; Hans Hahn, «Entités superflues», en Antonia Soulez, *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*, París: PUF (1985).

235 Wittgenstein es más bien una excepción, puesto que encara los fenómenos metafísicos a partir de sus expresiones empíricas. Así es como encara el ritual por sus manifestaciones

mejor el Derecho que Ehrlich²³⁶ para que se relacione de un modo realista con la Sociología, la Psicología, la Antropología, la Política, la Estética... Si no, desde Kant y Schopenhauer, lo que comienza con una representación realista del Derecho acaba en su disolución o «superación» metafísica. Schopenhauer hace naufragar toda la vivencia de la responsabilidad, que primero analiza con mucho esmero, en una metafísica universalista de la voluntad trascendente a cualquier individualidad.²³⁷ En cambio, Wittgenstein, al plantear primero su neopositivismo (*Tractatus*)²³⁸ cuando después parece desmarcarse de él, al tomarse en serio la metafísica —como sostienen Janik y Toulmin—²³⁹ lo hace con una gran precaución frente a la misma, privilegiando la experiencia empírica de la ideación metafísica (el empirismo del rito que evoca el mito). Por este motivo casi toda la fenomenología²⁴⁰ wittgensteniana sobre la religión es una psicología o una sociología empíricas y minimalistas sobre la misma.

Ahora bien, la cuestión principal va de valores históricos. El problema no es la religión, la moral, la política, etc., en sí mismas, sin más, las cuales, debido a su presumida naturaleza ajena al Derecho, lo corromperían necesariamente. No, el problema radica en su existencia histórica real, en

físicas, sus gestos y reacciones corporales inmediatas, no por su congruencia con las creencias mitológicas: se toma muy en serio la religión pero en su conexión y expresión física en el mundo. Cf. sus «Remarks on Frazer's «Golden Bough», versión de A. C. Miles y Rush Rhees, en *The Human World*, 3 (1971).

236 Para la confrontación tradicional entre Kelsen y Ehrlich, véase «Normativismo legalista y sociologismo: la polémica entre Kelsen y Ehrlich», en Gregorio Robles Morchón, *Ley y Derecho vivo...*, op. cit.

237 Cf. Arthur Schopenhauer, *Metafísica de las costumbres*, op. cit.

238 Cf. el análisis de Friedrich Waismann del pensamiento de Wittgenstein en relación con *La Concepción científica del mundo del Círculo de Viena: «Ludwig Wittgenstein et le Cercle de Vienne»*, en Antonia Soulez op. cit (1985).

239 Allan Janik y Stephen Toulmin, *La Viena de Wittgenstein*, Sevilla: Athenaica (2017).

240 Habría que matizar: la indagación de Wittgenstein tiene una parte muy analítica y empírica, y otra cercana a la *epojé*. Defiende tanto la duda como la interpretación contraria a la que critica. En términos de práctica científica, deja la investigación abierta. Así ocurre en su crítica a la *Rama dorada* de Frazer (op. cit.), en la que presenta la impresión inmediata de los fenómenos simbólicos y rituales frente a su interpretación mito-lógica o de fantasía histórica. Muestra cómo esta última está alejada de la realidad empírica, envuelta en sugerencias metafísicas. Dice por qué frente a esas sugerencias puede valer la interpretación de la inmediatez empírica, pero lo dice como una *ocasión* para adentrarse en la verdad (psicológica, sociológica) no como *certeza* de conocerla.

cómo estas a veces refuerzan el Derecho y a veces lo corrompen. El problema se da cuando la religión, la moral o la política están gobernadas por un fanatismo cruel y unos dogmas supersticiosos que transforman el derecho y la justicia en perversiones interesadas. La situación es la que claramente denunció Voltaire en un contexto histórico preciso, en su *Tra-tado sobre la tolerancia*. Fanatismo, intolerancia y superstición: violencia ideológica o religiosa que se vale del mismo derecho para imponer su poder; guerra contra los que no son del propio bando y adoctrinamiento a favor de la intolerancia. Entonces, en nombre de la religión, de la patria, de la familia o de cualquier abstracción apta para camuflar intereses poco confesables, se asalta el Derecho convirtiéndolo en esclavo de fanatismos y supersticiones económicas,²⁴¹ políticas o religiosas. El resultado obvio de esta invasión es la polarización del Derecho entre respetados privilegios y menospreciados derechos, entre el abuso del Derecho para un servicio fanático y su creciente alienación como servicio público. Pero el espectro etnográfico nos dice que, por otra parte, religiones con espiritualidades abiertas, con creencias inofensivas y de educación para el respeto, con morales de tolerancia y con políticas de compromisos responsables²⁴² ayudan, precisamente gracias a su interferencia con el derecho, a que sea más compatible con impartir justicia. La cuestión es que no es toda metafísica la culpable de la perversión del Derecho. Es que la metafísica dominante en Europa en las épocas moderna y contemporánea sigue presa de fanatismos e intolerantes irracionalidades (que sirven como útiles supersticiones de poderes económicos y políticos). El neopositivismo tiene que ver con la crítica a esa metafísica capaz de distorsionar el conocimiento científico y corromper el Derecho. Hay que situar las cosas en su tiempo. Kelsen²⁴³ expuso una epistemología frente al tratamiento de determinadas

241 Desde Holmes y Thurman Arnold, se ha denunciado con claridad en los Estados Unidos cómo las supersticiones del fanatismo capitalista han afectado al Derecho: Thurman Arnold, *The Folklore of Capitalism*, New Haven: Yale University Press (1960 [1937]); Sobre Holmes, Louis Assier Andrieu, *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*, París: Dalloz (2011).

242 Esta es la posición que ha defendido Raymond Firth para la función de la religión y la moral a partir de su experiencia histórica en Tikopia: cf. Raymond Firth, *The work of Gods in Tikopia*, Londres: LSE, (1967); *Essays on social Organization and Values*, Londres: LSE (1969).

243 Hans Kelsen, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come «nuove religioni»*, Milán: Raffaello Cortina

ideologías políticas como religiones, manifestando que había que reservar el concepto de religión para los fenómenos caracterizados por la creencia en seres divinos, no por la divinización o sacralización de ideologías o poderes políticos. Una cosa es la valoración metafísica propia de una religión, para una religión, otra el travestismo religioso de una ideología compuesta de intereses económicos y políticos, de ambiciones de poder y riqueza. Ahora bien: puede, como ha destacado Isidoro Moreno,²⁴⁴ que la investidura religiosa, o más estrictamente sacralizadora (distinguiéndola, como Kelsen, de la religión propiamente dicha) del poder económico llegue a equipararse, incluso a suplantar o a superar en reverencia y respeto a los que antes se debían al poder y a las manifestaciones de la religión. Con lo cual, el travestismo religioso —la sacralización— del poder económico se igualaría o superaría la sumisión que previamente habría alcanzado la religión (sin descartar la intrusión del poder económico y político en la misma).

Por otra parte, fijémonos en cómo la aparente cerrazón normativa de Kelsen ayuda en realidad al realismo jurídico que relaciona e incluso integra el Derecho en otras manifestaciones culturales. Porque resulta más difícil liberar al Derecho de perversiones metafísicas que de un formalismo cerrado sin otras pretensiones. El formalismo neopositivista es más fácil de criticar desde una postura realista, porque tanto el neopositivismo como el realismo jurídico comparten el respeto por lo racional y por lo empírico, cosa que no sucede con la metafísica que se impone en la historia moderna y contemporánea de Europa. Así, la teoría pura de Kelsen nos sirve —como el *Tractatus* de Wittgenstein— para abordar los

editore (2014). También la exégesis de Paolo Di Lucia y Lorenzo Paserini, «¿Religiones sin Dios? Hans Kelsen, antropólogo de la modernidad», en *Revista de Antropología social*, 24 (2015).

244 Isidoro Moreno ha analizado con detalle las sinergias y distinciones que el poder político, el económico y el religioso han establecido con lo sacro: «La exención de responsabilidad a los delegados del sacro: de sacerdotes, políticos, economistas y banqueros», en Ignasi Terradas (coord.), *Antropología jurídica de la responsabilidad*, Santiago de Compostela: Andavira (2011); «La Trinidad sagrada de nuestro tiempo: Mercado, Estado y Religión», *Revista española de Antropología americana*, extra 1 (2003); «Conflictos y consensos entre Religión, Estado y Mercado: las tres sacralidades de nuestro tiempo», en *La Sociologia Sovranazionale di Roberto Cipriani* (a cura di Constantino Cipolla) (2020); «Religiones, sacralidades laicas y globalización: el papel de las religiones en tiempos de sacralización del mercado», en J. J. Tamayo, *Religión, género y violencia*, Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía (2010).

aspectos que están fuera del «Derecho puro» sin ceder a metafísicas nada realistas.

De entrada, la «norma pura» de Kelsen, como sostiene Treves,²⁴⁵ es un «deber ser» racional, alejado del deber ser metafísico (virtud, estado de gracia, ruego por la salvación del alma) y de los hechos de la naturaleza que tampoco entendemos del todo racional y empíricamente. También, el Derecho no tiene que ver con la justicia, entendida como fenómeno de la moral que la trasciende. Evidentemente sí que tiene que ver con la justicia hecha por la jurisprudencia, como etnográficamente tiene que ver con la justicia que resulta de cualquier proceso social creado para obtenerla. Como decíamos, la crítica al formalismo neopositivista es fácil: incluso Kelsen no tenía inconveniente en admitir que las sociedades primitivas poseían un sistema jurídico,²⁴⁶ suscribiendo en realidad, valga la redundancia, una postura de realismo jurídico.

Si repasamos la doctrina pura del Derecho, podemos observar la consistencia que tiene la crítica kelseniana a la intrusión metafísica en el Derecho. Su posición frente a la validez y eficacia del Derecho supone establecer un criterio de consistencia científica (a la manera neopositivista del Círculo de Viena) y a la vez de relevancia social del Derecho, de su plasmación realista en la sociedad. Su crítica al iusnaturalismo es una crítica a la metafísica que comporta, cosa que no ocurre ni con las teorías de los derechos humanos²⁴⁷ ni con el constitucionalismo que los recoge. También, como señala Treves, el mismo Kelsen en la segunda parte de su obra reconoce varios límites del formalismo jurídico.

En definitiva, el formalismo y hermetismo jurídico kelsenianos son obstáculos menores para la Antropología jurídica, ante las metafísicas que disuelven los contenidos éticos y jurídicos en abstracciones puramente místicas, en ideas trascendentes que disuelven, en vez de expresar y encarnar derechos y justicia.

245 Renato Treves, «Prefazione», en Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turín: Einaudi (2000).

246 Cf. Hans Kelsen, *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*, op. cit., y Paolo Di Lucia y Lorenzo Passerini, «Hans Kelsen's Philosophy of Revenge», en Raúl Márquez et al. (eds.), *Vindictory Justice*, Cham: Springer (2022).

247 Que Norberto Bobbio también se ha esforzado en situar históricamente, no como una ética ahistórica: *Letà dei diritti*, Turín: Einaudi (1997).

El concepto de norma es básico para el Derecho y su filosofía. La normatividad es un universal²⁴⁸ en lo jurídico y en todos los demás ámbitos (religión, economía, política, ciencia, tecnología, cánones artísticos...). Lo normativo se expresa según varias terminologías. Por ejemplo, Lévi-Strauss, cuando habla de normas de parentesco escoge otra palabra, pero que viene a significar lo mismo, «regla». Él habla de reglas matrimoniales, pero hablar de reglas o hablar de normas, en muchos ámbitos, viene a ser lo mismo. A nivel etnográfico-jurídico lo que conviene saber es todo lo referido a la concepción y reglamentación práctica de la norma. Es decir, en qué se piensa, cómo se piensa la norma cuando se piensa en ella y cómo se desarrolla una conducta cuando se sigue la norma, se la transgrede o se pretende seguirla solo en apariencia, por ejemplo, cuando se sigue en un modo hipócrita, como solemos reconocer en nuestra sociedad. Pero, en otras sociedades, el significado y el comportamiento ante la norma son distintos. El caso más claro y a la vez algo complejo es el de los tabúes, etnografiados en varias sociedades.²⁴⁹ Así, tenemos tabúes referidos a los alimentos o a relaciones sexuales para los que existe una prohibición estacional o discriminatoria conforme a grupos o élites sociales, una tolerancia relativa (la transgresión no resulta sancionada socialmente, sino que se deja el castigo a una autoridad metafísica) y una transgresión ritual que reviste en ocasiones cierta obligatoriedad. A ello hay que unir la práctica de la transgresión incentivada por sociedades vecinas o colonizadoras. Ello no nos ha de resultar exótico cuando reconocemos el delito como pecado en nuestras costumbres: se puede perdonar y obtener indulgencias, se puede pecar sin delinquir, solo hay que responder ante Dios, y el pecado, y aun el delito, pueden cometerse en ritos de excepción, como en carnavales y en ámbitos políticamente consentidos como en los contratos de prostitución o del «turismo sexual».

El lenguaje del Derecho tiene, en principio, el compromiso de declarar la norma con la máxima inteligibilidad, así como la consistencia de su transgresión, pero ya hemos dicho que no siempre es así. Las decla-

248 Sobre la universalidad de lo normativo bajo varios términos y manifestándose como lenguaje o no: Lorenzo Passerini Glazel, *Le realtà della norma, le norme come realtà*, Milán: LED (2020).

249 Por ejemplo entre los andamaneses: Alfred R. Radcliffe-Brown, *The Andaman Islanders*, op. cit.; Vishvajit Pandya, *Above the Forest. A Study of Andamanese Ethnoanemology, Cosmology and the Power of Ritual*, Delhi: Oxford UP (1993).

raciones normativas suelen tener implícitos y presunciones de intención y conducta, cuando no prejuicios (especialmente de honda implantación cultural). El problema radica en la dificultad del Derecho para elaborar normas frente a *hechos*, a fenómenos que aún no son datos jurídicos. La jurisprudencia, con su interpretación, debe encargarse de ir ajustando la normativa legal a los hechos, calificarlos jurídicamente. Pero su cometido no es perfecto. Los hechos siempre tienen «recursos» para librarse de cualquier interpretación y explicación. La seguridad que ofrece el Derecho para el éxito social de la justicia descansa en un valor convencional, origen de la misma justicia en lo civil y en lo penal, la responsabilidad. La búsqueda de responsabilidad es la que establece jurídicamente personas interesadas, demandantes, demandadas, actoras, imputables, procesables y culpables. El derecho diseña un camino entre los hechos, las quejas y las responsabilidades. Este camino es universal: proceso, juicio o interacción reglada para transformar un conflicto.

11. NORMA Y PROCESO: DERECHO Y JUSTICIA

Con el trabajo de campo y con su resultado etnográfico en sociedades diferentes a la nuestra se ha ido descubriendo que no existe tanto la mentalidad que piensa que los conflictos se resuelven aplicando normas de un modo estricto o restringido, sino ajustando pareceres e intereses, partiendo de diferencias. Desde luego, alguna normatividad —aunque vaga u oculta— está presente, pero resulta más deducible de las expresiones, actitudes y conductas de los presentes en el rito para solucionar el conflicto que directamente manifestada como principio de aplicación sobre el conflicto. Tanto es así, que muchos procesos parecen más una transformación original del mismo conflicto que su resolución mediante la aplicación de unas normas externas al mismo. Se detecta un proceso creativo de lo que se conoce como justicia, o por lo menos resolución de un conflicto, mucho más, o casi exclusivamente, frente a la justicia como resultado de la aplicación de leyes en el proceso y para el proceso. Ello resulta más evidente en unas sociedades que en otras, particularmente cuando se recurre a procesos de tipo vindicatorio: basados en composiciones, reconciliaciones o venganzas autorizadas, contando con ordalías y combates judiciales. Pero incluso en litigios de carácter «civil» (para nosotros), en sociedades con algunas normativas bastante claras, se ve cómo en los procesos esas normas permanecen implícitas, cómo se mezclan criterios morales con jurídicos y políticos, y cómo el proceso goza de una importante autonomía, precisamente porque el estatus de las normas substantivas obedece más a un principio de inspiración o de referencia ético-jurídica que a un principio de aplicación estrictamente jurídica, en plan «técnico». Así lo podemos constatar en estudios como el de John Comaroff y Simon Roberts, que revisa la etnografía jurídica anterior de Isaac Schapera.²⁵⁰

250 John Comaroff y Simon Roberts, «The invocation of norms in dispute settlement: the Tswana case», en Ian Hamnett, *Social Anthropology and Law*, Londres: Academic Press (1977); *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago:

Se trata de dos tendencias que no llegan a ser absolutamente puras en sí mismas, pero que significan culturas jurídicas muy diferentes. Una va más en la dirección de la manifestación de contradicciones e intereses, de obtener consensos y disolver diferencias, de escuchar, discutir y deliberar, de apreciar el conflicto junto con las personas y su papel en la sociedad, de integrar cuestiones morales, sociales, políticas y aun de otra índole con lo que a nosotros nos puede parecer «más jurídico». La otra es la que caracteriza más a la administración de justicia, con una normatividad preparada para todos los conflictos —civiles, penales, administrativos— y para regir también los procesos para dirimirlos. Así se constituyen los campos fundamentales del mismo Derecho. Ahora bien, las etnografías jurídicas más completas en civilizaciones primitivas muestran —aunque conviene aclarar que en civilizaciones primitivas con jerarquías que ya tienen un poder legislativo— unos casos en los que las normas vienen claramente referenciadas y aplicadas, y otros en los que permanecen implícitas o apenas suscitadas. Así lo muestran los trabajos de Gluckman, Comaroff y Roberts.²⁵¹ Por lo tanto, ante conflictos «civiles» la presencia de normas substantivas es notoria, pero los procesos vindicatorios, que pronto analizaremos, revelan mayor poder creativo de derecho para los procesos.

La normatividad se aprende como deber, como motivación moral, como preceptos de socialización y como sanciones punitivas.²⁵² Su aprendizaje es más o menos sensible o inteligible: se sabe o se intuye lo prescrito, lo prohibido y lo no normativizado, y se comprende el por qué o se

Chicago UP (1981). Isaac Schapera hizo un esfuerzo notable de reconstrucción del derecho *tswana* pero forzando su encaje con el criterio estrictamente positivista del Derecho (Isaac Schapera, *A Handbook of Tswana Law and Custom*, op. cit.). Ello se entiende frente al contexto colonial: Schapera quería revalidar un Derecho «primitivo» de fácil marginación por parte del derecho colonial, pero esta actitud le llevó a ocultar una parte importante de ese mismo Derecho que quería salvar: la que traspasa fronteras y principios típicos del Derecho positivo occidental (la mezcla del derecho con la moral y la política, la mayor autonomía de la autoridad procesal, la fusión del derecho público con el privado...). Las aportaciones de Comaroff y Roberts han corregido en gran medida ese defecto.

251 Cf. John Comaroff y Simon Roberts, «The invocation of norms in dispute settlement: the Tswana case», op. cit.; Max Gluckman, *Custom and Conflict in Africa*, Oxford: Basil Blackwell (1965); *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, New Haven: Yale UP (1965); *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Mánchester: Manchester UP (1967).

252 Comaroff y Roberts han señalado también ese conocimiento clasificatorio en su etnografía jurídica entre los *tswana*.

encuentra absurdo, pero también cabe la ignorancia de por lo menos una parte de las normas del Derecho.²⁵³

Siguiendo a Lorenzo Passerini Glazel y a Amedeo Conte la realidad de lo normativo atiende a unas siete concepciones.²⁵⁴

- 1) La proposición que enuncia la norma según los varios modos de «lo que debe ser»: obligatorio, prohibido, permitido, facultativo o indiferente. Este sería propiamente el enunciado deóntico de la norma.
- 2) La referencia al anterior enunciado o a su posibilidad. No el dictado directo de la obligación, la prohibición, etc., sino una proposición que refiere, comenta, critica o enfatiza la norma en su enunciado. Esta sería una enunciación deóntica: hablar sobre lo que se dice o se dicta que debe ser.
- 3) La proposición deóntica en su versión más radical y con expresión de alcance universal. Con una semántica unívoca e irrevocable: característica de la máxima moral, del precepto religioso o espiritual en materia moral o de cualquier manifestación verbal o escrita de un imperativo categórico. Esta categoría de la norma sirve para distinguir su referente «legal» —más preciso en la historia y en la legislación— de su referente «moral» —más difuso históricamente e impregnado de mayor validez universal—.
- 4) El reconocimiento de un estatus deóntico para un estado de cosas convencional, para un orden social en el que las normas no son explícitas pero que pueden deducirse. Pueden constatarse *a posteriori* de un modo nomográfico (lo contrario de lo nomotético: la norma de un código legislado), describiéndolas y escribiéndolas como códigos de Derecho consuetudinario. Esta concepción normativa es de suma importancia para la Antro-

253 Cf. el ensayo ya clásico de Joaquín Costa al respecto: *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*, op. cit.

254 Lorenzo Passerini Glazel, *Le realtà della norma, le norme come realtà*, op. cit. Antecedentes en Amedeo Giovanni Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*, I, Turín: Giappichelli (1990). Otros desarrollos en Lorenzo Passerini Glazel y Paolo Di Lucia, «Towards a Sigmatics of the word “Norm”. An ontological turn in the Semiotics of the Normative», en *International Journal for the Semiotics of Law* (2022).

pología jurídica —Passerini lo destaca a propósito del derecho consuetudinario de la Barbagia sarda— puesto que refiere propiamente el trabajo de la etnografía jurídica: deducir normativas cuando no son enteramente explícitas, así como valerse de los conceptos etnojurídicos o «emic», los utilizados en las interacciones sociales ordinarias, y en su caso, traducirlos en contexto. Esta combinación es la que debe sustituir la forzada dicotomía entre el «substantivismo» y el «formalismo» en la Antropología jurídica. Se trata de una polémica que se engendró de manera bastante artificiosa para criticar la metodología de Max Gluckman, como si sus traducciones de los términos nativos restaran o pervirtieran significados y connotaciones. Como si interpretara todo el derecho de otra cultura en términos del prevalente en el mundo occidental. Como si utilizara un aparato analítico etnocéntrico y traicionara el sentido de la cultura jurídica nativa. Pero Bohannan, con su metodología presumiblemente etnojurídica, no consiguió revelar una originalidad cultural que supuestamente el método de Gluckman habría echado a perder. Gluckman ya combinaba conceptos etnojurídicos —como antes hiciera Schapera— con otros de valor analítico procedentes de la cultura jurídica occidental.²⁵⁵ La cuestión no es de exclusivismo metodológico: se trata de ver combinaciones más o menos acertadas. Así, Pigliaru podría haberse fijado más en el uso y sentido del término *sustizia* entre las gentes de la Barbagia, tal como Giovanni Cossu encontró (citado por Passerini), en vez de referirse a esa «justicia» siempre como *vendetta*. Desde luego, el arte de combinar términos descriptivos o analíticos de la cultura jurídica occidental con términos etnojurídicos requiere mucho acierto y flexibilidad. No puede postularse un método cien por cien exacto. Por ejemplo, el término *hybris* para la Antigua Grecia es intraducible, debe describirse y connotarse históricamente. Al mismo tiempo el término *dike* puede traducirse algo más fácilmente: como un sentido de la justicia que abarca

255 Véase la respuesta de Max Gluckman a esas críticas en «Reappraisal (1966)», en *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, *op. cit.* Para un estado de la cuestión en su momento álgido: los artículos editados por Laura Nader en *Law in Culture and Society*, Chicago: Aldine (1969).

desde lo que en otras circunstancias históricas sería la justicia, en la administración estatal de justicia, y la venganza en una sociedad vindicatoria.²⁵⁶

- 5) La norma como noema deóntico, como idea deóntica. La norma en su ideación: como cuando se propone en un parlamento o como cuando la debe imaginar un juzgador como si legislara, ante un vacío legal. Como ideación, la norma se revela en su más pura intencionalidad. Antropológicamente interesa este concepto en cuanto no corresponde a una proposición deóntica en un ordenamiento jurídico dado y puede obedecer, en cambio, a un criptotipo, a lo que en otro ordenamiento resulta más explícito verbalmente o por escrito (consuetudinario o legislado). La idea de cómo debe ser una conducta o de cómo debe corregirse de acuerdo con un «deber ser» puede presentarse de modo implícito o hasta subliminal. Puede corresponder, por ejemplo, a ideas de justicia o de posesión, muy arraigadas, pero no reconocidas en el ordenamiento jurídico. Lo veremos con ideas procedentes de los ordenamientos vindicatorios, explícitas en estos —como la venganza autorizada— y que entran como sustrato o criptotipo en el ordenamiento penal, a pesar de haberlas negado rotundamente. Pero los diferentes ordenamientos jurídicos no dejan de dialogar entre sí. Las atenuantes, agravantes y eximentes de la responsabilidad penal lo refieren en parte.²⁵⁷

Al estatus de ideación deóntica pertenecen actitudes y gestos que no se traducen en enunciados o proposiciones en los que se reconoce algún contenido jurídico, pero que, en expresión de Llewellyn, tienen «sabor a derecho»: ideas o actitudes que

256 Cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, op. cit. Lo veremos más claramente al analizar los ordenamientos vindicatorios. Resulta ejemplar la traducción contextual propuesta por Pedro Pitarch para el término *derecho* por un término más cercano a nuestro significado de respeto: Pedro Pitarch y J. López García, *Los derechos humanos en tierras mayas*, Madrid: Sociedad española de estudios mayas (2001).

257 Sobre este tema estoy preparando un nuevo libro en el que después de haber investigado el sistema vindicatorio en civilizaciones primitivas, antiguas, medievales y de particulares tradiciones en el mundo contemporáneo, expongo la vigencia de elementos vindicatorios tras el ordenamiento penal. En la historia de la jurisprudencia española contemporánea uno de esos elementos significativos es la atenuante por *vindicación próxima de ofensa grave*.

revelan un sentido de justicia o una protesta de derecho. Ello puede manifestarse en cualquier persona o grupo de personas y su extensión fenomenológica —con la duda siempre presente— alcanza a infantes y a muchos animales. Puede tratarse de coincidencias, de falsas impresiones o de sentidos de justicia y derecho más fuertes o intensos que los experimentados por las humanidades adultas o «maduras». Passerini refiere los estudios de Giuseppe Lorini al respecto.²⁵⁸

- 6) La norma como conducta deóntica, como un comportamiento «ejemplar». Como un modelo de conducta a seguir según la fórmula «el ejemplo de tal o cual personaje» o «el ejemplo de nuestros antecesores». Passerini considera que este referente para la norma puede hallarse también en el precedente judicial. Este puede actuar como ejemplo a seguir, ejemplo de interpretación y calificación jurídica de unos hechos.

Como conducta deóntica, la norma puede proceder extraída del *exemplum*, de un paradigma singular o ideal; o bien del comportamiento imitativo de las personas que se comportan «según la norma». El mismo concepto de normalidad implica un mimetismo conductista. Se trata de una entre-imitación en las apariencias conductuales: no por coincidir en la observancia de la norma, sino por un bucle de imitación recíproca.

- 7) La norma como objeto deóntico, algo muy próximo a lo anterior, pero en vez de tener como referente una conducta ejemplar, se tiene un canon que da origen a un prototipo. Esta acepción tiene un desarrollo interesante para la teoría de la alienación y cosificación en el Derecho: la norma generada como prototipo que suele ser estereotipo y hasta prejuicio, es decir, una representación normativa en la que los sujetos de derecho devienen objetos para su encaje jurídico. Entonces se representan con cualidades «canónicas» que los objetivan, para regresar más tarde (casi siempre demasiado tarde) a ser sujetos. Los protocolos ayudan a esos procedimientos de cosificación. De este modo, por ejemplo, se «objetivan» víctimas y delincuentes de

258 «Il comportamento nomico di animali non-umani», en *Sociologia del diritto*, 44(3) (2017).

determinados delitos, con lo cual se «aclara» su estatus a la vez que se economiza en los medios para determinarlo (la economía de los protocolos y de las fórmulas algorítmicas). Se trata de nuevas clasificaciones tipológicas que —como las lombrosianas— interpretan una apariencia según cánones como determinante fiable para la verosimilitud de intenciones y conductas, verosimilitud que condiciona la certeza.

Pero hay que confrontar todo este esquema normativo con la dinámica de los procesos sociales establecidos para dirimir conflictos, porque, insistimos, la etnografía jurídica tradicional suele deducir lo normativo después de lo procesal. Ocurre como si las normas fueran creadas y recreadas en los procesos, no que estos existieran para que resultaran aplicadas. Los mismos mitos de origen del juicio y la justicia nos hablan en esa dirección: la norma se inventa en el proceso. El famoso juicio de Salomón ejemplifica esta cuestión: la norma aplicable es una ocurrencia genial del juzgador. Las leyes serán acopios de jurisprudencia y, en general, históricamente así es. Desde el Código de Hammurabi hasta los códigos altomedievales, nos encontramos con soluciones jurisprudenciales que se van promulgando como leyes.²⁵⁹ La normatividad codificada procede de ciertas constantes o «casos ejemplares» de la jurisprudencia. Esa creación jurisprudencial de normatividad coincide con el *agire nomotrofico* expuesto por Passerini Glazel,²⁶⁰ el nutrir la normatividad con determinadas conductas, que en Antropología jurídica significan los procesos para dirimir conflictos u obtener justicia, en sociedades sin un Derecho desarrollado, *grosso modo*, a la manera positivista. En estas sociedades, el fomento de la normatividad, ese *agire nomotrofico* destacado por Passerini, esta nutrición normativa, se realiza mediante procesos que desde la óptica jurídica occidental resultan bastante informales. No es así, lo que ocurre es que mezclan recursos que nosotros tenemos diferenciados y distanciados discretamente. Así mezclan mediación con arbitraje y con juicio, derecho con moral, reli-

259 Cf. Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, Madrid: CSIC (2008).

260 *Le realtà della norma...*, *op. cit.*

gión y política. Cosas que aparentemente nosotros tenemos más diferenciadas. Por otra parte, lo que para las sociedades con ordenamientos vindicatorios son normas conocidas con conceptos correspondientes, como una composición o un perdón con reconciliación, o una venganza autorizada (i. e. con la fórmula *exeat inimicus*) devienen criptotipos²⁶¹ en nuestro ordenamiento penal, evocados a veces parcialmente como en la atenuación de responsabilidad penal por la *vindicación próxima de ofensa grave* o en las conciliaciones. El criptotipo resulta más notable cuando se presenta una alternativa al proceso penal estricto con la mediación o facilitación propia de la justicia restaurativa.

El proceso como forma social de reconocimiento y resolución de conflictos posee en las sociedades vindicatorias mayor poder nomotrófico, fomentador y creador de normatividad que en las sociedades con un Derecho positivista. Sin embargo, en sociedades como la nuestra, por lo menos la filosofía del Derecho también ha reclamado más capacidad y poder para el fenómeno procesal. Salvatore Satta²⁶² es de los que más han reflexionado sobre esta capacidad creadora de justicia del mismo proceso, de transformación del conflicto en algo distinto y que se reconoce como justicia (tanto del proceso civil como del penal). Con autores como Satta, la filosofía del Derecho procesal ha pensado esta cuestión más allá de las acciones de la equidad o de todas las virtudes que puedan tener los juzgadores. Se trata de la virtud del proceso como tal, como un ritual que, con sus propias pautas, transforma un estado de cosas a otro.

La virtud del proceso hace que a Satta le repugne asociar su poder de transformación con su excrecencia, especialmente en el Derecho penal, en el que la excrecencia (de lo procesal penal a lo penitenciario) parece contradecir la filosofía del juicio, parece degradar el nivel ético y ontológico alcanzado por el juego serio de las contradicciones, las pruebas y los testimonios, el juego de la *verdad* en sede judicial. A nivel de los valores del proceso, de lo que puede entenderse, aunque metafóricamente, como una capacidad de transustanciación, la excrecencia del proceso penal, *la*

261 Passerini (op cit.) trata el nomotrofismo de la venganza y del perdón cuando estos se realizan pero sin definiciones jurídicas explícitas y discretas.

262 Salvatore Satta, *Soliloqui e Colloqui di un giurista*, Nuoro: Ilisso (2004); *Il Mistero del Processo*, Milán: Adelphi (2013 [1949]); Salvatore Satta y Luigi Cavallaro, *Trattatello di procedura civile*, Milán: Giuffrè (2015).

pena, produce un efecto degradante del mismo proceso. Que acabe con una pena aflictiva revela una especie de caída vergonzosa después de la elevación conseguida con el proceso. Por eso Satta, entre otros (y la inercia de esta idea tiene consecuencias pragmáticas: sobre la firmeza y ejecución de las condenas), prefería aislar el proceso (especialmente el penal) de su obligada excrecencia, por la repugnancia del fallo (que parece obtener dispensa con el «debemos condenar y condenamos») después de haber tocado lo sublime en el proceso, en el ritual (palabra e idea con mucha inercia en el Derecho procesal).

Max Gluckman enseñaba que, sociológicamente, el «misterio» del proceso, su gran capacidad de transformación se debía a que de un modo ritual separaba lo que había estado unido (revuelto en el conflicto) para volverlo a unir después de un modo diferente. De ahí que el proceso ideal —el que transforma el conflicto en un fenómeno de una cualidad totalmente distinta— es el proceso compositivo, el cual transforma el conflicto en reconciliación, no vuelve a la violencia del conflicto inicial. Este regreso a la violencia que se da en el Derecho penal —con la pena aflictiva— es el que causa el malestar ético —y estético— y reclama otras salidas como las de la justicia restaurativa. Sin embargo, la realidad es más compleja. Del mismo modo en que en las sociedades vindicatorias existe, junto a la composición, la venganza autorizada, también subsisten en nuestras sociedades respuestas penales muy severas, acuciadas además por el «populismo penal» o criptotipo vindicativo. La persistencia en el tiempo de los diversos modos de encarar los conflictos hace que nos tengamos que plantear su reconocimiento y coexistencia.

Las etnografías de los procesos judiciales en otras civilizaciones, especialmente en las primitivas, han revelado varios rasgos que los caracterizan en parte como rituales, en parte como juicios y a la vez como «mediaciones informales».²⁶³ Que el juicio sea también rito no resulta exótico para la cultura jurídica occidental, que todavía reconoce la ley procesal

263 Dentro de un amplio repertorio: Karl Llewellyn y Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman: University of Oklahoma Press (1941); Peter Just, *Dou Donggo Justice. Conflict and Morality in an Indonesian Society*, Oxford: Rowman & Littlefield (2001); Robert M. Hayden, *Disputes and Arguments among Nomads*, Oxford: Oxford University Press (1999); Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, *op. cit.*; Verrier Elwin, «Baiga Jurisprudence» en *The Baiga*, Londres: John Murray (1939); M. N. Srinivas, *The Remembered Village*, Nueva Delhi: Oxford UP (1991); Aljoxami (Al-Jusani), *Historia de los jueces de Córdoba*, Granada: EAUSA (s. f.);

como ley ritual, pero sí lo resulta la imbricación del proceso judicial con interacciones sociales que se ven como mediaciones extrajudiciales de carácter informal. Ello se debe a varios factores, todos ellos relacionados con la importancia de reanudar una convivencia confiada entre personas que deben tratarse y cooperar cotidianamente, como es lo propio de sociedades de comunidad, no de masas. Así podemos entender mejor esos factores:

- a) La importancia concedida a la obtención de un consenso entre las partes y también con el criterio de los juzgadores: un objetivo que hace que, a ratos, el proceso se desarrolle «dando la razón» a las partes y, a ratos, interpretando a las partes de acuerdo con los criterios de los jueces.
- b) La autonomía de la deliberación, en la que pueden ocurrir argumentos de toda índole, «extrajurídicos», que sobrepasan los criterios restrictivos de un Derecho procesal positivo.
- c) El proceder según pautas rituales de purificación, solemnización y proxemias corporales simbólicas. Cosas que nosotros mantenemos en parte con los juramentos y las formalidades de las sesiones, pero sin que lleguen a interpretar las substancias jurídicas del proceso, como sí ocurre en otras civilizaciones. Podemos entender hasta cierto punto esta cuestión con nuestras normas sobre los quebrantamientos de forma. En otras civilizaciones serían quebrantamientos de la forma de los ritos; por ejemplo, en la fórmula o en los gestos de un juramento.
- d) La importancia del factor narrativo: algo también reconocido, pero *a posteriori*, en nuestras interacciones procesales (la construcción de los relatos). Cada cultura jurídica tiene sus tradiciones de relatos de verosimilitud frente a indicios, pruebas y testimonios. En algunas, esa verosimilitud se alcanza por su conformidad con relatos mitológicos o de revelación religiosa, con dogmas narrativos. Así, el haber ocurrido algo o haberse comportado alguien según el personaje de un mito, de una biblia.

Muhammad B. 'Iyad, *La actuación de los jueces en los procesos judiciales*, Madrid: CSIC (1998) [ed y trad. de Delfina Serrano]; Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, *op. cit.*

- e) La superación espacial y temporal de las sesiones de un tribunal, cosa que no siempre ocurre, ofreciéndose visitas y mediaciones con las partes en conflicto por parte de los mismos juzgadores y parientes intermediarios. Algo que no se considera que corrompa el proceso, sino que forma parte de este como proceso social completo. Ello va desde celebrar juicios en los lugares específicos de los conflictos y con la gente allí presente (como un tribunal de urgencias) hasta desarrollar el proceso por medio de visitas —para nosotros «informales»— a las partes, solo con la formalidad prevista para estas ocasiones.
- f) Las normas substantivas «aplicadas» por el proceso se crean y formulan o reformulan en las deliberaciones. En estas ocurren dudas y consejos que contrastan con la educación jurídica positivista, normalmente incapaz de refundar derechos, por entender que de este modo se usurparían tareas legislativas (aunque en la práctica la jurisprudencia pueda acercarse a la reinterpretación alejada de la intención del legislador o incluso a la derogación de normas legisladas).
- g) La normatividad como fenómeno jurisprudencial frente a la normatividad como fenómeno legislativo. En este sentido, las civilizaciones primitivas están algo más cerca de las tradiciones jurisprudenciales angloamericanas, y no es casualidad que los antropólogos de estos países hayan podido familiarizarse mejor con ellas. Precedentes, cierta ruptura a favor de la equidad para el caso, juzgadores de reconocida autoridad carismática para reconocer y resolver conflictos, racionalidad analógica y consultas espirituales: la serie de características propias de las jurisdicciones primitivas han encajado bastante mejor con la tradición jurisprudencial angloamericana que con la legislativa continental. Aunque estas dos tendencias no son tan puras en su realidad histórica, pero sí notables como culturas jurídicas que han influido a los antropólogos británicos y americanos trabajando especialmente en África y Asia.
- h) La presencia constante de una autoridad judicial, aunque se vea envuelta en fases de mediación en el conflicto, pero no por ello pierde su autoridad judicial, una autoridad que decide. Puede

haberse resuelto un conflicto en la fase de mediación y puede parecer que se ha resuelto por mediación, pero el «mediador» tiene la autoridad de un juez, y el conflicto puede haberse resuelto en fase de mediación o arbitraje, o en fase de juicio. No hay que olvidar que socialmente se trata de un juez y que, aunque el conflicto se resuelva en mediación, no pierde su autoridad como juez y ello cuenta para el éxito de la que quizás hemos de llamar «mediación» entre comillas.

Las etnografías revelan normalmente partes de ese sistema, algunas más y otras menos. Una de las aportaciones más comprehensivas es la de James Gibbs en su estudio sobre los kpelle de Liberia.²⁶⁴ En este trata de diferenciar dos jurisdicciones, la de los tribunales formales con claros medios de control y coerción sobre las partes, y la de los «tribunales» informales que no disponen de esos medios. Gibbs insiste sobre la distinción entre ambas jurisdicciones, constatando la formalidad y jerarquía en una y la informalidad y horizontalidad de poder en la otra.²⁶⁵ Le parece que en la formal hay jueces y sentencias y que en la «informal» hay mediadores y consensos. Pero si examinamos con detalle todo lo que expone vemos que no es así: en la «informal» hay una autoridad que también juzga y *decide* la resolución del conflicto: no actúa meramente como mediadora.

En principio, Gibbs caracteriza —siempre en sus términos— como informales y cuasilegales los procedimientos de reconocimiento y resolución de disputas, y los considera suplementarios de los formales. El *moot* o *house palaver* sería el más significativo. Ahora bien, y ello implica un fuerte paralelismo con las instancias judiciales euroamericanas en general, en muchas civilizaciones primitivas encontramos un nivel jurisdiccional equivalente a un juzgado municipal o de paz. El cual, según épocas históricas, ha tenido mayor o menor poder jurisdiccional sobre diversas materias conflictivas. En consecuencia, el juez de paz local ha actuado a veces más bien como mediador, como componedor, como árbitro o como juez.

264 James L. Gibbs, Jr., «Two forms of dispute settlement among the Kpelle of West Africa», en Donald Black y Maureen Mileski, *The social Organization of Law*, Nueva York: Seminar Press (1973).

265 Sobre los procedimientos «informales», y no tan informales, que establecen relaciones sociales de prevención, amortiguación y apaciguamiento de conflictos y su relación con las primeras instancias judiciales: Laura Nader, *Ideología armónica, justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, Oaxaca: Instituto oaxaqueño de las culturas y CIESAS (1998).

En el caso español, el juzgado de paz se instituyó como la parte básica del ordenamiento del poder judicial para intentar la conciliación en conflictos de carácter civil, pero admitiendo la autoridad del juez de paz como juez de juicios verbales y con poder para sentenciar y ejecutar las sentencias. Los límites para los conflictos civiles se establecían en el montante de los valores en litigio.²⁶⁶ Algunas etnografías revelan la tipicidad y variedad de los casos para estos juzgados.²⁶⁷

Los juzgados de paz han ido evolucionando de modo desigual en el territorio español, hasta llegar a periodos o «épocas de mediación» en que la designación local y municipal de los jueces de paz se ve amenazada por el concurso de los titulados en mediación.

Retomemos la etnografía de Gibbs. Insiste en la caracterización de los tribunales formales que ostentan su poder de coerción y que pronuncian resoluciones con suma autoridad. Frente a ellos, considera los *house parlaver* como un grupo «completamente ad hoc y cuya composición varía mucho según cada caso». Al comentar los casos, nos enteramos de que los «mediadores» en el *moot* son también autoridades gubernativas y judiciales de instancias superiores, y de que además pueden tener lazos de parentesco con alguna de las partes en el conflicto. No solo eso, sino que, a pesar de que Gibbs los considera mediadores, nos dice que *deciden* lo que deben hacer las partes. Ordenan composiciones y reconciliaciones junto con los dones (normalmente la bebida convencional para los encuentros) que deben ofrecer a los mediadores y a la audiencia presente en el proceso, que ha de ser público. Gibbs nos dice que normalmente el «mediador» es escogido por el demandante, el nombramiento recae en un pariente suyo que además tiene un cargo gubernativo y judicial. Gibbs reconoce que tiene experiencia en una jurisdicción que resuelve conflictos.²⁶⁸ El procedimiento de «mediación» del *moot* sigue todo un ritual procesal tutelado por el «mediador». Comienza con una bendición espiritual oficiada por otra de las autoridades locales. Se trata de un ritual de purificación y buen augurio para el desarrollo del proceso. La Audiencia

266 Cf. Marcelo M. Alcubilla, *Manual de las atribuciones de los Jueces de Paz*, Madrid: El Consultor (1857).

267 Cf. Xavier Roigé, «Parientes en el Juzgado», en Jesús Contreras, Ubaldo Martínez-Veiga, Isidoro Moreno, y Joan Prat (eds.), *Antropología de los Pueblos de España*, Madrid: Taurus Universitaria (1991); Laura Villaplana, *Terra, Costum i Conflicte*, València: Germània (2012).

268 Específicamente en las páginas 370 y ss. de la obra ya citada de Gibbs.

pública responde colectivamente a cada jaculatoria del oficiante. Gibbs considera que se trata de *una bendición para mantener la armonía y el bienestar de todo el grupo*.

Luego vienen los detalles «informales»: autoridades, litigantes y audiencia se sientan sin precedencias, juntos y apretados. No observan la «separación vertical» que se da en los otros tribunales entre jueces y partes. El «mediador» no se presenta con el uniforme de su cargo. Con todo, a los mayores se les pueden ofrecer sillas para que puedan sentarse con mayor comodidad como se hace en cualquier otra ocasión cotidiana.

El demandante es quien toma la palabra en primer lugar. Puede ser interrumpido por el «mediador» o por cualquiera de los presentes. Eso, sí, pidiendo siempre la palabra y siéndole otorgada por el «mediador». Luego, le responde el demandado, el cual también puede ser interpelado por cualquiera de los presentes. A partir de aquí, las dos partes pueden interpelarse recíprocamente junto con las intervenciones de cualquiera de los presentes.²⁶⁹ Lo mismo acontece con los testigos. Gibbs caracteriza todas esas interacciones como *lively and uninhibited*. El derecho es totalmente vivido.

Pero en medio de esa aparente informalidad, el «mediador» tiene autoridad para tutelar todo el proceso y puede multar a cualquiera que no siga sus órdenes de moderación. El punto culminante del proceso es una sentencia dada por el «mediador»: califica los hechos según un juicio ético y jurídico, y constriñe a una parte a disculparse ante la otra y a reconciliarse ambas. Ejerce pues un poder de calificación del ilícito y de decisión judicial.

Se trata de un proceso de tipo composicional²⁷⁰ en el que se establece (formalmente dice Gibbs) la reconciliación mediante dones de reconocimiento y reparación. Los dones de la parte declarada culpable son reci-

269 Fijémonos en que solo la literatura o el guion cinematográfico ha dado la palabra (normalmente exclamaciones) a las audiencias de los juicios, intervención que los jueces se apresuran a reprimir y, si es necesario, con amenazas de desalojar la sala. Sin embargo, la participación de la audiencia, a modo de coro, suele comunicar una imprecación de justicia o un arraigado prejuicio contra la misma, como un jurado popular cuyo voto es una interjección de aprobación o indignación. Una vez más, lo que en una cultura es reprimido u ocultado —aunque determinadas creaciones culturales lo reconozcan hasta cierto punto—, en otra es aceptado y forma parte de una participación pública.

270 Cf. el estudio general de Riccardo Mazzola sobre la composición: *Componere. Offesa e riconciliazione nell'ordinamento vendicatorio*, Milán: Giuffrè Francis Lefebvre (2020).

procados por los de la parte ofendida o perjudicada como muestra de su buena disposición y voluntad. La misma parte condenada debe ofrecer también un don al «mediador» y a la audiencia, una bebida que es degustada en presencia de todos. Finalmente, el oficiante espiritual vuelve a bendecir a toda la concurrencia, agradece a la divinidad la restauración de la armonía en el grupo e insta a los presentes a perseverar en ella. Todo se desarrolla como en una composición judicial.

Gibbs contrasta este desarrollo compositivo con el de los tribunales más formales, imbuidos de Derecho positivo, y que afectan a los hechos para conflictos más graves y delitos. Destaca la participación abierta y el aire de todo lo implicado en la disputa, en *el moot*, que los otros tribunales restringen; también su prontitud para tratar y resolver el conflicto; su celebración en la misma vecindad; la ausencia de uniformes de autoridad con sus efectos intimidatorios y el recuerdo de su poder de coacción; el protagonismo en la acción de todos los presentes, en vez de su remisión a los canales restrictivos del proceso «formal»; y, consecuentemente, la atención a los detalles «irrelevantes» para el proceso «formal», pero significativos para la vida de las personas.

Luego, Gibbs destaca también algo muy común en estos procesos «de comunidad» o de carácter vindicatorio: el trabajo del «mediador» para que su *decisión* (por lo tanto, de juez y no de mediador) obtenga el máximo consenso entre las partes. Se trata de un trabajo diplomático en el que el objetivo de reconciliación exige —para su eficacia real— que las partes vean como iniciativa de su propia voluntad lo que ha sido decidido por un tercero. Para conseguir esa actitud, el juez del *moot* debe empatizar y convencer de manera gradual, nunca abrupta, a las partes, especialmente a la que declara culpable o responsable de perjudicar a la otra. Para ello también debe mostrar algún fallo de actitud o conducta en la otra parte, para equilibrar —aunque simbólicamente— la situación y facilitar la disculpa y perdón mutuos y la reconciliación. Este trabajo del juez hace más duradera la paz entre las partes. Ello lo convierte aún más en juez que en mediador, puesto que compromete su autoridad con el éxito compositivo: es un juez que no solo decide conforme a normativas, sino que se exige a sí mismo un trabajo para que esas normativas (que han emergido en el proceso) parezcan también emergidas en cada una de las partes y en toda la audiencia. Es así como el juez infunde un acuerdo de justicia a toda una concurrencia, la enseña y la hace aprender. Este resultado es valorado por Gibbs como mucho más importante que las compensaciones materia-

les del proceso, que son de escaso valor, precisamente para hacer más fácil un reencuentro no oneroso entre las partes y con la autoridad judicial. La apariencia de informalidad es simplemente la mayor adecuación del proceso al derecho vivido, al que se comparte cotidianamente y de modo ordinario en la apreciación de lo justo y lo injusto.

Finalmente, Gibbs reconoce a la composición del *moot*, especialmente en conflictos familiares, un efecto terapéutico: «reeduca las partes a través de un tipo de aprendizaje social que es proporcionado en un lugar especialmente estructurado de relaciones interpersonales». Se trata de un locus psicodramático: allí —en palabras de Gibbs— todos los presentes se sienten alentados, en su agrupación social, para manifestar sus quejas y sentimientos. No tienen los límites que imponen los tribunales: pueden lanzar exclamaciones de recriminación, quejas con incongruencias, relatos intempestivos, digresiones subjetivas... Todo lo que otros tribunales reprimirían, prohibirían y castigarían como desacatos o infracciones contra el orden procesal. Se consigue un efecto catártico en la participación dramática de todos ellos, acercándose y alejándose del conflicto que se juzga, identificándose subjetivamente y pudiéndolo objetivar a la vez, en un clima de tolerancia para verbalizar quejas y amarguras. Un típico proceso compositivo de reconciliación en el que el objetivo de metamorfosis del conflicto consiste en que la parte declarada culpable se sienta satisfecha también con el cumplimiento que ha otorgado a la otra, y que esta haya aceptado toda la compensación o composición como suficiente para su padecimiento, sin sentirse acreedora de algo más.

Retomando el concepto de Turner, se trata de un drama social participativo, sin exclusiones ni privilegios de ningún tipo. Eso sí, con la dirección de una autoridad que trata de conseguir precisamente la máxima participación y consenso entre todos los presentes.²⁷¹ En esto consiste el éxito del proceso y de la autoridad que lo tutela. Una autoridad que acaba por decidir, es decir, sentenciar. Se trata pues de un «mediador» que no

271 Pompeu Casanovas ya ha señalado el «hambre» participativa en el normativismo del Derecho positivo, desarrollando históricamente elementos de derecho común: *Las formas sociales del Derecho contemporáneo: el nuevo Ius commune*, Barcelona: UAB, ICPS (1998). El mismo autor ha establecido un modelo complejo de derecho relacional y más participativo, teniendo en cuenta las bases de la Antropología jurídica: *Law as Knowledge: Anthropological Bases for the Regulation of the Web of Data*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona (2022); también en la misma dirección: *Sub lege pugnamus. De la Gran Guerra a les grans dades*, Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona (2017).

pierde su autoridad judicial y que la muestra en su fallo, con fórmulas como las que cita Gibbs: «De ahora en adelante no queremos oír nada más de vuestros altercados. Tú debes vivir en paz con esas personas. Si (tu esposa, o antagonista) acepta lo que la gente ha traído (la composición general que un grupo ofrece al otro) a ti te toca aportar cuatro gallinas y diez botellas de ron». Este tipo de procesos composicionales no invalidan de ningún modo la autoridad que los tutela, que es judicial, que controla la normativa procesal (por más abierta que sea) y que emite un fallo. Que solo haga de mediador es únicamente una impresión que puede dar por contraste con nuestra normativa procesal.

El presente etnográfico de la Antropología jurídica, el tiempo y el lugar del trabajo de campo que han dado lugar a las etnografías jurídicas más notables ha sido el de la observación de procesos de reconocimiento y resolución de conflictos por vías composicionales.²⁷² De Schapera, Llewellyn y Gluckman a Turner y Comaroff, entre muchos otros, tenemos un material etnográfico basado en dicha observación, a veces más restringida, a veces más amplia: Victor Turner es quien ha reconocido mayor amplitud a esos procesos, englobándolos con su concepto de *drama social* que referiremos en el próximo capítulo.

La observación de los procesos se impone etnográficamente a partir de mediados del siglo xx. Muchos estudios suelen llevar el nombre de proceso o procesos en sus títulos. A partir de entonces, la Antropología jurídica enfoca sus estudios en las formas y matices de esos procesos, que se entienden equivalentes entre ellos en sus objetivos sociales de obtener justicia o reconocer y resolver conflictos, que viene a ser lo mismo. Es así como se constituye un ámbito realista etnográfico: con las etnografías que describen y analizan hechos que se pueden comparar entre ellos y que tienen ese universal del reconocimiento y resolución de conflictos. Pronto se va descubriendo que la distinción procesal entre conflictos «civiles» y «penales» no se da con la nitidez que obtiene en el Derecho positivo. Ello es lo que nos ha llevado a establecer otro ordenamiento jurídico para todas esas sociedades, el ordenamiento vindicatorio. Se trata de otra cultura jurídica que pronto vamos a considerar. El estudio de los procesos revela la importancia fundamental que para todas esas sociedades obtiene el

272 Cf. Jane F. Collier, «Legal Processes», en *Annual Review of Anthropology*, 4 (1975).

concepto, que es idea, actitud y conducta, de responsabilidad.²⁷³ Está en la base de promesas y juramentos,²⁷⁴ pactos, y también en la petición de las responsabilidades criminales. Esto es lo que apunta hacia la fusión de lo que nosotros distinguimos como civil y penal.

Esta concepción centrada en la responsabilidad que se descubre en los procesos desplaza la idea de justicia hacia las de reparación o compensación, y también hacia las de apaciguar y reconciliar. Con estos conceptos se traduce mejor la idea de justicia para las culturas jurídicas vindicatorias.

273 Cf. Max Gluckman (ed.), *The allocation of responsibility*, *op. cit.*

274 Paolo Di Lucia ya ha señalado desde la perspectiva de la filosofía jurídica la universalidad de la promesa: *L'universale della promessa*, *op. cit.*

12. LA ETNOGRAFÍA JURÍDICA, LA CUESTIÓN PATRIARCAL Y EL DRAMA SOCIAL

Se habla mucho de etnografía en Antropología social y cultural, se obliga a todos los estudiantes a presentar trabajos etnográficos, se «vende» la Antropología por el «trabajo de campo» y por la etnografía resultante. Ahora bien: ¿cuántas etnografías se estudian? ¿Cuántas se publican de la enorme cantidad en que existen en todas las universidades del mundo? ¿Cuántas etnografías se tienen en cuenta a la hora de debatir temas de Antropología? O ¿cuántas se hacen con éxito para debatirlos? De la realidad del conocimiento etnográfico, desde el siglo XIX al XXI, podemos recabar un par de constataciones: que no todo el mundo sabe hacer —escribir— una buena etnografía y que las informaciones relevantes para la Antropología jurídica proceden tanto de unas pocas etnografías «buenas» como de otros documentos con referentes empíricos. Malinowski ya decía que si los trobriandeses hubieran tenido un registro de la propiedad (de posesiones en realidad), a él le hubieran ahorrado bastante trabajo de campo. De hecho, para el objeto de la Antropología social, el estudio de la variedad de formas de vida de la humanidad, la época del conocimiento propiamente etnográfico está en crisis. El mundo ha cambiado desde que Lévi-Strauss²⁷⁵ soñaba todavía con un universo en el que las comunidades pequeñas serían respetadas por las más grandes, con la prevalencia de una igualdad política reconocida según un Derecho internacional, y con un *distanciamiento físico suficiente* para asegurar el respeto y la tolerancia. Es decir, sin que los más poderosos se entrometan en las autonomías de las comunidades indígenas. Pero ya veía que lo que pronto acabaría por llamarse «globalización» destruía

los viejos particularismos, esos a los que hay que reconocer el honor de haber creado valores estéticos y espirituales que otorgan un alto precio a la vida,

275 Cuando publicaba en 1983 *Le regard éloigné*, París: Plon.

y que recogemos en las bibliotecas y en los museos como tesoros preciosos porque nos sentimos cada vez menos capaces de producirlos.²⁷⁶

La etnografía jurídica no procede únicamente de los trabajos que la anuncian explícitamente. En concordancia con lo que venimos exponiendo, puede haber mucha información interesante para la Antropología jurídica en etnografías que se presentan con un contenido aparentemente ajeno a lo jurídico. Además, el lenguaje de las responsabilidades, los derechos, los deberes y las obligaciones puede ser muy diferente de una sociedad a otra. De entrada, un gran número de etnografías «de comunidad», si son fieles a cubrir este ámbito, nos proporcionan una parte nada desdeñable de informaciones relevantes para la Antropología jurídica. Luego, hay que saber encontrar la información en trabajos etnográficos que aparentemente no tienen nada de jurídico. Sobre esto, la única pista que hay es la de seguir etnografías que van al grano de los asuntos y que no evitan enfrentarse a cuestiones arduas o comprometidas. Casi siempre contienen informaciones relevantes para los negocios y problemas jurídicos. Así, hemos podido apreciar la valiosa información que sobre la cultura jurídica vindicatoria arroja el trabajo etnográfico de Margarita Xanthakou,²⁷⁷ cuyos títulos e índices generales de sus obras apenas lo traslucen, pero se notaba enseguida que estudiaba los conflictos yendo al fondo de sus significados sociológicos, psicológicos e históricos. En una composición análoga de psicología moral y sociología histórica, João de Pina Cabral²⁷⁸ desarrolla su teoría de las *compatibilidades equívocas* entre dos culturas morales y jurídicas diversas (una portuguesa y otra china).

276 Malinowski enfatizaba aún más la necesidad de una formación antropológica para la propia ética y estética: *existe un criterio más profundo e importante que el gusto por la variedad de las formas de vida de la humanidad, es el afán de transformar este conocimiento de la variedad en sabiduría... Nuestro objetivo final es el de enriquecer y cimentar mejor nuestra propia cosmovisión, comprender nuestra naturaleza y perfeccionarla intelectualmente y artísticamente* (*Argonauts*, *op. cit.*, pp. 517-518). Esta necesidad occidental de preservar otras culturas para beneficio cultural de la propia implica necesariamente su respeto. Sobre esta cuestión cabe preguntarse también en la actualidad quiénes preservan y respetan más los legados indígenas, puesto que raramente son los que los colonizan, controlan y manipulan desde más cerca.

277 Margarita Xanthakou ha estudiado varios pueblos del territorio de lo que había sido la antigua Esparta, en torno a los montes de Taigeto: *Mémoires grecques*, París: Hachette (1993); *Identités en souffrance*, París: Odile Jacob (2007).

278 El título manifiesta certeramente el locus para esas compatibilidades equívocas: *Between China and Europe*, *op. cit.*

Para elaborar una Antropología jurídica sólida, resulta necesario contar con un enfoque histórico. De hecho, a pesar de las comprensibles reacciones del periodo funcionalista en Antropología social contra el historicismo decimonónico, dado al conjeturalismo de los autores de ese periodo, el conocimiento histórico resulta también indispensable para teorizar en Antropología social. En la Antropología jurídica no solo las costumbres y las leyes, sino también la jurisprudencia, en el sentido más amplio de la palabra, proceden en su mayor parte del pasado. Sin un conocimiento del pasado no puede saberse por qué determinados órdenes sociales o costumbres normativas tienen más peso o más lastre que otras. Por qué unas cuestan más de cambiar que otras y por qué, a pesar de consensos, hay irrevocables discrepancias y reacciones muy violentas, hasta criminales. Positivamente, las construcciones legales y jurisprudenciales proceden en gran parte del pasado. Muchas instituciones proceden de un pasado bastante lejano y llegan a la actualidad con pocas modificaciones. Por ese motivo, gran parte del Derecho romano resulta eficaz para discutir problemas actuales de Derecho privado.²⁷⁹ Aunque el conocimiento del Derecho romano gravita entre un idealismo normativo, como el criticado por Ramis y un realismo histórico más cercano a obras como las de Orestano.²⁸⁰

¿Por qué el Derecho romano, y solo el civil, es la gran excepción para la Jurisprudencia comparada universal que Maine y otros juristas habían concebido? ¿Por qué el romano, y no el griego o los de la antigua Mesopotamia? Esta cuestión es relevante para comprender mejor las dificultades de la etnografía jurídica en civilizaciones distintas a la nuestra. Porque la elección del Derecho romano para quedar integrado en los estudios de Derecho no dependió únicamente de la documentación jurídica disponible, de los tratados de los jurisconsultos y de las compilaciones que llegaron hasta nosotros. El Derecho civil romano es recreado sobre todo en el siglo XIX europeo cuando este acaba de comprometer el Derecho con los códigos

279 Aunque conviene precaver contra los actualismos que ya desde el siglo XIX el liberalismo conservador ha introducido en el Derecho romano histórico, descontextualizándolo. Rafael Ramis ha criticado concienzudamente esta tendencia del idealismo jurídico ahistórico: «En torno a la Antropología jurídica romana», en *Revista de Antropología social*, 24 (2015).

280 Riccardo Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Turín: G. Giapichelli editore (1967); *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bolonia: Il Mulino (1978).

civiles y penales concomitantes al orden social postrevolucionario: después de la transformación napoleónica de la Revolución francesa.

A partir de entonces prevalece un Derecho romano muy ahistórico, idealizado a lo largo del siglo XIX y hasta la actualidad. Se erige en guía o modelo de reflexión para el Derecho civil. En términos realistas, ocurre que sencillamente es sobre todo un derecho de ricos y para ricos.²⁸¹ Tiene un sujeto de derecho paradigmático, el paterfamilias, ubicado en una encrucijada de sucesiones y contratos de todo tipo, con una responsabilidad patrimonial que parece inalterable. En esto coincide con los ideales jurídicos del propietario rentista o capitalista contemporáneo. Esta es la cuestión. La independencia del paterfamilias, su fundo alodial y su patrimonio sagrado, inalienable por un deber religioso (tema de Fustel de Coulanges) encaja con el ideal jurídico del sujeto liberal-conservador, con su tendencia a evitar cargas y fiscalizaciones de todo tipo y a tener que habérselas únicamente con, por lo menos, sus iguales en fortuna y poder. Negocia desde la igualdad cuando no puede hacerlo desde la superioridad. Es un propietario necesitado de compromisos y, en todo caso, de arbitrajes, más que de tutelas y juicios. Pero este derecho romano aburguesado ha pasado por alto algunas cosas importantes y efectivas de su realidad histórica. Por ejemplo, que la obligación se contraía ante la vigilancia de una autoridad procesal²⁸² o que el régimen de esclavitud formaba parte del proceso de patronazgo con los libertos,²⁸³ y que la *patria potestas* sobre hijos y mujeres estaba constantemente modificada por la gestión del patrimonio, la cual implicaba la participación de hijos, madres y aun de esclavos (cosa que explica su movilidad a libertos y clientes, junto con los parientes pobres).²⁸⁴ Esto quiere decir que también los romanos necesitaban de la autoridad de un tercero, de jueces con poder coactivo o intimidatorio, para dar razón y dirimir los conflictos entre los mismos patricios, porque en cada caso podía influir algo de desigualdad o prepotencia a favor y en contra de una de las partes. Además, el mismo interés por la expansión económica de los

281 Opinión que me ha recordado más de una vez Ramón Perfecto Rodríguez-Montero, preclaro investigador y profesor de Derecho romano y del consuetudinario y civil gallego.

282 Giuseppe Falcone, «Obligatio est iuris vinculum», *op. cit.*

283 Francesco De Martino, *Storia Economica di Roma Antica*, Florencia: La Nuova Italia Editrice (1979).

284 Francesco De Martino, *id.* Cf. Ignasi Terradas, «La sociedad romana en la época del ordenamiento vindicatorio», en *La justicia más antigua*, *op. cit.*

fundos o fincas agropecuarias transformaría pronto el reducto cerrado y estanco de la esclavitud en explotaciones algo más autónomas con el establecimiento de colonos, libertos y clientes que, sin salir de la sujeción de un patrono, ya eran sujetos de diversos derechos.²⁸⁵ Tanto era así, que en las antiguas leyes de las Doce Tablas hay una disposición tremenda contra el patrono que despoja o estafa a su cliente: *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto* (VIII, 21) es decir que autoriza al cliente a vengarse²⁸⁶ de su patrono (su vida ya solo queda protegida por los dioses).

12.1 Las sobrescrituras normativas del patriarcado

Retomemos la idea de palimpsesto histórico de Fotini Tsibiridou que ya hemos expuesto con anterioridad y tratemos de separar, analizar varios patriarcalismos históricos que han compuesto una especie de estratigrafía en la que lo contemporáneo sigue enraizando y nutriéndose.

Si salimos de la Roma de los patricios y vamos a otras sociedades en las que a primera vista existe un orden patriarcal, uno se encuentra con que el patriarcado es más bien un ideal de dominación masculina.²⁸⁷ En la práctica no puede realizarse siempre del modo que se pretende.²⁸⁸ Los imponderables de la vida humana se resisten a ello. Son las mujeres las principales valedoras del realismo frente a esos imponderables, que significan preocupación y cuidado frente a la vulnerabilidad de la vida humana (con independencia de la arbitrariedad en tal atribución). La dominación masculina o patriarcal solo consigue efímeras apariencias de seguridad. La permanencia de las «constantes vitales» de la sociedad ha precedido en la historia con signos femeninos. Esta es la constatación antropológi-

285 Cf. Francesco De Martino, *op. cit.*

286 La venganza autorizada será tratada en el capítulo sobre justicia vindicatoria.

287 Precisamente la obra de Bourdieu *La domination masculine, op. cit.*, alterna un patriarcalismo ideológico (que sitúa en la Cabilia) con evocaciones de hechos que están sujetos a lo que denomina violencia simbólica, que equivaldría a la acción implícita de una ideología patriarcal en las interacciones sociales. No muestra un acoplamiento perfecto entre una ideología totalitaria patriarcal y la realidad social, sino la influencia hegemónica de dicha ideología. Estos aspectos son importantes para constatar la resistencia social que existe en todas partes frente a las pretensiones patriarcalistas.

288 Así lo sostiene Ladislav Holý en su etnografía sobre los berti del Sudán: *Neighbours and Kinsmen. A study of the Berti people of Darfur, op. cit.*; *Religion and Custom in a Muslim Society. The Berti of Sudan*, Cambridge: Cambridge University Press (1991).

ca desde Bachofen hasta la actualidad de la Antropología feminista en su evaluación crítica de los géneros.²⁸⁹

Más que un despotismo patriarcal estricto, en el que los cabezas de familia detentan un régimen de opresión y explotación constantes sobre sus familias y rigen la sociedad como patronos, encontramos logros parciales de dicho despotismo. Siempre hay mundos femeninos aparte y resistencias sociales o individuales: el régimen resulta insoportable al bienestar e integridad de los cuerpos humanos. Si se implanta un patriarcado totalitario, con todas sus consecuencias, se desarrolla como un régimen de abusos criminales constantes. En vez del ideal totalitario suele dominar más bien un patriarcalismo, una ideología que no se realiza en su perfección tiránica. Por eso las etnografías —como las de Abu-Lughod—²⁹⁰ suelen destacar al lado de los patriarcalismos —sin negar su eficacia opresiva— culturas y mundos sociales alternativos, protagonizados por mujeres. Culturas y mundos sociales que resisten y crean.

El patriarcalismo ha establecido como dominación lo que ha sido más bien una segregación y un conjunto de discriminaciones respecto a la mujer, junto con una parte importante de servidumbre y explotación. Pero ha sido a costa de sufrimientos, insatisfacciones y malestares de las mujeres, y hasta de rebeliones violentas por su parte. El malestar, sufrimiento y protesta de las mujeres ha agitado el bienestar del hombre. Este no ha podido contar irrevocablemente con su pacífico sometimiento, por lo que su razón práctica le ha llevado en muchos casos a optar por transigir, negociar o abandonar en gran medida su proyecto de dominación patriarcal. De hecho —y de Derecho—, la dominación patriarcal más absoluta se ha manifestado como criminal o con leyes que han dispensado y legitimado hasta cierto punto el crimen (como las que castigan levemente al marido que mata a la esposa adúltera).²⁹¹ Además, las relaciones reales —tanto en

289 Cf. Mari Luz Esteban y Jone M. Hernández, *Etnografías feministas*, Barcelona: Bellaterra (2018).

290 Lila Abu-Lughod, *Veiled Sentiments*, Berkeley: University of California Press (1988); *Writing Women's Worlds*, Berkeley: University of California Press (1993).

291 *El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a esta o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena.* (CP, 1870, art. 438). La pena de destierro consistía en domiciliarse a 25 o a 250 km del lugar de los hechos y por un tiempo de 6 meses a 6 años según la estimación que hacía el Tribunal de la responsabilidad penal individualizada en la persona del reo.

matrimonios como en otros ámbitos— se han llevado fuera de los cánones patriarcales más rígidos, de otro modo, la economía familiar, el *económico* de Aristóteles, hubiera fracasado.

El derecho patriarcal más intransigente ha sido un sueño que acabaría suicidando muchos patrimonios, tanto en la Roma histórica como en la proyectada por el conservadurismo liberal. Estudiando se descubre un Derecho romano histórico bastante más alejado del idealismo patriarcal de lo que se cree, atendiendo únicamente a doctrinas como la ciceroniana. Incluso con el Derecho romano —y más si atendemos al penal o vindicatorio— fallan los presupuestos del Derecho positivo con respecto al régimen de propiedad más absoluta,²⁹² y fallan mucho más en otras sociedades. Ni propiedad, ni sucesiones ni contratos existen según los ideales romano-positivistas del liberal-conservadurismo.²⁹³

Entendemos que se da un desarrollo simultáneo de la Antropología jurídica y de la Antropología social cuando se extiende sin límites el ámbito comparativo del derecho. Entonces comparamos nuestro Derecho, no solo con el romano histórico, sino con otros derechos de la antigüedad y además con los derechos de las civilizaciones primitivas. Esta comparación obliga a tratar la materia, no solo jurídicamente, sino también políticamente, económicamente, éticamente, sociológicamente y culturalmente. Juicios, arbitrajes y mediaciones van con rituales, mitologías y con representaciones de artes plásticas o teatrales. Gracias a este conglomerado, la Antropología jurídica debe ser simultáneamente social y cultural. El hábito para un conocimiento etnográfico inteligentemente inespecializado es el más capaz para relacionar todos esos aspectos.

También es necesario asomarse con interés a la historia para descubrir que el pasado jurídico no es exactamente como suele representarse. Se revela más variado y contradictorio de lo que la idea de «etapas quemadas o superadas» suele hacer pensar, especialmente cuando se inauguran épocas con la ilusión de una excesiva ruptura con el pasado.

El conjeturalismo del siglo XIX erró en varias calificaciones históricas. Pero si se le trata de un modo análogo al de algunos mitos, nos encon-

292 La «sacrosanta propiedad» que refiere Rosa Congost frente a unas realidades posesorias más complejas y flexibles: *Tierras, Leyes, Historia. Estudios sobre «la gran obra de la propiedad»*, Barcelona: Crítica (2007).

293 Digo esto como guía crítica sobre la cuestión. Entrando en detalles hay diversos matices en lo que concierne la ideología, el derecho y la clase o élite social.

tramos con hipótesis contrafactuales interesantes y esclarecedoras, por el momento, de procesos históricos poco conocidos. Eso significa también una ayuda que interesa al conocimiento etnográfico. Se trata de aplicar la filosofía del «como si»²⁹⁴ sobre todo a las conjeturas de Maine y Bachofen, con el fin de dotar a sus hipótesis históricas de un sentido válido para la sociedad moderna y contemporánea. Porque una cosa que se pasó por alto al criticar el conjeturalismo de Morgan, Bachofen o Maine, es que si bien erraba en la reconstrucción histórica, tenía mucho sentido para la filosofía crítica de la historia, tal como ya hemos considerado con anterioridad.

Una de las controversias principales del inicio de la Antropología social y jurídica es la que, en síntesis, oponía el patriarcado al matriarcado en los orígenes de la humanidad y con posteriores e incesantes consecuencias. Recordemos que Bachofen,²⁹⁵ valiéndose de la interpretación de la mitología como alegoría de realidades históricas, junto con el acopio de etimologías, genealogías y expresiones simbólicas de las antiguas religiones, concluyó con tres tesis principales:

- 1) Que el primer acto de Derecho natural es la responsabilidad que la madre ejerce con su hijo, amándolo, alimentándolo y cuidándolo. La equidad natural procede de la prelación por el hijo más pequeño, el que —con independencia de sus actos— es el más vulnerable.
- 2) Que el Derecho paterno es artificial, procede del concurso que toma un hombre en la responsabilidad iniciada por la madre respecto a sus hijos. Este es el inicio de la responsabilidad y de la obligación en Derecho civil. El hombre, que la mujer aceptará o reivindicará como padre, acabará por entrar y compartir la responsabilidad materna de modo preventivo a través del matrimonio.
- 3) Consecuentemente, el gobierno natural de la humanidad debió estar precedido por el poder de la maternidad. El derecho de

294 Concebida por Hans Vaihinger: *La philosophie du comme si*, París: Kimé (2008 [1911]).

295 En *Le Droit maternel*, *op. cit.* El problema de esta ingente obra es que sus tesis se hallan diseminadas por todo el libro, aunque en algunos pasajes más que en otros se presentan de un modo más explícito. De hecho, Bachofen tuvo a bien ordenar sus capítulos según áreas geográfico-históricas para mostrar mejor la base empírica de sus hallazgos.

las mujeres como madres tuvo que anteceder al de los hombres como padres. El advenimiento del patriarcado supuso una revolución artificial contra el poder y derecho de la maternidad natural. La humanidad evolucionó desde la institución materna como primer vínculo generador de responsabilidad, obligación y derecho hasta las instituciones patriarcales, que impusieron creencias, convenciones y normas metafísicas por encima del derecho natural de la maternidad.

El corolario filosófico-teológico de estas tesis desarrolla los temas de la ginecocracia o matriarcado como principios naturales atacados luego por las ficciones jurídicas patriarcales. La Tierra materna no cree en el espíritu y en su inmortalidad. Cree en los nacimientos como oposiciones a la muerte, en la regeneración constante de la naturaleza, en el eterno retorno de la vida. La madre procrea frente al Dios que crea y muere. La inmortalidad es una falsa suspensión de la procreación. Bachofen, después de exponer todos los valores y la lógica del derecho materno, cede a la superioridad «espiritual» del patriarcado como valor ético superior al del matriarcado natural. La mayor parte de su obra está encaminada a glosar las virtudes matriarcales, pero luego, una pequeña parte «obligada» cede a la «indiscutible» superioridad del patriarcado. Detrás queda la ginecocracia presidida por divinidades como Deméter con su orden natural y su equidad materna. La confrontación con la hostilidad de los «padres» generará un amazonismo vindicativo y heroico para salvaguardar el orden natural materno. El patriarcado triunfará entre una venganza dionisiaca y una paz apolínea. El Imperio romano representará el triunfo definitivo del patriarcado en la familia, el derecho y el estado. Lo cual coincide con la expresión más castiza del derecho patriarcal, que ya hemos referido según McLennan y Fustel de Coulanges.

Frente a estas tesis encontramos las que simplemente asientan el origen natural del patriarcado en la superior fuerza física del hombre sobre la mujer y en la natural dependencia de esta respecto a unos hombres para protegerse de otros. Podemos decir que el derecho patriarcal más castizo parte de la constatación de la superioridad física del hombre. Con lo cual el derecho paterno ya no es el acceso al primer acto de responsabilidad jurídica y natural —el de la madre— sino el ejercicio regulado del poder superior que tiene el hombre, por naturaleza, frente a la mujer.

En la fundación de la Antropología corresponde a Maine,²⁹⁶ McLennan,²⁹⁷ Starcke²⁹⁸ y Fustel de Coulanges²⁹⁹ la principal presentación y discusión del patriarcado, aparte de la posición de Bachofen que ya hemos presentado.

En principio, ninguno de estos autores rebate la tesis del patriarcado explicado por la superioridad física del hombre, cuyo paradigma es la aplicación de su fuerza en la guerra, en las riñas, en algunos trabajos y en diversiones o espectáculos sociales. Pero ocurre que, en el orden social patriarcal, los más forzudos no siempre tienen «el poder», ni en las familias ni en los estados. Entonces, por parte de los citados autores, el orden patriarcal se disuelve antropológicamente en hipotéticos grados de patriarcalismo. Naturalmente, la riqueza sustituye a la fuerza física, pero también el poder religioso o carismático, el burocrático o el ingenioso. El patriarcado se mantiene, pero sin su «indiscutible» soporte natural. Primero se discute si cualquier sociedad patrilineal es o ha sido necesariamente patriarcal,³⁰⁰ entendiendo el rol patriarcal como el de la *Patria potestas* del paterfamilias romano, un poder absoluto sobre todos los miembros de su familia (mujer, hijos, esclavos) pudiendo disciplinar, matar y vender a su antojo (Maine enfatiza estos aspectos). Luego se discute si el patriarcado romano ha constituido una excepción histórica o la manifestación más documentada de lo que ha ocurrido, si no en todas, en muchísimas sociedades patrilineales. Fustel de Coulanges hace inventa-

296 Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, *op. cit.*

297 John F. Mc Lennan, *The Patriarchal Theory*, *op. cit.*

298 Carl Nikolai Starcke, *The Primitive family in its origin and development*, Chicago: The University of Chicago Press (1976) [1889]).

299 Numa Denis Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, *op. cit.*

300 A partir de las críticas de Mc Lennan y Starcke se disocia la patrilinealidad del patriarcado, el cual viene definido en principio por el modelo ideal del paterfamilias romano (lo hace con especial detalle etnográfico Ladislav Holý para la Antropología social contemporánea: *Neighbours and Kinsmen. A study of the Berti people of Darfur*, *op. cit.*). Al mismo tiempo, desde esos mismos autores se ha demostrado que normas y conductas patriarcales pueden darse en sociedades que exhiben símbolos y normas (ritos y cultos femeninos, poliandrias, dominios matrilineales) que han dado lugar no solo a descartar la hegemonía patriarcal, sino a pensar que en ellas prevece algún tipo de matriarcado (Bachofen ya inició esta perspectiva). Por otra parte, esta crítica no ha perdido vigencia frente a varias interpretaciones actuales de la prehistoria. Algunos autores tratan de establecer hipótesis con suma prudencia frente a los equívocos que pueden derivarse de las proyecciones etnocéntricas sobre el simbolismo: cf. Jean Clottes, *Pourquoi l'art préhistorique*, París: Gallimard (2011).

rio, en la sociedad romana, de las instituciones jurídicas de su patriarcado, pero al mismo tiempo se ve obligado a revelar sus excepciones en la misma historia de Roma.

El inventario de Fustel de Coulanges parte de la incapacidad legal de la mujer a partir de su exclusión del sacerdocio en el culto familiar y su inadmisión al poder del paterfamilias. La incapacidad legal de la mujer es tratada por Fustel de Coulanges como la contrapartida de los derechos que constituyen el poder paterno. Este viene dotado de una facultad jurisdiccional y un derecho de propiedad sobre la mujer, igual que sobre hijos y esclavos. Varios derechos concurren en el ejercicio del poder patriarcal: legitimación de los hijos; repudio de la mujer (especialmente por esterilidad); transferencia de la potestad paterna sobre la hija al marido (sin dote reservada para la hija); derecho de concertar el matrimonio del hijo para beneficiar el linaje; derecho de emancipación y repudio de los hijos; derecho de adopción; derecho para designar un tutor para la mujer e hijos; derecho de propiedad y usufructo de todo el patrimonio; derecho sobre todos los bienes de la esposa e hijos (nulidad de contratos entre el paterfamilias y los demás miembros de la familia, siendo todos un derecho forzoso por parte del paterfamilias); derecho a alienar, a arrendar los hijos como una propiedad, igual que con los esclavos; derecho y obligación de comparecer en justicia por sus hijos, esclavos y esposa; dominio jurisdiccional sobre sus hijos, esclavos y esposa con poder irrevocable, con el supuesto de ejercerlo siempre por el bien de la familia, linaje y patrimonio. Fustel de Coulanges vinculó la unidad y consistencia de esos derechos a la religión doméstica, en la que el paterfamilias ejercía de sumo sacerdote y la sucesión era sobre todo una sucesión al ministerio del culto a los manes y lares. La esposa servía de acólita: velaba por el mantenimiento del fuego del hogar y por la limpieza y orden en todo lo sagrado, incluyendo la pureza del linaje que podía ser irremediablemente mancillada por el adulterio.

Todo este corpus jurídico es un ideal patricio que como ya hemos dicho no se puede considerar una verdad histórica practicada a rajatabla. Pero sí que refiere con detalle leyes y costumbres que, por lo menos en parte, se han instituido también en otros pueblos. Constituyen el ideal, más o menos practicado, del poder patriarcal. Para Holý es un ideal de poder que casi nunca se alcanza en su perfección, por esto está siempre alerta, en lucha, cuando no termina en violencias nihilistas. Normalmente cede ante realidades imponderables que tienen que ver con el curso de la vida.

Etnográficamente se ha descrito con sus opresiones, sus límites y sus agonías. Uno de los recorridos etnográficos más ponderados al respecto es el de Lila Abu-Lughod³⁰¹ desde la perspectiva existencial de las mujeres. Desde la perspectiva de la asignación cultural, João de Pina Cabral, entre otros,³⁰² ha expuesto etnográficamente la relación del Derecho con la teoría antropológica, enfatizando la construcción del rol masculino de género,³⁰³ también como carácter y como símbolo o emblema cultural.

En la línea del establecimiento del patriarcalismo romano como paradigma social y político de todo patriarcado, se ha defendido también la teoría según la cual toda institución política surge y tiene continuidad con la familia patriarcal del paterfamilias absoluto. Ya en el siglo XVII, Robert Filmer,³⁰⁴ siguiendo en parte a Jean Bodin, había defendido una *continuum* entre el origen de la familia y la formación del Estado —entre la potestad otorgada por Dios a Adán y la legitimidad del monarca— con arreglo al relato del Génesis. A esta idea, John Locke³⁰⁵ opuso la teoría de una ruptura o discontinuidad entre la familia y el orden político, entre el régimen de poder dentro de la familia y el que se desarrolla en su exterior, que se entiende congruente con un pacto social entre hombres libres e iguales. Frente a ello reaccionan Judith Drake y Mary Astell, haciendo ver que la democracia entre cabezas de familia puede, incluso, hacer todavía más arbitrario e inmune el poder despótico de los cabezas de familia en su interior. Así se construiría en la época moderna un espacio privado sujeto al despotismo de unos nuevos patriarcas, que en la sociedad más amplia

301 Lila Abu-Lughod, *Veiled Sentiments, op. cit.*; *Writing Women's Worlds, op. cit.*; *Feminismo y modernidad en Oriente Próximo*, Madrid: Cátedra, Feminismos (2002).

302 João de Pina Cabral, *O Homem na Família*, Lisboa: ICS (2003); *Filhos de Adão, Filhas de Eva: A Visão do Mundo Camponesa do Alto Minho*, Lisboa: Quixote (1989).

303 Cf. también los incisivos rasgos de masculinidad descritos por Vincenzo Padiglione, *Il cinghiale cacciatore. Antropologia simbolica della caccia in Sardegna*, Roma: Armando (1989); Michael Herzfeld, *Anthropology through the looking glass*, Cambridge: Cambridge UP (1987); *The Poetics of Manhood*, Princeton: Princeton UP (1988).

304 Es interesante destacar la coincidencia temporal entre la publicación del *Segundo Sexo* de Simone de Beauvoir (1949) i la republicación (1949) que hace Peter Laslett del *Patriarcha: A Defence of the natural power of Kings against the unnatural liberty of the people* de Robert Filmer (1680). Laslett sostenía —en la introducción— que el patriarcalismo era *una característica esencial de la tradición europea*; y añadía que *el patriarcalismo ha sido siempre un presupuesto esencial, quizás el más esencial, del capitalismo*.

305 John Locke, *Two Treatises of Government*, (Peter Laslett ed.), Cambridge: Cambridge UP (1988) (1698).

serían ciudadanos iguales en régimen democrático. Ello explica la desconfianza de estas feministas con las propuestas aparentemente liberadoras e igualitarias de la Revolución inglesa y su periodo posterior. Al mismo tiempo, insisten en la artificiosidad de las leyes y costumbres que asientan las normas y valores del patriarcalismo.

Desde que se formularon estas tesis no se ha resuelto etnográficamente la cuestión de si el poder político de los pueblos depende más de la fuerza física de sus hombres o de la protección de su población, de si la fuerza y consolidación de una civilización depende de prácticas más cercanas a la equidad y cura de la vulnerabilidad, evocadoras de las conjeturas de Bachofen, o de si el avasallamiento y guerras de signo patriarcal ya consiguen protegerla. Hasta ahora no se ha resuelto ese debate sobre la seguridad vital: hasta qué punto y en qué cosas se consigue luchando contra los demás o cooperando para cuidar la vida de todos. El equilibrio entre ambas tendencias es precario y no se decide históricamente de un modo único.³⁰⁶

Volvamos al «como si». Judith Drake³⁰⁷ y Mary Astell³⁰⁸ serán destacadas críticas del patriarcalismo de la época moderna, que democratiza la sociedad de cabezas de familia pero que lo deja rampante dentro de la misma. Drake decía que si la primacía del hombre sobre la mujer se debía

306 En Filosofía esto ha supuesto un enfrentamiento entre la incompasiva filosofía de Nietzsche y la existencialista incoada por Heidegger, desarrollada luego por Simone de Beauvoir como sociología crítica de la condición femenina y de la vejez, y también por Sartre en su humanismo existencialista. Para una perspectiva existencialista de la justicia: Norbert Bilbeny, *Justicia Compasiva. La justicia como cuidado de la existencia*, Madrid: Tecnos (2015). Sobre los trabajos de cuidar a las personas en relación con imposibilidades, chantajes y dejaciones de varias responsabilidades públicas y privadas: Dolors Comas y Sílvia Bofill (eds.), *El cuidado de mayores y dependientes, op. cit.*; Dolors Comas, «Cuidados, derechos y justicia», en Mikel Aramburu y Sílvia Bofill (eds.), *Crisis y sentidos de injusticia*, Barcelona: Edicions UB (2020).

307 Judith Drake (atrib.), *An Essay in Defence of the Female Sex. In which are inferred the characters of A Pedant, A Squire, A Beau, A Vertuoso, A Poetaster, A City-Critick, &c.* Londres: Roper and Wilkinson (1696). Drake destaca con ironía que los defectos atribuidos a las mujeres son, en realidad, una proyección de los que los hombres cultivan en exceso y disimulan precisamente con su grandilocuencia (vanagloria, cotilleo, protagonismo social, grandes sentimientos, amor propio, susceptibilidad, etc.): en realidad las mujeres los tienen en menor valor y los evidencian más porque los sofistican menos. Algo que más tarde Leopardi también comentará en su *Zibaldone*.

308 Mary Astell, *Escritos feministas*, Madrid: Maia (2013); Ruth Perry, «Mary Astell and the Feminist Critique of Possessive Individualism», *Eighteenth-Century Studies*, 23(4) (1990).

a la superioridad física, natural, ¿cómo es que precisaba de tanta moral, religión, legislación y jurisprudencia para mantenerse? Y aquí viene el «como si»: el patriarcado se establecía como si hubiera existido antes un matriarcado y se temiera su retorno, como si se quisiera reprimir al máximo esta posibilidad con una opresión de represalia contra la mujer. Solo el miedo al retorno de una etapa de dominio femenino podía explicar el porqué de tanta parafernalia para dominar a las mujeres. Por lo tanto, la tesis de Bachofen no caía en saco roto.

Por otra parte, era fácil demostrar etnográficamente la falta de evidencia para la existencia de sociedades matriarcales. La matrilinealidad no suponía matriarcalidad, pero tampoco la patrilinealidad suponía un patriarcado absoluto. Además, la mayoría de sociedades combinaban las dos filiaciones, aparte de las más estrictamente bilineales y bilaterales (con incorporación de los afines). En las matrilineales más estrictas, el hermano de madre y el tío de sobrino o sobrina reemplazaban los roles de padre y marido. El mayor o menor dominio patriarcal de estos hombres no depende de la filiación matrilineal per se: Malinowski muestra más desigualdad social y sexual entre los trobriandeses que Hua Cai entre los Na.³⁰⁹

En cualquier caso, el «como si» de Judith Drake —por el que la obra de Bachofen recuperaría un inusitado valor— sigue vigente. Drake sostenía que era por miedo, miedo a que la mujer recuperase una igualdad que necesariamente debió existir en algún tiempo anterior, puesto que era de derecho natural. Un derecho que creía inspirado, y de ningún modo contradicho por el mismo Dios. Para vencer esa disposición natural, el hombre habría tenido que establecer una tiranía cobarde: porque la cobardía venía precisamente de ese desasosiego que surgía al ver que quien era igual no era tratada así. Pero incluso siendo tratada como sierva, la mujer podía adquirir fuerza y coraje para hacerse igual al hombre.³¹⁰ Las leyes que «ponían a la mujer en su sitio» obedecían pues al miedo de que, con razón, las mujeres pudieran realmente ocupar «un sitio».

309 La etnografía de Hua Cai es de las mejores para apreciar la diferencia de una sociedad, jurídica y políticamente matrilineal, con las conjeturas decimonónicas y actuales patriarcales y matriarcales: *Les Na de Chine. Une société sans père ni mari*, París: PUF (1997).

310 Literalmente en el inglés de su época (para los escépticos respecto a esta conciencia feminista de fines del siglo xvii): «...*(Men) guilty both of Tyranny and of Fear, I think I need not have mention'd this latter; for none can be Tyrants but Cowards. For nothing makes one Party slavishly depress another, but their Fear that they may, at one time or other, become strong, or courageous enough to make themselves equal*».

Judith Drake pensaba que los hombres temían que

nosotras, que éramos sus iguales al comienzo del mundo y copartícipes en el poder (Partners in Dominion), podamos en el transcurso del tiempo, con sutileza y estrategia (Subtlety and Stratagem), llegar a ser sus superiores. Por eso, oportunamente, comenzaron a usar la fuerza (el origen del Poder) para obligarnos a una sujeción que la naturaleza nunca pretendió; y abusaron de la generosidad de la naturaleza solo a su favor, tomando de nosotras lo que tiene de bondad. Desde entonces, han perseverado en su intención de educarnos y disciplinarnos,³¹¹ a todas nosotras, en la simpleza y comodidad³¹² y en la ignorancia; tal como los conquistadores suelen hacer con quienes someten con la fuerza, tratando así de desarmarles de valor e ingenio (Courage and Wit).³¹³

La conclusión de Judith Drake sobre este proceso de dominación masculina era que las mujeres acababan dócilmente (*tamely*) rindiendo su libertad, y que se sometían de un modo abyecto a un yugo servil. Es decir, Judith Drake concebía una lucha desigual, en la que los hombres aseguraban su dominio, no solo con fuerza, sino con Derecho, y no añadía religión porque en ella encontraban precisamente Astell y Drake argumentos en contra de la supuesta génesis de la superioridad masculina. Drake ya percibía la naturalización del poder masculino: el Derecho hacía que su contravención fuera equiparable a una rebelión contra el orden natural de la sociedad y del régimen monárquico. Drake era consciente de que la

311 Traduzco «*to train*» con los dos matices, el de educar y el de domar o disciplinar, acostumbrando a un hábito. Aunque «*to train up*» signifique después guiar. El significado a partir del siglo xvi es principalmente el de instruir y disciplinar (Oxford English Etym.).

312 Me parece que *ease* obtiene en este contexto también su doble matiz (Oxford English Etym.) de confortabilidad y de tomar la oportunidad de lo simple, lo cual explica mejor la «frivolidad femenina», por más que ello sea virtud de un *savoir faire* masculino. Esta frivolidad consiste en acentuar por un lado lo simple o inmediato y simultáneamente lo cómodo. Con ello se obtiene un significado válido para la mujer en distintas clases sociales —educar más en la simpleza en unas y en la comodidad en otras, siendo la ignorancia compartida por casi todas— y creo que Judith Drake, tiene en cuenta la experiencia de todas las mujeres. *To train us up altogether to Ease and Ignorance*, dice, lo cual también podría traducirse como «guiarnos todas juntas hacia lo simple y cómodo y hacia la ignorancia».

313 A partir del siglo xvi se consolida el significado de *wit* como el poder de producir la belleza o el placer de saber combinar o contrastar ideas (Oxford English Etym.). Se trata pues de eliminar en la mujer la sabiduría y la discusión crítica, reservándola a los hombres. Es lo que Molière defiende al tratar de ridiculizar a las mujeres de salón —lugar fácil para su caricatura— en su obra de Acto único *Les précieuses ridicules*.

duración y masificación de la sujeción femenina tenía efectos embrutecedores para las mujeres, puesto que las obligaba a incorporar un rol de servidumbre, frivolidad y falta de ingenio que se compadecía muy bien con la comodidad y simpleza con que los hombres pretendían caracterizarlas. En otras palabras: la mujer asumía unas características que justificaban el desprecio y la enemistad por parte del hombre y, a la vez, este, cínicamente, negaba —ante toda evidencia contraria— que sus expresiones y manifestaciones pudieran significar otras cosas. La actitud prejuiciosa dominaba: un juicio emitido por una mujer debía proceder forzosamente de un interés más egoísta, torpe o frívolo que el de un hombre. Por eso también el testimonio de la mujer era de menos fiar.

Con esto vemos que las conjeturas decimonónicas, junto con las críticas de unas relaciones injustas que vienen ya de entre siglos XVII y XVIII, siguen teniendo vigencia etnográfica: siguen informando acerca de la situación cotidiana en las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Conviene por lo tanto dotar a la etnografía de un conocimiento histórico, no solamente de legados morales y jurídicos, de costumbres referidas empíricamente, sino también de ideologías que legitiman esas costumbres (y leyes) y de contraideologías que se rebelan contra las mismas.

12.2 La tradición de la etnografía jurídica

Luego, si ya entramos en la etnografía jurídica en un sentido académicamente más restringido, hemos de partir del conocimiento etnográfico proporcionado por las obras de autores como Isaac Schapera,³¹⁴ Richard Llewellyn,³¹⁵ Bronislaw Malinowski³¹⁶ y, un poco más tarde, Max Gluckman.³¹⁷ Sus trabajos abordaron directamente los casos y los procedimientos para obtener justicia en civilizaciones primitivas. Mostraron la exis-

314 Isaac Schapera, *A Handbook of Tswana Law and Custom*, op. cit.

315 Karl Llewellyn (y Adamson Hoebel), *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, op. cit.

316 Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, op. cit.

317 Max Gluckman, *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*, op. cit.; *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, op. cit.; «The reasonable man in Barotse Law» en *Order and Rebellion in Tribal Africa*, op. cit. La obra de Gluckman se complementa con las de John Comaroff y Simon Roberts, entre otros que siguieron la metodología de Gluckman: «The invocation of norms in dispute settlement: the Tswana case» op. cit.; *Rules and Processes*, op. cit.

tencia de una casuística jurisprudencial y de procedimientos sometidos a autoridades judiciales en esas sociedades.

Con obras como las de Malinowski, Llewellyn, Schapera y Gluckman, la Antropología jurídica adquiere una sólida base etnográfica. Se centra en lo que Llewellyn denomina el estudio del *case-conflict* y que Gluckman formaliza como el estudio de los procesos sociales para resolver conflictos. Con esos estudios se da un importante cambio epistemológico: de las normas como imposiciones morales y jurídicas se pasa a los procesos como transacciones sociales, pero con dos observaciones importantes: la prevalencia de una autoridad judicial o arbitral, normalmente colectiva, y de unas normas que se deducen de la jurisprudencia, aunque no se establecen como en un código. Comaroff y Roberts desarrollarán ejemplarmente estos aspectos con varios matices. Sin embargo, Bohannan³¹⁸ y Gulliver³¹⁹ encontrarán demasiado formalismo o proyección del Derecho anglosajón en los análisis de Gluckman. Así se creará una tendencia —forzada ante los datos etnográficos— que tratará todos los procesos en otras civilizaciones como informales, sin autoridades judiciales o con meros mediadores en procesos de negociación.³²⁰ Pero como ya he sostenido en otras ocasiones³²¹ esta perspectiva «antiformalista» o «substantivista» del derecho, en civilizaciones sin Derecho instituido, pasa por alto dos cuestiones:

- 1) Algo que ya hemos considerado previamente: que diversas iniciativas de mediación van juntas con un proceso más amplio, cuya resolución se quiere imponer con el máximo consenso y consentimiento de las partes y de la comunidad. Aunque haya una presidencia de un concejo de mayores o de otra autoridad con eficacia judicial, según cómo se contemplen las acciones de todo el proceso, y su modo de razonar en él, puede parecer que se trata de una mediación en la que las partes negocian. Esta forma de resolver los conflictos necesita precisamente de una autoridad con una eficacia judicial incontestable, que se puede

318 Paul Bohannan, *Justice and Judgment among the Tiv*, Londres: Oxford University Press (1957).

319 Los textos agrupados por Laura Nader ofrecen las particularidades de este debate: *Law in Culture and Society*, *op. cit.*

320 Cf. P. H. Gulliver en Laura Nader *op. cit.*

321 Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, *op. cit.*

permitir lo que para nosotros sería la máxima democratización del proceso. Esto es, la máxima participación de las partes y con algo muy importante para una comunidad que debe asegurar la convivencia próxima cotidianamente: que se supere la hostilidad entre ofensores y ofendidos, especialmente en sus solidaridades sociales.

- 2) Al mismo tiempo: ciertamente que la tradición jurisprudencial anglosajona, basada en la atención a la precedencia de los casos juzgados, está más cerca de la jurisprudencia primitiva que la tradición normativo-legislativa «continental» (de Europa). Por este motivo, Gluckman podía formalizar con acierto lo que desconcertaba a las tradiciones positivistas que no hacían más que partir de códigos normativos, y, a falta de su presencia explícita, deducir nada menos que la ausencia de derecho. La autoridad del pasado de la jurisprudencia anglosajona³²² ayudó a comprender y acercar al Derecho del Estado los derechos de las civilizaciones primitivas. Eso no quiere decir que, por otra parte (con la obstinación colonizadora), no le fuera hostil.

La perspectiva etnocéntrica hace que si no encuentra la traducción exacta de una institución (Estado) que promulga leyes (poder legislativo) y un poder que vela por su cumplimiento (judicial) no reconozca la existencia de materia jurídica en otra sociedad. De ahí que, o bien la niegue, o al no coincidir con la formalidad etnocéntrica se abstiene en dotarle de informalidad.

Pero, en cualquier caso, con la nueva etnografía jurídica surge también una nueva epistemología, centrada en lo procesal en el sentido más amplio de la palabra: entendido como el conocimiento de todo el proceso que revela el porqué de un conflicto, desde su inicio hasta su aparente resolución o enquistamiento. Victor Turner³²³ ha planteado todo este proceso como el de *un drama social*, que abarca más de lo que suele mostrar

322 Como destaca Louis Assier-Andrieu, la jurisprudencia anglosajona ha tenido momentos de gran sensibilidad sociológica y antropológica, y también de crítica ideológica, que le permitieron en algunos casos «franquear el foso entre lo «civilizado» y lo «primitivo»: *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*, París: Dalloz (2011).

323 Victor Turner *Dramas, Fields and metaphors. Symbolic action in human society*, Ithaca: Cornell UP (1974).

su manifestación convencional o institucional, sea una revolución o un proceso judicial o arbitral. Considera que el drama social se desarrolla según cuatro estadios:

- 1) El tiempo de ruptura de unas relaciones que se tienen por cruciales.
- 2) Una crisis en ascenso, que agudiza el antagonismo.
- 3) La aplicación de medios jurídicos o rituales de desagravio o reconciliación entre las partes en conflicto.
- 4) La expresión pública y simbólica de la reconciliación o de la irremediable ruptura.

Es así como la Antropología jurídica puede envolver los datos más limitadamente jurídicos del conflicto con la cobertura de todo un drama social. Ello nos acerca al concepto de derecho vivido. También, esta perspectiva viene facilitada por una etnografía en la que los procesos más instituidos de materia jurídica alternan con otros, que, por su forma, nos pueden parecer menos «jurídicos». Pero si atendemos al contenido afectan directamente a la misma materia jurídica.³²⁴ Así, por ejemplo, los inuit han mostrado sus cantos duelísticos junto con sus concejos judiciales para mitigar o resolver conflictos,³²⁵ y los andamaneses, sus danzas rituales de reconciliación junto con explícitos pactos políticos.³²⁶ Nuestra sociedad también conoce celebraciones de unidad y reconciliación junto con instituciones de justicia, pero con una mayor separación institucional y menor efectividad política y jurídica, más exclusivamente simbólica. Una fiesta conmemorativa de unidad patriótica no tiene la eficacia normativa de una resolución jurídica de ámbito constitucional.

Con la nueva etnografía jurídica, a menudo sin advertirlo, se pasa del estudio de normativas estáticas —derechos con responsabilidades y obliga-

324 Karl Llewellyn es quien se ha referido más directamente a esta cuestión en *The Cheyenne Way*, *op. cit.*

325 P. Eckert y R. Newmark, «Central Eskimo Song Duels: A Contextual Analysis of Ritual Ambiguity», en *Ethnology*, 19 (1980); Robert Spencer, *The North Alaskan Eskimo*, Washington: Smithsonian Institution (1959).

326 Alfred R. Radcliffe-Brown, *The Andaman Islanders*, *op. cit.*; Maurice Vidal Portman, *A History of our relations with the Andamanese*, India: Office of the Superintendent of Gov. Print, (1899).

ciones— al de los procesos dinámicos cuyo fin primordial es la obtención de justicia. Al cambiar el objetivo del conocimiento, del repertorio de derechos al repertorio de procesos, se prima la justicia por encima del derecho. Aún más: como tampoco se encuentra —en civilizaciones primitivas— un derecho procesal fijado para cada sociedad de un modo preciso y controlado, la obtención de justicia queda como un objetivo que crea los procesos según circunstancias. Con lo cual se invierte la lógica del positivismo jurídico: no es el derecho prescrito y el proceso establecido para salvaguardarlo lo que conduce a la justicia, sino que del mismo conflicto, del tipo de conflicto, surge un tipo de proceso, y con este se pretende alcanzar una resolución justa. El proceso se da como una transformación institucional del conflicto. Es más su replanteamiento que su pura sustitución o superación.

Esta perspectiva de origen etnográfico se parece a la adquirida en el estudio de las antiguas acciones romanas: pensadas para cada tipo de conflictos.³²⁷ Luego, los jurisconsultos las clasificaron a su manera y así nos han llegado, como instituciones de Derecho procesal, a pesar de que es fácil vislumbrar en la casuística su antigua flexibilidad y la fusión entre algunas.

A partir del desarrollo etnográfico de los diversos procesos ante los conflictos, la Antropología social y jurídica ha ayudado a relativizar la fe en los derechos como manifestaciones normativas (códigos), sustituyéndola por la práctica social de la justicia, por como cada sociedad establece procedimientos para resolver sus conflictos y cuyo resultado se reconoce como justo: como una retribución o redistribución acorde con el valor fundacional de la sociedad, el cual descansa en muchos casos en un sentido universal de la responsabilidad.

En las civilizaciones primitivas y en general en las sociedades de justicia vindicatoria, que trataremos más adelante, a menudo, la equidad transforma la justicia. Los hechos últimos del conflicto pueden imponerse a los pactos o derechos que originaron las primeras responsabilidades. Esto también se plantea en la jurisprudencia occidental. Ocurre cuando se tiene en cuenta la *pena natural* y cuando, en general, como ya hemos señalado anteriormente, el responsable penal y civil queda más perjudicado que su víctima.³²⁸ También, en el Derecho y la seguridad internacionales se

327 Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, *op. cit.*

328 Ignasi Terradas, «Cuestión de responsabilidad y equidad: una perspectiva desde la Antropología jurídica», *op. Cit.*

ha aprendido la lección de que sale más a cuenta ayudar a los derrotados en una guerra, que sancionarlos económicamente, echando a perder el comercio con ellos y recreando su hostilidad.³²⁹

Con todo, estas obtenciones de justicia o equidad pueden oscilar entre acomodados o conveniencias injustas (ante la asimetría de la responsabilidad por daños u ofensas entre las partes) y decisiones judiciales inclinadas a solucionar la diferencia, a dar un trato justo a las partes, el cual puede alinearse o no con la responsabilidad adquirida frente a los derechos de las partes. Las resoluciones de conflictos en otras civilizaciones dependen más de la dinámica social de los conflictos creados que de las obligaciones contraídas antes de esos conflictos. La cuestión es harto compleja de establecer y entender y la expondremos con más detalle al tratar la justicia vindicatoria. En todo caso, con la ayuda de la etnografía, la definición de la Antropología jurídica podría pasar a ser la del estudio de los diferentes procesos sociales para obtener justicia, de acuerdo con la idea moral más extendida de «lo justo».

329 Sin entrar en cuestiones éticas o jurídicas, lo defendió John Maynard Keynes como economista en *The Economic Consequences of the Peace*, Londres: Macmillan (1919).

13. LOS RASGOS ETNOGRÁFICOS DEL PROCESO: DEL NORMATIVISMO AL REALISMO

Sigamos con la relevancia del proceso para la Antropología social y jurídica. Su descubrimiento, su revelación en el contexto etnográfico, nos indica en principio dos cosas a la vez: su permanente fusión con otros fenómenos sociales y su criptonormativismo (para nosotros). El realismo jurídico y etnográfico lo traducen en positivo: el proceso como productor de justicia y la sociedad como productora de procesos reemplazan nuestras ideas etnocéntricas sobre la existencia previa de normas y sobre la naturaleza de lo jurídico como si no fuera un fenómeno también social.

Varias etnografías nos revelan ese aspecto «positivo» del derecho en civilizaciones primitivas, que nos lleva sintéticamente a poder hablar de una producción social de justicia, y de la justicia como hecho social total en los términos de Mauss (fusionando derecho, moral, espiritualidad, economía, política, estética). En este sentido destacamos algunas etnografías que, con diversos énfasis, exponen la inserción social de las formas de resolver conflictos y la incrustación de elementos rituales, mitológicos, estéticos, jurídicos (con normativas implícitas), políticos, económicos y ecológicos en estas formas o procesos.³³⁰

330 Así, entre otros autores y títulos: W. Lloyd Warner, *A Black Civilization*, *op. cit.*; Alfred William Howitt y Lorimer Fison, *Kamilaroi and Kurnai*, *op. cit.*; Isaac Schapera, *A Handbook of Tswana Law and*, *op. cit.*; Max Gluckman, *Custom and Conflict in Africa*, *op. cit.*; Max Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, *op. cit.*; Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, *op. cit.*; Karl Llewellyn y Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way*, *op. cit.*; Victor Turner, *Dramas, fields and metaphors. Symbolic action in human society*, *op. cit.*; John Comaroff y Simon Roberts, «The invocation of norms in dispute settlement: the Tswana case» *op. cit.*; John Comaroff y Simon Roberts, *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context*. *op. cit.*; Sally Falk Moore, «Ritual concord and fraternal strife: Kilimanjaro 1968-69», en S. F. Moore y B. Myerhoff (eds.), *Symbols and Politics in Communal Ideology*, Ithaca: Cornell UP (1975); Robert M. Hayden, *Disputes and Arguments among Nomads*, *op. cit.*

Las etnografías que nos descubren en civilizaciones primitivas el poder y valor del proceso, el «misterio» del proceso, su poder autonómico y el «hacerse respetar» que Salvatore Satta destaca,³³¹ nos dicen que ese poder y valor para transformar conflictos no radica en cualidades ajenas a la sociedad, sino en todo lo contrario: el proceso densifica determinadas interacciones sociales con las operaciones racionales que las acompañan. Esto es lo que le hace aparentar su puesta aparte de la sociedad, cuando en realidad la condensa de un modo extraordinario: extrayendo el máximo fruto de la capacidad transformadora de la interacción social y de la capacidad de razonar que puede acompañarla. El proceso judicial, transformador de conflictos con autoridad, recurre a los recursos más intensos de la interacción social acompañada del uso de la razón. El proceso no es un extrañamiento de la sociedad, una puesta aparte, sino una maximización de la misma, un desarrollo de su potencia. Despliegue de la razón y capacidad creadora de la interacción social: así se plantean las contradicciones, las declaraciones, los criterios probatorios y sus desafíos, la argumentación que discrimina y refuerza razones, que expone con motivación para alcanzar una convicción y que resuelve como respuesta a todo un esfuerzo de acción social y racional (de exposición de verdad y de confrontación con intereses o derechos): no es un golpe de autoridad. Este proceso es el propio de las sociedades vindicatorias —centradas en procesos composicionales para resolver en justicia—³³² y también de las nuestras, si no adolecieran de tanta distinción burocrática y de institucionalización formalista de su autoridad.

Los elementos sociológicos y lógicos del proceso son fundamentalmente tres:

- 1) La densificación de la interacción social como confrontación ante unos hechos y unos derechos. Esta forma más densa, que extrema la capacidad de la interacción social (que interroga, declara, enuncia, razona, distingue, enlaza y encauza) es la que se erige como autoridad, por esta forma de procesar la información y razonar sobre ella. Así es como se le reconoce un poder

331 Salvatore Satta, *Il Mistero del Processo*, op. cit.

332 Que tratamos en varios capítulos de este mismo libro: el paradigma vindicatorio, el civil/penal y sus ordenamientos jurídicos; la ética de la reparación; entre el sistema vindicatorio y el penal: las razones y alcances de la ruptura beccariana; la raíz vindicatoria (composicional) de la responsabilidad civil: la llamada a una responsabilidad universal.

juzgador y creador de derecho (en tradiciones jurisprudenciales) o de asunción y aplicación de la norma (en tradiciones legislativas).

- 2) Una máxima sociabilidad en igualdad: partes, concejos o tribunales, y «audiencias» cooperan en el poder transformador del conflicto que realiza el proceso. Esto es propio de las asambleas judiciales de las civilizaciones primitivas y de la Antigüedad. El mantenimiento de esta igualdad es un fenómeno social: todos los presentes son escuchados y todos tienen derecho a hablar bajo la autoridad de los miembros de un concejo o tribunal. En nuestro ordenamiento jurídico esta cualidad igualitaria del proceso se ha instituido (y restringido: sobre todo en cuanto a criterios probatorios y testificales) como un conjunto de garantías jurídicas (constitucionales) y procesales en particular.
- 3) Un maximalismo y densificación de la razón: la lógica depurada y el *sentido común*, el *hombre razonable*,³³³ el *buen padre de familia* (la buena madre de familia): criterios de lógica que acompañan a la interacción social del proceso. En nuestro ordenamiento vienen sustituidos por la lógica de los códigos, las interpretaciones de la jurisprudencia y los acopios doctrinales. Así, la «institución aparte» del Derecho rompe el *continuum* que el mismo Derecho se ha visto obligado a utilizar con estas hipótesis de sujetos con sentido común u ordinaria sensatez.

Varios rasgos etnográficos ponen de relieve la primacía del proceso social —la validez de su propia dinámica— para resolver conflictos (en vez de la idea de la mera aplicación de normas). Entre ellos destacamos: la importancia dada al entretenimiento de la interacción entre las partes y, entre estas, los concejos o juzgadores y la «audiencia» (que participa). Ello se hace con la finalidad de construir o crear (más que «obtener») resoluciones que parezcan salidas del consenso y hasta de la unanimidad perfecta de todos los presentes. Este interés, insistimos, es el que puede llevar a confundir el proceso, bajo autoridad arbitral o judicial, con una mediación.

333 Ya hemos considerado la cuestión del sentido común en relación con la obra de Vinogradoff. Otra figura antropológica es la del *hombre razonable*, como sujeto que sabe motivar con lógica los valores y sanciones de una sociedad: Max Gluckman, «The reasonable man in Barotse Law», en *Order and Rebellion in Tribal Africa*, *op. cit.*

La creación de una resolución que sea considerada justa o del agrado de toda la comunidad hace que se dé el máximo de libertad («informalidad») a la interacción procesal. Podríamos hablar de una interacción procesal basada en la obtención de su máximo rendimiento político y simbólico: en su capacidad de reconciliar y establecer reparaciones aceptadas por las partes y por la comunidad. Con todo, como enfatiza Sally Falk Moore, la atribución de responsabilidad siempre requiere una sanción social, aunque se manifieste únicamente en el lenguaje simbólico. Es decir, que tal como muestran algunas etnografías, cuando la reconciliación (como resolución del conflicto) proceda a través de una fiesta (sufragada por la parte ofensora) y no aparezca propiamente como sanción, se sabe que simbólicamente, el culpable ha sufrido la sanción social en el ámbito simbólico (y su grupo de pertenencia cumple con la reparación festiva). Lo mismo ocurre cuando ni tan solo hay sanción reconocida socialmente y se deja a la acción espiritual con una ulterior —posible— averiguación mágica. Si bien parece primar la «paz y armonía» que puede disolver las ofensas, la responsabilidad no queda nunca eludida, y o bien se asume de modo que desborda al sujeto o sujetos culpables, o bien queda en suspenso para una posterior averiguación mágica, siempre que un «querellante» la solicite.³³⁴

Schaperla y Sally Falk Moore insisten en el reconocimiento institucional de la administración de justicia en sociedades con derecho consuetudinario (primitivas): cierto que es fácil reconocer un ámbito propio para resolver conflictos de un modo que la sociedad tiene por justo, pero ello no significa un apartamiento de la participación social como lo significa en nuestra sociedad. Una cosa es observar la reorganización social, otra es que la sociedad perdiera sus propias capacidades (interaccionar densamente, participar en igualdad, acomunar la lógica) para cederlas a una institución que las restringe a su modo (con sus criterios probatorios, testificales, de procedimientos y con su lenguaje autoreferenciado).

También cabe destacar, en relación con las obras de William Twining³³⁵ y de Karl Llewellyn,³³⁶ una cosa quizás más obvia para los antropó-

334 Cf. especialmente: Max Gluckman (ed.), *The allocation of responsibility*, op. cit.

335 William Twining, *Rethinking Evidence*, Evanston, I(II): Northwestern University Press (1994); Karl Llewellyn and the Realist Movement, op. cit.

336 Karl Llewellyn, *Jurisprudence. Realism in theory and practice*. Chicago: The University of Chicago Press (1962).

logos que para los juristas, y es que todo aquello que es vivido en términos de justicia, de derecho, de obligación, de deber, de responsabilidad, todo aquello que es vivido ante un conflicto no se puede probar procesalmente. El proceso judicial de nuestros ordenamientos, como dice Twining, es un proceso de resistencia general a la prueba, de discriminación en la carga de la prueba, de prudente retención y de exclusividad de la fuerza probatoria. Es un proceso que va constantemente discriminando, excluyendo unos hechos ante otros, con el fin de poder determinar únicamente los que considerará probados. Es así como se construye la verdad judicial con sus consecuencias para la vida de las personas. En algunas sentencias europeas se mencionan también los hechos no probados, más bien para inducir a pensar en un contexto.³³⁷ Twining, destaca —en el contexto del realismo jurídico— que puede haber una verdad vivida que tiene que ver con la justicia, pero que no se ha podido probar. Que esta es una sensación que se tiene muchas veces después de los juicios y entonces se habla de resoluciones en parte o totalmente injustas, de juicios cortos de miras o de una ingénita miopía en la administración de justicia.

Los criterios y cursos de la prueba que acepta un Tribunal son diversos y la misma jurisprudencia depende de ellos. El arbitrio probatorio es una cuestión muy compleja y para según qué casos se desarrollan nuevos instrumentos probatorios. En los extremos probatorios tenemos las deducciones (y corrupciones)³³⁸ documentales en los pleitos civiles, y las deducciones según indicios y según coincidencias en los casos penales, que implican necesariamente acciones premeditadas y organizadas. El arbitrio judicial sobre la validez de cada prueba difícilmente puede sustituirse por fórmulas generales de validación. Cuanto más se generaliza el criterio probatorio más se pierde en contexto significativo: precisamente en la frontera entre los hechos probados y los no probados radica el criterio —en cada caso— para admitir los probados. Dicho de otro modo: hay que conocer bastantes hechos no probados para decidir los probados, lo cual supone ampliar el conocimiento sobre todos los hechos. En cambio, el camino opuesto, el de restringir la apreciación de hechos probados

337 Cf. Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1 (1ª Seção, Criminal), 11-10-2017.

338 El *grilagem* vigente en el Brasil, por ejemplo: Rosana Carvalho Paiva, *Na cercania da morte: Situação de ameaça e terror de estado em conflitos territoriais no amazonas*, Manaus: Fundação Universidade do Amazonas (2021).

con alguna fórmula preliminar, inhibe este conocimiento más depurado. Puede parecer una paradoja, pero así es el conocimiento de la realidad vivida que la Antropología vierte en más de una etnografía: hay que conocer muchas cosas que no se pueden probar (según el criterio probatorio procesal) para asentar los hechos probados con mayor conocimiento de la realidad en la que se inscriben, y poder así dotarlos de mayor solidez. Hay que tener experiencia, conocimiento informado, en el ámbito de los hechos no probados para adquirir criterios de fiabilidad de los testigos, de cómo obtener mayor seguridad en el método inductivo para obtener indicios, distinguiéndolos claramente de las presunciones de hecho. Conocer lo que coloquialmente se refiere como «lo que pasó en realidad», teniendo en cuenta intencionalidades y contingencias, causas y coincidencias, requiere una experiencia consciente sobre lo que no se puede probar en relación con lo que sí se puede probar.

Twining considera que la idea misma de prueba es en realidad un obstáculo para que el derecho vivido entre en el derecho instituido. Es decir, la prueba, que en realidad representa un camino para llegar a la verdad, arribada en su momento procesal —sostiene Twining— es, para mucha gente, y también para más de un jurista, un obstáculo para entrar de lleno en la verdad cercana a lo que se suele vivir como tal.

Twining plantea una crítica de los instrumentos probatorios y del concepto mismo de prueba por su discriminación poco realista frente a lo que pasa por la cabeza del juzgador. Recordemos que en otras sociedades no se llega a conceptualizar la idea de prueba como en nuestra cultura jurídica. Así, en los ordenamientos vindicatorios hay «pruebas» que ya sentencian: juramentos y ordalías, y también hay procesos contradictorios con acuerdos compositivos y juicios decisivos por indicios y presunciones. Cada caso, cada situación, y según estatutos personales, llevan a un tipo u otro de proceso. Para nuestra cultura jurídica esto va en contra de la igualdad y su régimen de garantías procesales.

La prueba, según la determinación que sufre en nuestra cultura jurídica, no es universal. Para otras culturas jurídicas tiene un valor relativo que puede ser superado por las circunstancias de cada caso.

En nuestra cultura jurídica y en nuestro ordenamiento procesal los hechos se consideran probados, no por la autoridad de un juramento, no por el valor de una ordalía, no por la convicción ante la lucha dialéctica entre las partes, no por el dictado de una pericia. Aunque estas cosas influyen en el criterio probatorio, no lo olvidemos: la autoridad, el valor, la

retórica, la ciencia. En el derecho vivido no puede negarse su influencia. Esto influye cuando una autoridad judicial o un jurado deciden cuáles hechos consideran probados. Y ante la falta de convicción sobre el valor probatorio se instala la «duda razonable», la que o revierte en favor de una de las partes (el famoso *in dubio pro reo*) o hace sobreseer y archivar la causa.

La existencia de valoraciones ajenas a los hechos probados —o por encima de los mismos— por parte de autoridades no judiciales llega a contrarrestar el mandato del Derecho. Así ocurre con los indultos («tanto esfuerzo probatorio para nada»). Pero hay que tener en cuenta que existe otra idea de justicia que acaba imponiéndose ante los hechos probados y condenados por el Derecho. Esta idea puede proceder del poder político, del religioso, de la moral del derecho vivido o de la compasión ante la pena afflictiva (lo cual históricamente ha supuesto que a veces el mismo tribunal haya solicitado el indulto de su condena a muerte). Esto, aparte de cuando una revolución decide según su justicia frente a la del régimen que ha derrocado.

La prueba —siguiendo a Twining— en la cultura jurídica anglosajona (y en la nuestra también) obedece a una sistemática restrictiva frente a los hechos. La prueba elimina información sobre lo acontecido, como también lo hace la forma procesal para mantener su valor probatorio. La prueba restringe en realidad la información que las partes de un conflicto quieren aportar. Esto es algo que no ocurre en las civilizaciones primitivas, tradicionales: lo vemos en los *panchayats* de la India, lo vemos también en las asambleas de palabra en África: vemos como precisamente se otorga la máxima intervención a las partes (y a la «audiencia»). Se quiere incluso que se agoten hablando, que digan todo lo que quieren decir y cuando quieran. Se intenta establecer un máximo de comunicación y un máximo de creación de derecho a través de la interacción social. Se confía en el valor de la palabra que se da y se escucha, que se desarrolla y recrea, un valor casi de exaltación de la palabra como creación sagrada. Así, hasta la consecución del «refrán» jurídico, de la fórmula que obtiene el máximo consenso o unanimidad. No se trata de un recorrido exclusivamente probatorio sino de una manifestación de la capacidad social para la convivencia, lo cual fácilmente traduce el proceso en composición que reconcilia. La autoridad del proceso acaba imponiéndose por su libertad, no por su coacción, por el desarrollo de las facultades interactivas de las personas, no por su restricción.

Twining, como Llewellyn y como todos los juristas realistas, piensa que la verdad judicial, que una sentencia, es solo una opinión. Opinión que para empezar puede ser criticada por los mismos jueces que componen el tribunal, a través de sus votos particulares. Luego por los juristas en general, frente a otras jurisprudencias y doctrinas. Los votos particulares continúan de hecho un juicio, pueden encauzarlo para sucesivos recursos o apelaciones. Son, de hecho, otro juicio y sentencia, y algunos votos particulares llegan a expresarse en estos términos, creando un juicio paralelo. Con lo cual podemos ver la sentencia como una opinión con consecuencias contrariada por otra opinión que busca otras consecuencias. Una mayoría simple decide la opinión vencedora. El voto particular puede valerse de los mismos hechos probados, denunciando algún error en la calificación jurídica de lo probado.

La importancia que la Antropología social y jurídica ha concedido a la interacción social, a su creatividad para determinar los juicios en otras civilizaciones, ha hecho que se creyera que propiamente en estas otras sociedades no existieran juicios. Que no hubiera autoridades con poder de adjudicación sino procesos de negociación con mediadores. Ya hemos hablado sobre este tema, defendiendo que se trata de una impresión comprensible pero no de una realidad etnográfica. Ahora bien, merece la pena detenernos en esa parte de amplitud y tolerancia negociadora en los procesos de sociedades en las que hay prelación jurídica por las resoluciones compositivas. Philip H. Gulliver, Laura Nader y Jane Collier³³⁹ han proporcionado datos importantes sobre esta cultura de interacción, de «armonía social» y desarrollo de lo negociable. Ciertamente que el dilatado poder de la interacción social —«negociando»— puede hacer perder de vista la autoridad que controla la institución, un concejo o una persona, sin la cual no se da precisamente ese proceso con su propia libertad. Se trata de resoluciones de conflictos bajo la autoridad de jueces o de árbitros que resuelven en equidad. Ello puede inducirlos a mediadores. Lo mismo puede ocurrir en la función de un juzgado de paz (o municipal) en el

339 Cf. Laura Nader, *Ideología armónica. justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, op. cit.; Laura Nader, *Law in Culture and Society*, op. cit.; Jane Collier, *Law and social Change in Zinacantan*, Stanford: Stanford UP (1973); Laura Nader, *The Life of the Law*, Berkeley: University of California Press (2002); Philip H. Gulliver «Dispute settlement without courts: The Ndendeuli of Southern Tanzania», en Laura Nader (ed.) op. cit.; Philip H. Gulliver, «On mediators», en Ian Hamnett, *Social Anthropology and Law*, Londres: Academic Press (1977).

que no hay que olvidar que su autoridad rige el proceso y que constituye una instancia del poder judicial. Lo mismo ocurre en los procesos de las civilizaciones primitivas, que siendo vistos (por su «informalidad») como acciones de pura mediación se revelan sin embargo integrados en el escalafón del poder judicial cuando revierten en apelaciones o en recursos a instancias superiores.³⁴⁰

Hay una cuestión de fondo que nunca debe olvidarse: la importancia del tercero judicial como autoridad procesal. Ante la mínima desigualdad frente a un conflicto no basta la mediación. Otra cosa —como sucede con tantos conflictos resueltos con abogados como mediadores— es que quien opera con el título de mediador de hecho se constituya en autoridad arbitral: que las partes accedan al itinerario discursivo que les plantee y que sus sugerencias sean acatadas y que, en definitiva, todo el proceso se desarrolle bajo su autoridad. Así puede darse la paradoja que, mientras que los procesos de las civilizaciones primitivas o tradicionales —por su libertad y dilatación interaccionista— puedan interpretarse como meras mediaciones, nuestras mediaciones —por la ignorancia de las partes profanas, por estar pendientes de las actitudes y posicionamientos de los mediadores— puedan confundirse con arbitrajes, cuando no incluso con juicios.

La necesidad del tercero con autoridad deriva de la desigualdad entre las partes. De otro modo la negociación bilateral dejaría siempre un ganador y un perdedor, sin poder acudir a implementar lo que se entiende como justicia o con una idea similar. El éxito del proceso primitivo que hace pensar en mera mediación se debe precisamente al éxito de la propia autoridad cuando puede fundirse con la interacción creativa, asamblearia, si se quiere, que decide la resolución del conflicto.

La muestra de la imposibilidad de obtención de justicia ante la desigualdad —el sinsentido jurisprudencial de la mediación ante partes desiguales en poder— lo manifiesta la investigación monográfica de Carol Greenhouse.³⁴¹ En esta se habla del derecho de los indefensos, de una minoría que no tiene acceso al Derecho, que por distancia económica, social y cultural (los capitales de Bourdieu) no participa de la vida jurídica que

340 Cf. Raymond Verdier y B. Nabede, *La justice divine chez les Kabyè du Togo*, CNRS, (1998). Sobre la universalidad de la apelación a una instancia superior: Leopold Pospisil, «Legal levels and multiplicity of legal systems in human societies», *op. cit.*

341 Carol Greenhouse, *Praying for justice: faith, order, and community in an American town*. Ithaca: Cornell University Press (1986).

dispensa el Estado. Sus causas están perdidas, fuera de los procedimientos para poder demandar, denunciar o reivindicar derechos. En esta situación, solo queda el juicio moral de la propia comunidad, o bien la fe o esperanza en una justicia divina. Cosas que evocan los pilares imaginarios de la justicia vindicatoria.

Greenhouse establece la conexión entre la inaccesibilidad a la administración de justicia y una concepción puramente moral de la justicia vinculada con la fe en Dios. La vivencia cotidiana de la indefensión y de la injusticia concomitante desarrolla, también cotidianamente, una actitud de carácter religioso para hacerles frente. Así se construye un imaginario colectivo —que repercute en actitudes y conductas— en el que el Derecho instituido se percibe como esencialmente injusto y corrupto, tal como aparece constantemente en la experiencia de la comunidad. Los agentes del orden y los operadores jurídicos son percibidos como simples enemigos de la sociedad local y, de hecho, van tratando a la población del gueto como a un grupo de peligrosos enemigos frente a los que cabe cualquier acción de «mejor defensa» y necesaria represalia.

La cultura moral y jurídica de la comunidad que se encuentra en esta situación, ante los poderes gubernamentales y judiciales, se canaliza hacia una asamblea religiosa, en la que la parte espiritual y mística consuela el sufrimiento injusto y vivifica la esperanza en la justicia divina. Lo que halla Greenhouse en los Estados Unidos es una experiencia intensa y muy condensada socialmente, de lo que universalmente se ha señalado como alienación de la justicia humana y fe en la divina. Esto ha legitimado una moral de plegarias e imprecaciones que socialmente han llegado a traducirse en procedimientos ordálicos, formado parte todo ello de la cultura jurídica vindicatoria.³⁴²

El Derecho genera también lo que se vive como *compatibilidad equívoca*. Así caracteriza João de Pina-Cabral³⁴³ un mecanismo ambiguo y ambivalente que tenía lugar a través del Derecho, en Macao, la colonia portuguesa de China. Desde el punto de vista de unos padres, se entregaban a sus hijos en adopción a familias portuguesas porque de esta manera se les aseguraba una mejor educación y una vida más cómoda, con la posibilidad de movilidad o ascenso social. Buena educación, buen ambiente:

342 Cf. Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, *op. cit.*

343 Cf. João de Pina-Cabral, «El dinamisme del plural: assaig sobre la compatibilitat equívoca», *Revista d'Etnologia de Catalunya*, 35 (2010).

esta es la imagen de la adopción, de dar tu hijo en adopción a una familia portuguesa que lo pide. Desde la otra perspectiva, la portuguesa, se estaba comprando a un sirviente, a un esclavo; se lo estaba comprando porque se daba un dinero a cambio de la entrega de ese hijo. La parte china sabía que recibía un dinero y por tanto sabía que ese hijo trabajaría para aquella familia portuguesa, pero pensaba o quería pensar —la buena fe de quien está en inferioridad de condiciones— que aquella familia era bien intencionada y además corrían historias y leyendas de hijos que habían obtenido un éxito social importante después de haber sido dados en adopción a las familias portuguesas. En realidad, eran sirvientes o trabajadores del negocio de aquella familia.

Este fenómeno puede extrapolarse a otros análogos en los que dos partes cierran un negocio jurídico, pero con unas conclusiones morales diversas sobre el mismo. Puede ocurrir entre personas físicas y entre personas jurídicas de todo tipo. Un contrato de aparcería ha sido visto como una cooperación entre partes con igualdad de capacidades y necesidades, una parte pone la tierra y otra el trabajo, repartiéndose los frutos de un modo proporcional que se tiene por justo, obviando la necesidad que tiene el aparcerero para sobrevivir, trabajando aquella tierra, y la situación más desahogada de su propietario; con lo cual, tanto las formas de trabajo como el reparto de los frutos ya vienen condicionados por una desigualdad inicial de poderes. Lo mismo ocurre entre países que «cooperan» al desarrollo —mediante préstamos y facilidades para inversiones— con desigualdad de recursos y poderes. En todos estos casos se dan compatibilidades equívocas: uno representa que cierra un contrato en igualdad de poder con otro, mientras que este, consciente de su mayor poder, le explota. Un país da la versión de recibir una inversión positiva, una cooperación para desarrollar la vida económica y social, mientras que el otro se aprovecha de las condiciones ventajosas para explotar, agotar y desgastar, gracias a su poder económico y político superior.

Las representaciones de conveniencia social (en lo personal) o política (en lo internacional) generan muchas de esas compatibilidades equívocas: se reviste de buen trato o de igualdad justa lo que la otra parte disfruta como explotación que desgasta. Pero cada parte accede a la representación justa y positiva de la transacción.

En la contratación laboral es donde más se ha mistificado la compatibilidad equívoca: la inversión para explotar el trabajo se representa como *creación de puestos de trabajo*, soslayando el imperativo del lucro; y la in-

tegración en el proceso laboral se califica como *obtención de un empleo o trabajo*, en vez de sumisión a unas condiciones de explotación. Otra cosa es que haya enormes diferencias entre las condiciones de vida en diversos trabajos y en sus remuneraciones para seguir viviendo.

Un contrato puede beneficiar y, a la vez, perjudicar y mostrar jurídicamente solo la parte que beneficia. Así, los contratos laborales o de arrendamientos de vivienda no declaran las consecuencias que tienen para la vida. En este sentido deberían decir cosas como: «y a consecuencia de este salario percibido, tal persona queda imposibilitada (o no) para hacer frente al coste de la vida en términos de vivienda, salud, alimentación y educación, porque no puede o sí puede cumplimentar mínimamente cada una de esas partidas sin detrimento de las demás». Cosas así debería declarar un contrato laboral para referir empíricamente su significado vivido. O un contrato de alquiler —que solicita el conocimiento exacto de los ingresos— también debería especificar si con el precio del alquiler se reducen o no los gastos en alimentación, educación y salud a condiciones de pobreza o miseria, por ejemplo. Esto es lo que tiene sentido para el derecho vivido: el contrato hace ganar o perder cosas que condicionan la existencia humana. Si el contrato ha de tener sentido para la vida, debe establecer también sus consecuencias. Pero el contrato solo tiene sentido para un Derecho que ha excluido de sus intereses el conocimiento real de la vida. Así, los contratos ordenan la vida pero no la explican ni la defienden. De ahí su alienación con lo que cuenta a la hora de vivir.

Hay pues procesos y procesos frente al derecho vivido: los que se producen socialmente y son reconocidos como soluciones de conflictos y son altamente participativos (característicos de las civilizaciones primitivas) y los que están instituidos mucho más aparte de la sociedad y producen soluciones de modo menos participado socialmente (llegan máxime a establecer jurados)³⁴⁴ y son menos reconocidos en términos de derecho vivido. A estos les falta la información que conecta con las condiciones de vida que el Derecho trata de regular y que, por lo tanto, también produce hasta cierto punto.

344 Los numerosos jueces-jurado de algunos de los antiguos tribunales griegos serían una tercera vía de carácter excepcional, puesto que el paradigma griego en este sentido ha sido único. Cf. Gustave Glotz, *La cité grecque*, París: Albin Michel (1988); Paul Vinogradoff, *The Jurisprudence of the Greek City*. Oxford: Oxford UP (1922).

Para las civilizaciones antiguas, primitivas, medievales y tradicionales en general, la justicia y el derecho, antes que ideas o conceptos, son experiencias de procesos sociales que las pueden generar. En algunas de estas sociedades puede haber normas o códigos, pero (como el influyente Código de Hammurabi) proceden de resoluciones jurisprudenciales, más que de leyes *a priori*.³⁴⁵ En general, como vamos viendo, nos hallamos frente a dos tradiciones diferentes: aquella en la que la norma y alguna filosofía o teología de la norma antecede al proceso, y la que se da más bien al revés. Lo más relevante sociológicamente en relación con esta distinción es la participación social, mucho más directa y amplia en la segunda tradición. En esta, la densidad de la interacción social en el proceso hace que el protagonismo normativo anide en el mismo, no fuera de él. Que lo normativo aparezca producido por el proceso aunque pueda pensarse aparte.

Que haya más filosofía del Derecho y de la justicia en unas civilizaciones que en otras puede deberse precisamente a su mayor alienación social con el derecho y la justicia, a la menor participación de la población en su producción. El caso griego resulta muy ilustrativo: la oratoria forense refleja una sociedad altamente conocedora y participante de los procesos. Los grandes discursos sobre derechos y justicia son populares —no son «especializados»— y funden derecho con moral, política, religión y psicología.³⁴⁶ Pertenecen a las necesidades comunicativas del derecho vivido.

En cierto sentido puede decirse que las sociedades con procesos dotados de gran densidad de interacción social y participación pública elaboran más directamente una socio-logía del derecho, hablan socialmente del derecho; mientras que aquellas en las que el Derecho se encuentra más instituido aparte hablan individualmente de una filosofía *frente* al Derecho. El Derecho deviene objeto desde el punto de vista de la vida, mientras que en las otras sociedades va con la vida, la acompaña íntimamente, fusionado con ella.

Nuestras ideas de justicia y derechos pueden dissociarse mucho más de los procesos que en las civilizaciones primitivas. También los sentimientos que acompañan a la justicia y a los derechos se manifiestan en los procesos primitivos, mientras que en los nuestros se inhiben o si aparecen se reprimen para que no afecten a la idea instituida que se tiene del Proceso. Las

345 Cf. Ignasi Terradas, *Justicia vindicatoria*, *op. cit.*

346 Cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, *op. cit.*

manifestaciones que para un ordenamiento contaminan el proceso, desvirtuando su sustancia, para otro lo enriquecen, tonificando su expresión. Esta última opción acerca más el proceso a la idea de lo que es justo para el sentido común de un pueblo, de una sociedad, mientras que la otra propone una relación más o menos congruente o dialéctica entre derechos y justicia, según cuerpos normativos no siempre conocidos ni reconocidos por aquel sentido común de lo justo. En esta misma orientación cognitiva para apreciar lo justo se entiende también lo que es equitativo, o reconciliador, se distingue lo que es capaz de ofender de lo que no lo es, y lo que puede ayudar o perjudicar según las circunstancias.

El realismo jurídico coincide con el realismo etnográfico en la predilección por el estudio de los casos concretos, de las múltiples circunstancias sociales y culturales que afectan a todo negocio jurídico y a toda resolución (opinión) judicial. Atienden a las realidades empíricas que de un modo directo o indirecto pueden condicionar las acciones de los actores. Tienen muy en cuenta la pragmática en la resolución de conflictos junto con la fusión de elementos morales (o políticos o religiosos) y jurídicos. Insistimos en que la autonomía del proceso en los ordenamientos vindicatorios, propios de las civilizaciones primitivas, antiguas, medievales y tradicionales con elementos de estas, radica en su densidad social (con su interaccionismo creativo de justicia) no en su aislamiento del resto de la sociedad. Si de estas sociedades hemos de sacar ideas normativas, estas tendrán que ver más con las interpretaciones de su interaccionismo procesal que con axiomas o categorías *a priori*. Por este motivo, más que ideas para una justicia, destacamos actitudes para la misma: las formas de declarar, dialogar, escuchar y reintegrar los argumentos, así como el uso de diversos instrumentos probatorios, algunos decisorios, establecen la resolución justa. De aquí la enorme autoridad del proceso en estas civilizaciones. Tiene probada su eficacia y validez sociales. Un proceso que a nosotros se nos puede revelar fácilmente informal, acostumbrados a conceder autoridad a lo que se presenta con empaque formal y respaldo coercitivo.

14. LAS COSTUMBRES: ANTES DE LA LEY Y FRENTE A LA LEY; CON LA LEY Y ENVOLVIENDO LA LEY

Una ventaja del concepto de *costumbre* es que se halla en los intersticios del conocimiento de lo normativo y conflictivo dentro y entre diversas sociedades o poderes sociales. En el mismo Derecho ya se reconoce la ambigüedad original de la costumbre (de la costumbre de repercusión jurídica, se entiende) y por eso se la reconoce con un criterio específico que es indudablemente etnocéntrico y que obedece a la idea del poder hegemónico de una ley. Porque al Derecho le cuesta entender la costumbre si no es como ley o como un germen que forzosamente crea una ley,³⁴⁷ por eso la reconoce a modo de norma legal: que sea practicada por la mayoría de una población, que no genere un conflicto constante, que perdure en el tiempo, que no vaya contra otras costumbres y leyes que tienen igual o mayor validez... En general, las costumbres —para el Derecho consuetudinario tolerado por el Estado— son normativas y hábitos de vida civil que caracterizan a determinadas poblaciones locales, sin merma del poder legislativo y judicial del Estado, una vez que ya engloba a esas poblaciones. Evidentemente, las demandas del pluralismo jurídico y de los derechos indígenas suelen entrar en conflicto con esa concepción.

347 Aquí hay que entender el radicalismo de Louis Assier-Andrieu: si los juristas no pueden entender la costumbre sino como ley, es imposible que la entiendan, con lo cual puede resultar mejor oponer epistemológicamente y ontológicamente ley a costumbre (como hacía Stanley Diamond: «The Rule of Law versus the Order of Custom», en Donald Black y Maureen Mileski, *The Social Organization of Law*, Nueva York: Seminar Press, 1973) y negar la capacidad del Derecho para comprender la costumbre. Sin embargo, el Derecho del Estado, el instituido positivamente ¡reconoce la costumbre como fuente de Derecho! Entonces podemos intentar hacerle ver su contradicción. El Derecho tiene una fuente que lo corrige, incluso, como decía Joaquín Costa, que llega a deslegitimarlo, porque Costa colocaba la costumbre como refrendadora de la ley: *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*, op. cit.

La costumbre es un concepto clave que constituye no solo el núcleo teórico propio de la Antropología jurídica, sino también, tal como lo utilizaba Meyer Fortes, sirve para definir a la misma Antropología social. Por este motivo debe verse la Antropología jurídica como una Antropología social y jurídica a la vez: que fundamentalmente estudia costumbres.

La costumbre, las costumbres, nos proporciona un buen hilo conductor para la Antropología jurídica. A partir de la incursión histórica del Estado, la costumbre siempre tiene una relación entre hostil y tolerada por la ley. Podemos distinguir tres recorridos, aunque suelen superponerse en la realidad histórica:

- 1) Cuando la costumbre se conoce a través de conflictos con las leyes estatales. Entonces las costumbres se representan (por los intereses del Estado o de quienes el Estado sirve) como obstáculos para las leyes, o bien se condesciende a tratarlas como residuos inofensivos.
- 2) Cuando la costumbre es la única ley que se conoce y que precede a lo que luego el Estado promulgará como ley (así se reconoce como fuente de Derecho). Estas costumbres pueden proceder de pactos, obligaciones, responsabilidades y derechos entre iguales, o casi iguales, o bien de relaciones entre desiguales en poder y riqueza que se perpetúan en el tiempo.
- 3) Cuando la ley se superpone a la costumbre o se practica como costumbre. Entonces, se vive acostumbrado a una ley que antes no era ni ley ni costumbre. Esta es la mayor legitimidad que obtiene la ley según Joaquín Costa.

La cuestión más básica para una teoría de la validez jurídica de las instituciones consuetudinarias es la de si estas tienen una especie de *Constitución* fundamental o si son únicamente elementos dispersos que no pueden articularse propiamente en un sistema jurídico consistente. Es decir: si tienen una normativa fundamental según la filosofía de Kelsen o una axiomática análoga según criterios positivistas o neopositivistas. La base constitucional (a nivel también internacional, como en los derechos humanos) es la que justifica mejor la validez de todo un corpus jurídico. Le confiere unidad y, sobre todo, desde un punto de vista antropológico, unos valores morales de base que funcionan como imperativos categóricos, o

equivalentes, por su larga duración histórica: aparecen como reconocimientos éticos de humanidad en la vida local. Cuando Malinowski³⁴⁸ dedujo el principio normativo de la reciprocidad como elemento básico para todas las costumbres trobriandesas, estableció este tipo de reconocimiento jurídico: un fundamento normativo con el que las demás instituciones debían estar de acuerdo, ser consistentes, congruentes con él, constituyendo así una representación local de lo humano universal. Su teoría de Antropología jurídica dio unidad y consistencia al sistema jurídico trobriandés, a la vez que satisfacía en gran medida los cánones kelsenianos y neopositivistas del Derecho.

Esta base constitucional fue establecida con mayor explicitud jurídica por Pigliaru en su estudio de la sociedad barbaricina de Cerdeña.³⁴⁹ Las costumbres no están reñidas con la constitución de un corpus normativo jerarquizado: con normas fundamentales y con otras más específicas que deben ser consistentes con las anteriores. Ello concuerda con el criterio neopositivista para el derecho, y con el de Kelsen, que si no se toma de un modo excesivamente formal y excluyente puede explicar el sentido de lo jurídico para cualquier sociedad. Llewellyn —fiel a su criterio realista— incluía en el derecho de los Cheyenne no únicamente lo que eran instituciones para resolver conflictos (las «tareas del derecho») sino también todo lo que tenía «sabor a derecho».³⁵⁰ La cuestión es tener una

348 Bronislaw Malinowski en *Crime and Custom*, *op. cit.*

349 Antonio Pigliaru, jurista e investigador etnográfico, se inició en el estudio de las venganzas dentro de un ordenamiento jurídico —no como acciones antijurídicas—: *Il Banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milán: Giuffrè (1975). También: Ignasi Terradas, «La obra de Antonio Pigliaru», en *Justicia Vindicatoria*, *op. cit.*; Paolo Di Lucia, «Le due vendette», en *La ricerca di Antonio Pigliaru (1922-1969) sulla vendetta barbaricina*. Pavia: Nuova Tipografia Popolare (2010); Giuseppe Lorini, «Antonio Pigliaru, filosofo della giuridicità», en *La ricerca di Antonio Pigliaru (1922-1969) sulla vendetta barbaricina*, Pavia: Nuova Tipografia Popolare (2010). Pigliaru destacó los criterios de prudencia, progresión y proporcionalidad en las venganzas, que obedecen a la teleología de la reconciliación. De ello hablaremos en el apartado sobre justicia vindicatoria.

350 Karl Llewellyn es uno de los mejores exponentes de las posibilidades de la Antropología jurídica. Jurista norteamericano, autor de libros de texto para estudiantes de Derecho y de un Código de Comercio para el Gobierno de los Estados Unidos, también de un Código Legal para la comunidad indígena de los Pueblo y de un libro, escrito con Adamson Hoebel, en el que siendo jurista abre el Derecho a las interpretaciones antropológicas como el que más: *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, *op. cit.* Malinowski saludó la aportación de Llewellyn en «A New Instrument for the Interpretation of Law—Especially Primitive», *op. cit.*, una publicación póstuma.

apertura antropológica y no dejarse llevar por la cerrazón formalista del positivismo. Entonces, fijémonos, una sociedad con «costumbres» (en vez de «leyes») también puede contemplarse como un ordenamiento jurídico, con todo un sistema de normas y procesos sociales para obtener lo que universalmente tiende a traducirse como justicia y derechos.

Sobre la universalidad del reconocimiento de la justicia y los derechos conviene puntualizar. Ciertamente hay muchas diferencias *sintácticas* entre culturas jurídicas (de formas procesales y conceptos normativos); hay menos de carácter *semántico* (con los contextos etnográficos se pueden hacer traducciones entre diferentes sociedades)³⁵¹ y aún menos en lo *pragmático* (podemos identificar los procesos sociales utilizados en la resolución de conflictos, sean de la naturaleza que sean y deducir normas).³⁵²

Sin una promulgación escrita, la costumbre puede obtener la vigencia pragmática de la ley. Puede tener una sintaxis e incluso una semántica distintas a las de nuestras instituciones jurídicas, pero pragmáticamente consigue lo mismo. Como antropólogos no nos importa si la validez y eficacia de un pacto se hace a través de lo que para nosotros es «sintácticamente» una notaría o un tribunal formal, se hace con un ritual con bastantes recursos espirituales, o con una danza ceremonial. La forma, una burocracia barroca o una danza estilizada, importa menos que la validez ética y jurídica de su institución, su reconocimiento social en el terreno normativo, junto con su eficacia pragmática en el orden social. Incluso si la justicia se consigue de un modo más explícito, válido y eficaz con una danza ritual³⁵³ que con un diálogo de formulaciones técnicas, podemos considerar esa danza como un procedimiento más genuinamente jurídico que un proceso de preciosismo formalista, de exhibición de acrobacias burocráticas. Evidentemente, la progresiva alienación del Derecho positivo —por sus formalismos— respecto a las peticiones humanas de justicia (surgidas de existencias humanas concretas, individuales y colectivas) puede despertar

351 Recordemos la traducción de *derecho* por *respeto* entre el pueblo maya según Pedro Pitarch: «El laberinto de la traducción. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en tzeltal», en Pitarch, P. et al., *Los Derechos Humanos en tierras mayas. Política, representaciones y moralidad*, op. cit.

352 Es lo que hizo Antonio Pigliaru cuando dedujo el código del ordenamiento jurídico barbaricino en *Il banditismo in Sardegna*, op. Cit. y Karl Llewellyn con los Cheyenne en *The Cheyenne Way*, op. cit.

353 Así, por ejemplo, entre los andamaneses, según los datos etnográficos de Radcliffe-Brown: Ignasi Terradas «El rito andamanés de reconciliación», en *Justicia Vindictoria*, op. cit.

simpatías hacia costumbres mucho más sencillas para obtener justicia y hacer valer derechos.

Las costumbres de las civilizaciones primitivas o de algunos grupos sociales tradicionales suelen estar también más cerca de la espontaneidad en la búsqueda de justicia y en la reivindicación de derechos. Algunas costumbres pueden parecer extrañas si no se conocen los acuerdos tácitos sobre los que descansan. Con el tiempo puede perderse el conocimiento de esos acuerdos —o puede que dejen de tener validez— y este es uno de los motivos por los que la costumbre desaparece.

Las costumbres pueden manifestar claramente unas normas, pero no siempre. También hemos de tener presente que varias leyes, a pesar de su apariencia normativa, están hechas para introducir algún tipo de caos en algunas relaciones o instituciones humanas. Así sucede con leyes «desreguladoras» o de «libertad contractual» que, en la práctica, vemos que pronto atentan contra varios derechos y responsabilidades.

Tanto las leyes como las costumbres pueden generar conflictos y desórdenes de todo tipo, a pesar de que el discurso que las sostiene diga lo contrario. Tenemos abusos claros, fuentes constantes de injusticias y de conflictos criminales en costumbres señoriales que han pasado por sólidos órdenes sociales, jurídicos y políticos. También conocemos leyes racistas que han pasado por sanas y patrióticas. Por otra parte, se dan históricamente sinergias positivas entre varias costumbres y leyes, por ejemplo, en materia matrimonial y sucesoria. Desde el punto de vista de lo justo y del criterio contemporáneo de los derechos humanos, podemos recelar o confiar tanto en lo que es costumbre como en lo que es ley. No por ser una cosa u otra son mejores. Depende de cada caso. No puede decirse que la costumbre *per se* o que la ley, también *per se*, sean necesariamente más «buenas» para la consecución de mayor igualdad social o de justicia ante responsabilidades y derechos.

La costumbre de unos pueblos también puede equivaler a la ley de otros. La costumbre puede transformarse en ley y esta otra vez en costumbre y lo mismo puede ocurrir con la ley. Así, el concejo de una comunidad puede juzgar con una antigua ley como costumbre actual, y un tribunal del Estado puede hacerlo con una antigua costumbre convertida en ley actual.³⁵⁴

354 Louis Assier-Andrieu ha reflexionado abundantemente sobre estas posibilidades históricas de las costumbres: «Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume», *L'Homme*, 160 (2001) y en *Chroniques du juste et du bon*, *op. cit.*

Actualmente el Derecho consuetudinario de muchos pueblos ya nos llega escrito, pero sus contenidos siguen refiriéndose, en gran medida, a estipulaciones o acuerdos verbales hechos con diversas fórmulas, gestos y señales o símbolos. Los acuerdos para múltiples cooperaciones o los tratos de compraventa en ferias y las palabras dadas para cumplir con faenas, no tienen formularios ni procederes comunes. Aunque algunos, como los tratos de compraventa, pueden sintetizarse en sus pasos principales: el encuentro, el tiento previo, la revisita con o sin interacción, la interacción decisoria y la celebración del trato.

Por otra parte, hay otros tipos de compromiso como las promesas de amor o de matrimonio —el *estar prometidos*— que también tienen una validez parangonable a la de una costumbre jurídica.³⁵⁵ Algunas de esas fórmulas promisorias —o conductas propias de *prometidos* para el matrimonio— han alcanzado a la misma ley penal, como en el estupro. En este tipo (entre los siglos XIX y XX) ha bastado la promesa de matrimonio para obligar a su cumplimiento y en caso contrario para penalizar a su infractor.³⁵⁶

Una vez sancionadas las promesas por las familias de ambas partes, se han estipulado y protocolizado esponsalicios, junto con celebraciones festivas de los mismos, acompañadas de diversos actos de carácter simbólico.³⁵⁷ Todo lo prometido para el futuro régimen de bienes obtiene ya valor jurídico antes del matrimonio.³⁵⁸

Las costumbres con una mínima validez jurídica, con normas para conflictos potenciales sobre lo justo, pueden ser tácitas y mudas. Rodol-

355 Cf. Paolo Di Lucia, *L'Universale della Promessa*, *op. cit.*

356 El tipo delictivo es el de quien mediante promesa de matrimonio obtiene la unión carnal con una mujer menor de veintitrés años. La promesa puede haberse formulado explícitamente o venir deducida del comportamiento que hace que socialmente se considere a una pareja como *prometidos*. La querrela suele proceder por parte del padre o tutor de la mujer. Así puede constatarse en la jurisprudencia posterior al Código Penal de 1870.

357 Por ejemplo, en Catalunya podemos seguir parte de estos rituales y la tipología de los acuerdos en *Les esposalles. Costums i creences* de Joan Amades, Barcelona: Biblioteca de Tradicions populars (1934).

358 Así se fusiona en época moderna gran parte de la costumbre con lo que ya rige como Derecho civil: Joan Pere Fontanella, *De pactis nuptialibus...*, Ginebra: Albertum (1627); Francesc Maspons i Anglasesell, *Tractat dels Pactes Nupcials...*, *op. cit.*; y, en contexto más amplio, Isabel Pérez i Molina, «Les dones en el Dret clàssic català: un discurs sexual», en *Duoda*, (2) (1991).

fo Sacco ha destacado la normatividad y hasta juridicidad de estos *actos mudos*.³⁵⁹ El *silent trade* o la posesión tácitamente acordada son algunos ejemplos. También hay que considerar los *criptotipos* o tipos normativos implícitos en los intercambios, de acuerdo con las culturas normativas que posee cada parte. Así, se puede dar la *compatibilidad equívoca*³⁶⁰ que ya hemos considerado con anterioridad: los significados pueden ser distintos para las partes, pero pueden obtener una compatibilidad pragmática.

En este tipo de intercambios con semánticas distintas, el resultado pragmático viene facilitado por cierto acomodo sintáctico. En lo mínimo, una parte observa la actitud y gestos ceremoniales de la otra y trata de imitarla, o bien tantea con la propia actitud cierta integración con la de la otra parte. Así sucede cuando dos personas o grupos de personas tratan de «entenderse» con distintas formas de salutación. Si la intención y su objetivo pragmático coinciden, se mitigan los significados de los errores sintácticos (de los gestos, actitudes y palabras). En este estado algo confuso pueden incluso surgir formas de encuentro y salutación mixtas, híbridas y cambiantes en el transcurso de sucesivas interacciones.

El silencio y las distancias en tiempo y lugar para intercambiar productos atestiguan en sí un contexto especial: el encuentro justificado solo para ese intercambio y la prudencia ante una relación peligrosa, en razón más bien de varias desigualdades de poder que de diferencias culturales.³⁶¹

Decíamos que el mismo Derecho reconoce la costumbre como una de sus fuentes. Esto es claramente así cuando podemos observar la transición de una costumbre al Derecho consuetudinario que se conoce ya por escrito y que finalmente pasa al Código Civil. Pero conviene precisar que (lo vemos en obras como la de Joan Pere Fontanella) la costumbre puede seguir como tal y quedar a su vez incorporada en el Derecho civil, cuando este tiene su propia jurisdicción territorial. Así, puede reconocerse como ley civil lo que antes estaba recopilado como consuetudinario, o aún la ley civil puede tratarse como equivalente del Derecho consuetudinario. Lo

359 Paolo Di Lucia, «Idealtypen per una tipologia degli atti istituzionali», en *Rivista di Estetica*, (39) (2008). Para una ponderación analítica de los actos mudos y los criptotipos en ámbitos normativos: Lorenzo Passerini Glazel, *Le realtà della norma, le norme come realtà*, *op. cit.*

360 João de Pina Cabral, *Between China and Europe*, *op. cit.*

361 Cf. Ignasi Terradas, «La construcción primitiva de la identidad sucesoria y la génesis de la ordalía», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (12) (2008).

que importa de estas fusiones o confusiones es saber si la costumbre ha sido incorporada al Derecho de acuerdo con el sentido que tenía cuando era costumbre; o si ha caído en desuso, aun cuando haya sido incorporada al Derecho, o si este no la respeta suficientemente para que se mantenga con su peculiar eficacia.³⁶²

Al mismo tiempo, tenemos costumbres —como muchas de matrimonio y sucesión— que han pasado a ser leyes por la aquiescencia o incorporación positiva en el Estado. Tanto, que este mismo Estado ha llegado a creer que las había creado. Lo mismo ha ocurrido con costumbres de derechos comunales incorporadas a las jurisdicciones señoriales³⁶³ y costumbres que han luchado y siguen luchando contra el Estado, como las relativas a derechos de subsistencia contra derechos de mercado amparados por el Estado.³⁶⁴ En medio hay relaciones bastante armónicas entre Derecho estatal y costumbres, pero sin que ello suponga que no hay conflictividad dentro de la misma costumbre. Un lugar común de esa conflictividad es la originada por la expansión de las posesiones privadas y su conversión en propiedad frente a los derechos comunales de posesión y disfrute de bienes.³⁶⁵

La Antropología jurídica debe especial atención a estudios como los organizados por Joaquín Costa en torno al tema *Derecho consuetudinario*

362 Estas cuestiones han sido tratadas por Ramón P. Rodríguez Montero: *Galicia y su Derecho privado*, Santiago de Compostela: Andavira (2012); *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia*, A Coruña: Netbiblo (2001); «Aproximación a la Historia jurídica de Galicia», en *Sobre Historia y Derecho*, Santiago de Compostela: Andavira (2017). Hay que hacer notar que Ramón Rodríguez Montero utiliza fuentes etnográficas para obtener datos jurídicos de derecho consuetudinario.

363 Así en Louis Assier-Andrieu, *Le peuple et la Loi*, París: LGDJ (1987) y en *Chroniques du juste et du bon*, *op. cit.*

364 En gran parte de la Antropología jurídica y política no se habla de otra cosa. La ley contra la costumbre en el análisis de Marx está en la base de la cuestión que trataremos en el próximo capítulo.

365 Un ejemplo de la complejidad de esa encrucijada: en Lidia Montesinos, *Iraliku'k: La confrontación de los comunales*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona (2013). También: Marie-Noëlle Chamoux y Jesús Contreras (eds.), *La gestión comunal de recursos*, Barcelona: Icaria (1996). Para una síntesis sobre las formas de poder local y su interacción con las de cooperación económica: Jesús Contreras, «Estratificación social y relaciones de poder», en Joan Prat *et al.*, *Antropología de los pueblos de España*, Madrid: Taurus (1991).

y *Economía popular*.³⁶⁶ En estos prevalece un sistema de valores éticos y jurídicos³⁶⁷ que se encontraban en la contrapartida de la vida social de lo común bajo el régimen señorial. En ellos destacan los principios de equidad y seguridad material para toda una comunidad local.³⁶⁸ Asimismo, Costa establece una teoría del *hecho consuetudinario*³⁶⁹ que, como señala J. J. Gil Cremades en el «Estudio introductorio» al libro, establece *la primacía del Derecho consuetudinario sobre el Derecho del Estado oficial*. Costa defiende que, tanto individualmente como colectivamente, se tiene una conciencia más fundada sobre el Derecho consuetudinario que sobre el estatal. Este último se ignora en gran parte. Por este motivo, el Derecho consuetudinario constituye el hecho jurídico por excelencia.³⁷⁰ Al mismo tiempo, Costa conjuga con detalle las sustancias del derecho individual y del colectivo. Esto le permite defender el valor jurídico de las costumbres como un hecho positivo, frente al positivismo jurídico más individualista. Así, Costa consigue hacer «cómplice» al liberalismo individualista de un proyecto jurídico (¡y económico!) de carácter más colectivista. Esta «complicidad» la refuerza con razonamientos muy pragmáticos en su libro sobre *El problema de la ignorancia del derecho*.³⁷¹

La obra de Costa y colaboradores obedece al estudio de costumbres basadas en organizaciones locales de la economía, que por lo general tratan de justicia distributiva y de los deberes y obligaciones de una recípro-

366 A partir de la obra emprendida por él mismo: *Derecho consuetudinario y economía popular en España*, Barcelona: M. Soler (1880). Louis Assier-Andrieu establece lo fundamental en lo común local de larga duración histórica en *Coutume et rapports sociaux*, París: CNRS (1981); *Le peuple et la loi*, *op. cit.*

367 La iniciativa de Costa y colaboradores se enmarca en el proyecto *regeneracionista* del que fue uno de sus principales impulsores. Sus estudios y críticas sobre la situación agraria española se complementaron con el dedicado al régimen político: Joaquín Costa, *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*. Madrid: Revista de Trabajo (1975 [1902]).

368 Cf. Ignasi Terradas, «Antropología jurídica: costumbres y conflictos», en Javier Marcos Arévalo, *et al.* (eds.), *Nos-otros: miradas antropológicas sobre la diversidad*, Mérida: Asamblea de Extremadura (2010).

369 Véase especialmente el cuarto capítulo, «El hecho consuetudinario» de la *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Zaragoza: Guara (1984).

370 Norberto Bobbio realizará más tarde (que publicará en 1942) un recorrido en parte semejante al de Costa en *La consuetudine come fatto normativo*, Turín: Giappichelli (2011).

371 *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*, *op. cit.*

ciudad restringida y también generalizada. Así se formula una *economía popular*, concepto que, al igual que el de *economía moral* de Thompson,³⁷² presenta una *costumbre en común* tratada como Derecho consuetudinario y una economía al servicio prioritario de la autonomía y bienestar locales, lo cual se articula en varias ocasiones con localidades vecinas. Los mercados comarcales juegan un papel redistributivo más justo que los que los trascienden. Estos van a la par con acaparamientos y especulaciones que empobrecen a los pueblos y destruyen los valores de la equidad. Costa ve la *regeneración* en la potenciación de los recursos y formas de aprovisionamiento y redistribución local con una articulación de progresión vecinal: del mismo modo que la vecindad establece derechos y servidumbres en máxima contigüidad espacial, la vecindad entre pueblos y luego entre comarcas pueden asegurar la mejor potenciación de la productividad agraria fortaleciendo de un modo escalonado las pequeñas ciudades, para alcanzar después a capitales mayores. Esas ideas contrarrestaban las desproporciones entre campo y ciudad a las que nos ha llevado el hipercapitalismo.

En Costa (y en otros juristas que trabajaron en la misma dirección), la *economía popular* va siempre junta con el *Derecho consuetudinario*. Sus estudios dejan ver claramente que la «espontaneidad» de la costumbre se debe a una «espontaneidad» organizativa de la economía —en términos de justicia redistributiva y equidad casuística— que requiere un mínimo de conocimiento experimentado, más que pura espontaneidad. Ello hace que la teoría y metodología de Costa se acerque al socialismo, pero con gran habilidad teórica (frente al positivismo civilista) lo tempera con el imperio (¡también consuetudinario!) del derecho individual, subjetivo y privado.

La perspectiva de Costa lleva a extender el concepto de costumbre a todos los ámbitos sociales. Ninguno queda excluido. Ahora bien, como veremos claramente con Marx, también deja claro que el sentido histórico de la costumbre, una vez que se ha edificado el Derecho de los Estados con su poderosa dominación, adquiere un significado especial en lo redistributivo más local, que suele quedar enfrentado con el orden jurídico del Estado. Así son las costumbres de los campesinos, pastores, hortelanos, leñadores, pescadores y artesanos diversos, y no las de los mercaderes,

372 Edward P. Thompson, *Costumbres en común*, Barcelona: Crítica (1995).

banqueros, industriales, abogados o políticos, entre otros, las que más se consideran cuando se tiene en cuenta la dialéctica de síntesis difícil entre costumbre y ley. Precisamente gran parte del Derecho civil (mercantil), desde el común medieval hasta el positivista decimonónico y actual, se debe a la juridificación o conversión jurídica de costumbres de mercaderes, prestamistas, comerciantes y financieros de todo tipo. La doctrina del *Law and Economics* sigue esa trayectoria: obedecer legislativa y judicialmente los intereses de las costumbres de la gente de negocios.³⁷³ Como en la época señorial (nunca confundirla con el feudalismo concomitante), el Derecho ha hecho leyes de usos, y también de «abusos y costumbres»,³⁷⁴ de los intereses de los negocios capitalistas y de las burocracias privadas y públicas. El imperio hipotecario, crediticio, oligopólico, comisionista y fiscal de los negocios capitalistas y de sus burocracias ha promulgado leyes obedeciendo a «malas costumbres», como antes a los «malos usos» señoriales. Hemos visto leyes para trasladar la usura a los «costes financieros»; leyes para trasladar las pérdidas de la banca y grandes empresas privadas al erario público y para posibilitar la especulación sobre el endeudamiento público en beneficio del capital financiero privado. La arbitrariedad de «mercado» en la retribución salarial se ha hecho ley de «reforma laboral». Se ha legalizado el acaparamiento de viviendas para encarecerlas y beneficiarse de su venta y alquiler, con la coartada ideológica de proteger la libre concurrencia... y tantas otras costumbres de diversos poderes que, a través de ficciones legales, imponen sus usos y abusos.

En el Reino de España, con un parlamento en el que impera el dogma de no modificar o reformar la Constitución, se ha producido una verdadera revolución o subversión constitucional. Se ha puesto en entredicho la prioridad de la obligación del Estado para cumplir sus contratos con los ciudadanos, justificando su incumplimiento con una disposición sobre la «estabilidad económica». Para ello se ha cambiado radicalmente el artículo 135 de la CE, estableciendo la arbitrariedad en los contratos del Estado

373 Para una crítica desde la función antropológica del derecho: Alain Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, París: Seuil (2005); *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Barcelona: Península (2011); *Critique du droit du travail*, op. cit. Para una crítica sencilla y directa desde la perspectiva de la Antropología social: Sally Falk Moore, «Certainties undone: fifty turbulent years of Legal Anthropology», en *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 7(1) (2001).

374 Cf. Ignacio Iturrealde, *Comunidades encadenadas. Análisis de la cultura política y el caciquismo en un distrito de Oaxaca*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona (2014).

con los ciudadanos: una auténtica revolución constitucional —promovida por presiones de otros Estados— y efectuada el 27 de septiembre de 2011. El nuevo «pacto» neoliberal predica el incumplimiento de obligaciones contractuales anteriores (la arbitrariedad neoliberal contra la responsabilidad liberal). Se trata de eludir una responsabilidad ante un poder que se quiere respetar más que el del conjunto de la ciudadanía. El poder de los grandes prestamistas del Estado. Así, el nuevo texto dispone que todos los salarios y pensiones públicas, y cualquier otra obligación de pago o necesidad de inversión del Estado, se supediten a la prioridad absoluta del pago de los intereses y capital de la deuda pública. Con una deuda siempre excesiva, puede justificarse cualquier otro incumplimiento contractual por parte del Estado. Las situaciones de catástrofe natural, recesión económica o situaciones de emergencia (como el controvertido estado de alarma decretado por el Gobierno para hacer frente a la pandemia) serían las excepciones. La situación generada por la pandemia del covid no solo representó una excepción, sino que puso en evidencia la corrupción que suponía todo incumplimiento contractual, y con más daño cuando podía afectar a la salud de la mayoría de la población. Pero la cuestión se ha pasado de puntillas, hasta que el estar involucrados en una guerra lo ha vuelto a justificar, y mucho más que la preocupación por la salud pública. Para mejorar el estado de la salud pública no se efectúan inversiones de reserva y futura capacidad de defensa y contraofensiva. Son activos que se consideran innecesarios para la salud de las gentes, pero indispensables para la defensa militar. Quizás si se unificara la defensa nacional con la salud pública, disfrutando de la misma mentalidad y acción estratégica y presupuestaria, se defendería a la población con mayor realismo, eficacia y bienestar resultante.

En Hungría y en Rusia hubo resoluciones judiciales contra la prioridad sobrevenida del Estado para cumplir con sus acreedores, cuando precisamente un gobierno postsocialista «liberal» optaba por incumplir contratos típicamente liberales: los contraídos bilateral y recíprocamente por el Estado para pagar salarios públicos y pensiones. El contrato liberal tuvo que defenderse frente a la irresponsabilidad neoliberal.³⁷⁵

375 Cf. Kim Lane Scheppele, «Liberalism against Neoliberalism: Resistance to Structural Adjustment and the Fragmentation of the State in Russia and Hungary», en Carol J. Greenhouse (ed.), *Ethnographies of Neoliberalism*, Filadelfia: University of Pennsylvania Press (2010); Ignasi Terradas, «La Antropología de la responsabilidad en tiempos del folklore neoliberal»,

Al mismo tiempo (ya hemos tratado antes esta cuestión):³⁷⁶ el mercado está básicamente ordenado por fuerzas políticas. La determinación de precios se debe más a las conveniencias políticas para su alza o baja que a la típica razón de mercado entre demanda y oferta. El poder para determinar los precios procede de los oligopolios financieros, comerciales e industriales, tanto o más que de las políticas monetarias gubernamentales. El efecto del encuentro entre vendedores y compradores en «libre concurrencia» es una utilidad marginal decreciente para el grueso del poder que determina los precios de los bienes que son costes de otros (precio del dinero, de la energía, de los productos básicos de tecnología y alimentación).

En definitiva, el poder de los oligopolios financieros, comerciales, energéticos y de acaparamiento de productos básicos, impone sus costumbres abusivas y, si es preciso, sus leyes en la misma dirección. Pero hay costumbres económicas más responsables y respetuosas con los derechos de los demás. Por esta razón un liberalismo comedido ha tenido que enfrentarse a las arbitrariedades neoliberales. En la Antropología jurídica se ha podido discernir el valor de la costumbre frente al abuso; defender lo consuetudinario para distintos ámbitos sociales, sin contribuir a la irresponsabilidad y a la injusticia. Tenemos un buen ejemplo de ello en la obra de Karl Llewellyn, jurista y antropólogo, redactando un *código de comercio* para los Estados Unidos y también un código para los indígenas *pueblo* del mismo país, todo ello basado en la información sobre el significado y los detalles prácticos de unas costumbres, fueran de comerciantes o de una comunidad indígena.³⁷⁷

Bronislaw Malinowski titula uno de sus textos fundamentales para la Antropología jurídica *Delito y costumbre*.³⁷⁸ Coloca las costumbres de reciprocidad en la base del orden social de los trobriandeses. Estas costumbres constituyen su «Derecho civil», asistido por un «derecho penal», pero con

en Ignasi Terradas (coord.), *Antropología jurídica de la responsabilidad*, Santiago de Compostela: Andavira (2011).

376 Cf. Stergios Skaperdas, «Restraining the genuine Homo Economicus...», *op. cit.*

377 Cf. William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, *op. cit.*

378 *Crime and Custom in Savage Society*, *op. cit.* *Crime* debe ser entendido como delito en general (así se entiende en la cultura jurídica inglesa *Crime* y *Criminal offense*). Además, Malinowski refiere de hecho en su obra a toda una gama de delitos, faltas y litigios, desde conflictos «privados», «civiles», hasta homicidios y asesinatos. Se trata pues del ámbito de la delincuencia y conflictividad en sentido amplio.

unas formas de respuesta social al delito u ofensa peculiarmente distintas de las nuestras.

Malinowski expone así la parte civil:

Un Derecho civil, un derecho positivo que gobierna todas las fases de la vida tribal, está compuesto de obligaciones vinculantes, visto como derecho por una parte y reconocido como deber por la otra, mantenido en vigor gracias a un mecanismo específico de reciprocidad cuya publicidad es inherente a la propia estructura social.³⁷⁹

Al mismo tiempo, Malinowski da cuenta de la praxis flexible de este derecho, sobre todo porque se halla incrustado en el conjunto de la vida social, y es ese conjunto, como contexto operativo, el que dirige la acción del derecho «civil». De este modo aparece como costumbre, como algo arraigado al todo constituido por una cultura social tradicional. Porque entre los trobriandeses el «derecho» y los «fenómenos legales» no generan *instituciones independientes*. *El Derecho (Law en inglés) representa —continúa Malinowski— más bien un aspecto (énfasis nuestro) de su vida tribal. Es un aspecto de su estructura, más que una organización social autocontenida, independiente. El derecho trobriandés no se construye sobre un sistema especial de leyes, que prevén y definen formas posibles de incumplimiento y que proporcionan barreras pertinentes y remedios*. Malinowski deja muy clara la incrustación del derecho en la sociedad, lejos de la institución positivista del Derecho instituido en la nuestra. Al mismo tiempo, muestra cómo esa misma incrustación es la que le confiere su funcionamiento como costumbre. La fuerte integración en la totalidad social refuerza la legitimidad de la costumbre: sin ella no funciona el todo social. Consecuentemente, para que funcione esa totalidad sin obstáculos,³⁸⁰ es necesario que ni la economía, ni el derecho, ni la política, ni la moral o la religión, puedan escindirse e institucionalizarse aparte. Además, el funcionamiento de la costumbre en términos del propio conjunto social hace que esta se represente con ese complejo fundido de la vida social, con lo cual la función normativa apa-

379 Malinowski, *op. cit.* p. 58.

380 Pensemos en cómo la institucionalización de distintos ámbitos de conocimiento y acción en nuestra sociedad generan lenguajes y acciones alienadas del conjunto social, que representamos y vivimos como obstáculos. El paradigma de esas instituciones y lenguajes que se alienan más de la vida social como conjunto complejo de fusiones cotidianas es la burocratización, la cual mutila dichas fusiones vitales y a la vez trata de interpretarlas con formas —fórmulas— que las reducen y paralizan.

rece forzosamente moderada, fusionada, con otras representaciones y funciones sociales.

Con esta perspectiva, Malinowski presenta una escala de reconocimiento y resolución de conflictos entre los trobriandeses. En primer lugar menciona la reunión a modo de consejo de familia, el *yakala*, sin árbitros o jueces. En otro orden de cosas están las imprecaciones mágicas para proteger propiedades (*kaytapaku*), para prohibir recolecciones antes de tiempo (*kaytubutabu*) y para impedir la exportación de los bienes de valor que deben destinarse al *kula*³⁸¹ (*gwara*). Malinowski valora también una especie de pacto o *contrato ceremonial* (*kayasa*) por el que una parte redistribuye bienes que ha acumulado a cambio de la asistencia de la otra parte en su empresa. Malinowski considera que estas costumbres van asociadas a relaciones vinculantes, pero que no pueden tomarse como *exclusivamente jurídicas* (Schapera y Gluckman ratificarán esa perspectiva).³⁸² Para Malinowski, *el ámbito principal del derecho radica en aquellos mecanismos que se encuentran en la base de las obligaciones reales que cubren una vasta porción de sus costumbres*.³⁸³ Se encuentra en aquellos actos que se retribuyen con un *castigo tribal*, que suscitan *la ira y la indignación de toda la comunidad*. Significativamente, Malinowski destaca un «delito» y un «castigo» de los que pueden parecernos más exóticos para analizarlo en sus partes y en su conjunto, y hacérselo más familiar, más inteligible y éticamente comprensible. Porque tiene algunos elementos comunes con nuestras tradiciones penales. Así nos revela que ciertas infracciones de un tabú son recriminables, no por el hecho en sí sino por crear un escándalo: *la opinión pública no se sentía ultrajada por el conocimiento del delito, ni reaccionaba directamente en su contra. Para ello era necesario que se hiciera público y que la parte ofendida reaccionara atacando verbalmente a la otra, pero aun así el castigo sería autoinfligido*. Malinowski refiere en varias de sus obras el caso de Kima'i: por constituir uno de los mejores paradigmas para comprender el funcionamiento «penal» trobriandés y su base «civil». ³⁸⁴ Se trata de una pareja de primos paralelos que sostienen una

381 Cf. en este libro el capítulo *La ética de la reparación*.

382 Isaac Schapera, *A Handbook of Tswana Law and Custom*, op. cit.; Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, op. cit.

383 *Crime and Custom*, op. cit., p. 62.

384 Sobre todo se puede complementar la información de *Crime and Custom* sobre Kima'i con la que proporciona sobre el mismo caso en *The Sexual Life of Savages in North-Western*

relación sexual, un «incesto» o relación sexual prohibida para el orden social y político del Parentesco trobriandés. Para este, la reciprocidad sexual debe orientarse hacia los primos cruzados. La relación se mantiene «en secreto». Esto quiere decir que es conocida, pero no se manifiesta públicamente y no produce escándalo. Hasta que un primo cruzado que pretende su derecho posesorio sobre la muchacha acusa e insulta a su rival y promueve el escándalo. Entonces el amante «secreto» queda automáticamente transformado en un escandaloso reo de «incesto» o de ofensa sexual. Con ello queda cubierto por lo que en una situación análoga en nuestra sociedad llamaríamos vergüenza y oprobio. No hay un castigo penal instituido entre los trobriandeses para este tipo de ofensas, pero la marginación en que incurre el reo de las mismas conduce a un ignominioso destierro o a un suicidio. Malinowski apunta a que suele imponerse esta última opción. Kima'i subió a lo alto de una palmera, hizo un discurso contra su rival y delator y se tiró desde lo alto. En su funeral hubo una riña entre parientes cercanos de ambos jóvenes. Malinowski nos invita a comprender los hechos con fenómenos con los que podemos estar más familiarizados: la genuinidad de la pasión amorosa contra las convenciones sociales, la injusticia y ultraje de la delación, los efectos del escándalo público, el oprobio y vergüenza de la conducta «desviada», el suicidio «altruista» (Durkheim) como sacrificio en honor de la norma social.

Malinowski destaca junto con estos hechos los anteriores y lo que pudo haber ocurrido si la relación entre los dos jóvenes no hubiera sufrido la delación pública y su escándalo. Nada. Por ello deduce —con otros casos— que en la sociedad trobriandesa la costumbre jurídica no es rigurosa y taxativa. La tradición también enseña subrepticamente cómo evadir los dictados de las normas consuetudinarias.³⁸⁵ Existe toda una magia que ayuda a tener éxito en las transgresiones de las normas (para tener éxito en el adulterio, para estropear una fiesta, para malograr la cosecha

Melanesia, Nueva York: Eugenic Publishing Company (1929). Existe un trabajo inédito de Mireia Ninou que reconstruye todo el drama de Kima'i (en la extensión que le otorga Turner al conflicto jurídico como drama) tratando de familiarizarnos (como instaba Malinowski a hacerlo) con las ofensas y derechos subjetivos trobriandeses: «El cas de Kima'i: el suïcidi (*lo'u*) com a expressió i protesta entre els trobriandesos»: *Curs d'Antropologia jurídica*, Universitat de Barcelona (2011).

385 *Crime and Custom*, *op. cit.* p. 81.

de alguien, etc.): Malinowski habla de una parte de la tradición que trabaja contra el derecho.

Esto se parece bastante a nuestra doblez moral tradicional en conflictos como el adulterio (aventura feliz y a la vez delito u ofensa contra el matrimonio) y más específicamente evoca algo análogo en el contraste entre el delito de amancebamiento y el de adulterio en los antiguos códigos penales: si el adulterio lo practica un marido sin escándalo, no es delito. Si lo hace con escándalo no es delito de adulterio sino de amancebamiento (con una pena menor). En cambio, si se descubre el adulterio de la mujer casada, por más secreta que haya tratado de mantener la relación, es rea de adulterio (con una pena mayor).

Para Malinowski, en la sociedad trobriandesa existe una conflictividad arraigada en la misma normativa de Parentesco y estructuración social y política: la que se da entre el «Derecho materno» y el «amor paterno», entre la «ciudadanía» matrilocal y la crianza patrilocal. El complejo social matrilineal actúa como socializador de las normativas «públicas» o de orden social más afecto al sistema político, mientras que lo que está del lado del padre queda (debe quedar) en un ámbito más «privado» y no debe afectar a las prelación matrilineales. Pero existe un conflicto en el que cada hombre debe responsabilizarse políticamente y económicamente con los hijos de su hermana, en posible detrimento de la predilección por los propios hijos.³⁸⁶ Esto es fuente de conflictos «privados», que pueden alcanzar lo público, tratando de subvertir el orden impuesto por la normativa matrilineal.³⁸⁷

Malinowski destaca también las «autopsias» con procedimientos mágicos para dilucidar las causas de los fallecimientos. En estas aparece el valor de los celos del poder, la «culpa» por haber desafiado el prestigio,

386 Malinowski sintetiza el conflicto entre obligaciones políticas y afectos familiares con estas palabras: *While in any contest of social, political, or ceremonial nature a man through ambition, pride, and patriotism invariably sides with his matrilineal kindred, softer feelings, loving friendship, attachments make him often neglect clan for wife, children, and friends, in the ordinary situations of life* (*Crime and Custom, op. cit.* p. 114).

387 Malinowski desarrolló toda una teorización sociopsicológica del fenómeno frente al «complejo de Edipo» freudiano: cf. la versión española: *Edipo destronado. Sexo y represión en las sociedades primitivas*, Madrid: Errata naturae (2013). Para la confrontación posterior de ambos argumentos: Géza Róheim, *Psychanalyse et Anthropologie*, París: Gallimard (1967); Melford Spiro, *Oedipus in the Trobriands*, Chicago: The University of Chicago Press (1982).

riqueza o carisma de los jefes, la inobservancia de tabúes diversos, o algún exceso merecedor de una expiación.

Hacia el final de su libro, Malinowski nos revela los procedimientos que se imponen cuando el clan es sujeto de derecho y ha de hacer frente a las ofensas contra uno o varios de sus miembros por parte de otro clan. Entonces aparece el sistema vindicatorio: la venganza (*lugwa*) autorizada por las autoridades del clan y la composición (*lula*). Nos informa de la prelación por la composición (*lugwa [the vendetta] is carried out but seldom*)³⁸⁸ tanto para los crímenes que nosotros diríamos «comunes» como para las guerras: no queda muerte sin reparación vindicatoria. La venganza autorizada se aplica más bien cuando la víctima es un hombre de rango, y si no ha habido culpa o provocación por su parte. Malinowski muestra la motivación política de la solidaridad de clan junto con su eficacia jurídica. Con todo, parece seguir el fondo interpretativo del «rescate de la pena» según la escuela alemana de derecho privado, que veía el ordenamiento vindicatorio como una institución de «guerras privadas». Al mismo tiempo, como ya hemos avanzado, explica en términos psicológicos y sociológicos la tensión entre el orden social matrilineal y las inclinaciones patrilineales. Así como en las sociedades patrilineales y con hegemonía patriarcal el orden normativo choca con preferencias o inclinaciones hacia solidaridades matrilineales y de derecho materno, en las matrilineales ocurre al revés. La cuestión es compleja, porque históricamente conocemos más ejemplos de sociedades con hegemonía patriarcal en el orden social que matrilineal (y no digamos ya matriarcal).³⁸⁹ Incluso en las matrilineales —como el caso trobriandés— los cargos y rangos, aunque identificados según sucesiones matrilineales, son desempeñados por hombres. También, en sociedades como la nuestra en las que normativamente se establece la igualdad entre hombres y mujeres, subsiste sin embargo una mentalidad y actitud patriarcales, hegemónicas en muchas situaciones, y suficientes para que en la constitución social de la desigualdad y a pesar de una aristocracia laboral y política de mujeres (retomando el término marxista de la aristocracia del trabajo) la parte peor remunerada y más subyugada recaiga sobre una mayoría de mujeres.

388 *Crime and Custom*, *op. cit.* pp. 115-120.

389 Existe una creciente literatura de «divulgación» que, sin fundamentación empírica, reinterpreta las sociedades matrilineales como matriarcales y la ausencia de hombres en el poder económico y político por migración laboral o por guerras, también como poder matriarcal.

En la cultura vindicatoria trobriandesa la solidaridad de clan es incontestable, pero Malinowski se da cuenta de que la dialéctica entre el orden matrilineal y los afectos bilaterales no desaparece. Por eso, aun cuando ante una ofensa responde una incuestionable solidaridad de clan, *en el sentimiento, puede que el padre o la viuda de la víctima* (y que, como tales, pertenecen a otros clanes matrilineales) *se sientan más propensos a vindicar su muerte que los que* (por norma consuetudinaria) *deben vengarla* (que son los del propio clan matrilineal).³⁹⁰

390 Malinowski, *Crime and Custom, op. cit.*, p. 115. También, cuando los próximos del clan han adquirido una ética a la que repugna la venganza, pasan a solicitarla parientes más lejanos que todavía son fieles a la norma consuetudinaria (cf. la etnografía de Margarita Xanthakou en Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, Madrid, *op. cit.*).

15. CUANDO LA LEY CRIMINALIZA LA COSTUMBRE: MARX CONTRA LOS EXCESOS DEL INTERÉS CAPITALISTA

Insistamos: Joaquín Costa³⁹¹ veía la mayor legitimidad de lo legislado cuando se observa como costumbre. La transformación social de la ley en costumbre es el referéndum más fiable para constatar su eficacia y sentido para la sociedad que trata de ordenar. Para que la ley entre en el fuero de las personas como algo justo y conveniente ha de adquirir el hábito de una costumbre. El refrendo perfecto ocurre cuando se practica sin saber muy bien si es una ley o una costumbre. En esta dirección la «ley antiquísima», la ley necesaria y la ley recuperada, también como necesaria, se asimilan en una pragmática que no se distingue de la pragmática consuetudinaria.

Lo contrario de este proceso histórico es la ley que se yergue contra la costumbre o contra leyes que se observan como costumbres. Marx³⁹² reflexionó profundamente sobre un caso de ley contra costumbre. Sobre una ley para favorecer un nuevo negocio capitalista contra una costumbre necesaria para la subsistencia; costumbre que ante la ofensiva de la ley se troca en reivindicación de un derecho. Marx lo llegará a conceptualizar como el *derecho de los pobres*. No hay que entenderlo como un derecho trascendente, anclado de modo intrínseco a unas personas, sino como producto histórico de procesos de empobrecimiento que se dan en di-

391 En *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*, op. cit.

392 Karl Marx, *En defensa de la libertad. Los artículos de la gaceta renana (1842-1843)*, Valencia: Fernando Torres (1983); Daniel Bensaïd, *Les dépossédés. Karl Marx, les voleurs de bois et le droit des pauvres*. París: La fabrique (2007); Mikhaïl Xifaras «Marx, Justice et Jurisprudence. Une lecture des 'Vols de Bois', *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, (15), (2002). Sobre la analogía y contraste entre Marx y Le Play en relación con la gestión de los bosques, este último apuntando a la gestión tecnocrática por encima de la consuetudinaria: Louis Assier-Andrieu: «Frédéric Le Play et la question forestière» en *Les Études sociales*, (126) (1997).

versas sociedades como consecuencia de ejercicios de poder y privilegio frente a los recursos. El empobrecimiento lo causan conquistas, tribuciones, reducciones a servidumbre, discriminaciones por origen o casta, desposesiones y expulsiones. Marx nos descubrirá que, por parte del poder, hay dos tendencias en el trato a la pobreza y al empobrecimiento: la que prefigura una lucha de clases, con un conflicto tajante y sin tregua entre opresores y oprimidos, entre pobres y ricos; y la que, manteniendo esas diferencias, respeta cierta autonomía económica y social en la población pobre, y le da derecho a sus costumbres. Así, la clase pobre no queda arrasada totalmente por el poder y los intereses de la otra clase.

Marx vincula el derecho de los pobres a su apego por la parte más indefinida, híbrida o fluctuante de la propiedad, que al mismo Marx le parece que viene indicada por signos naturales: que la misma naturaleza señala las posesiones legítimas para los pobres al darles una apariencia de deshecho, de cosa abandonada o muerta, como en el pasaje evangélico de las migajas de los señores que corresponden a pobres y descastados. Marx establece una semiología normativa en la materia natural que Paolo Di Lucia razonará como materialismo eidológico.³⁹³ Marx habla incluso de un *instinto del pobre* (más bien un aprendizaje categórico por su incesante condición) para ocupar el espacio que le pertenece y descubrir lo que satisface sus necesidades. En esto se da a la vez un impulso de necesidad y de justicia: la supervivencia se apropia de lo sobrante de otros, no perjudica sus necesidades, manifestadas también consuetudinariamente. El hecho de apropiarse de lo que otros desperdician justifica el pacifismo de su apropiación. Es justo porque satisface una necesidad imponderable sin perjudicar a nadie. Este tipo de experiencias en las poblaciones históricamente empobrecidas habrían generado ese *instinto* (tendencia) de buscar constantemente alivio para vivir de las sobras de los más ricos.

La costumbre consistía en recoger la leña que yacía en el bosque para cocinar y calentarse. Lo hacían los campesinos que vivían en los alrededores, dedicados a diversas tareas, entre las que se incluían, para bastantes de ellos, el cuidado y la explotación del bosque de propiedad privada.

La condición natural de la leña caída en el bosque contrasta con el leño vivo de los árboles. Para Marx, el derecho de los pobres hará una doble identificación con esa leña (paradigma de las posesiones de pobres):

393 Paolo Di Lucia *Normatividad, derecho, lenguaje, acción*, Ciudad de México: Fontamara (2010).

por una parte, la encontrará señalada por la misma naturaleza, con lo cual la naturaleza sería la legisladora de las leyes de los pobres, y les indicará las posesiones a las que tienen derecho; por otra parte, los mismo pobres se identificarían con esas cosas abandonadas, marginadas —que nadie más que ellos recoge—, pues se posicionan, como ellos, en los márgenes de la sociedad y de la naturaleza. Marx nos dice que la leña caída es la parte pobre del bosque, la leña pobre para los pobres. Esta visión de Marx entra también en una ética de sobriedad de los pobres: su moderación o contentamiento con bienes de utilidad marginal, con los que se han abandonado cuando ya se ha satisfecho la demanda que los solicitaba (ello se extiende a bienes relictos no solo en bosques, sino en terrenos cultivados, en escorias y escombreras de minas e industrias, hasta todo lo reciclable abandonado y los alimentos sobrantes por diversos motivos).

Marx observa que dicha costumbre no había motivado conflicto alguno. Que los recolectores de leña se encargaban de recoger la que se encontraba en el suelo, la que se iría pudriendo y que les interesaba solo a ellos. Sin embargo, de repente surge un nuevo interés por parte de los propietarios de los bosques. Con el desarrollo del capitalismo y sus nuevas concentraciones urbanas aparece también una nueva demanda de leña. Se puede recoger y exportar desde los bosques hasta donde haya mayores concentraciones de población. Era una oportunidad para un nuevo beneficio comercial. El propietario del bosque quiso entonces disponer de toda la leña posible. El valor de uso consuetudinario pasó a un valor de cambio de mercado. Hay que desposeer a los usufructuarios del bosque de su ancestral posesión de la leña y venderla al mercado. Una costumbre de subsistencia se interpone en la transformación capitalista de una utilidad. Para rebatir esa costumbre y hacer triunfar el interés vinculado al mercado, los propietarios proponen una ley que declare el aprovisionamiento de leña como un delito de robo. Con ello, se invierte totalmente el recorrido de legitimación de la ley de Joaquín Costa: se va a proponer una ley que, de ninguna manera, podrá asumirse como ratificación de una costumbre ni cumplirse como tal. Al contrario: irá contra una costumbre, y nada caprichosa, contra una necesidad de subsistencia.

Una ley contra una costumbre de subsistencia, que hasta entonces no había perjudicado a ningún derecho o interés, tiene una doble malignidad, como observa Marx: no hay ley peor que la que va contra una costumbre indispensable para la vida, sana en sí misma, necesaria y útil, que no causa perjuicio alguno a terceros. Esa leña recogida por costumbre no

había interesado nunca al propietario del bosque; pero, además, al constituirse en ley una ofensa y perjuicio contra el derecho a la vida, se subvirtió el sentido del Derecho y se dio lugar a varias corrupciones.

La dieta o asamblea de la provincia prusiana de la Renania, en 1842, se dispone a promulgar la ley que va a calificar de robo la recolección de la leña que se halla en el suelo de los bosques, con lo que se deroga una legislación vigente desde 1821. Marx sigue el debate parlamentario sin disponer del proyecto para la nueva ley, solo atiende a los argumentos que se discuten en la asamblea y que difunde la prensa. A pesar de una fuente tan limitada de conocimiento del proceso legislativo, Marx puede discutir los principios éticos y jurídicos implicados en esa iniciativa legislativa. Se trata de una cuestión de normativa fundamental para el Derecho, de cómo la vida instituye algo que la condiciona absolutamente.

De momento tenemos —en sucesión histórica— una ley respetuosa con una costumbre de subsistencia y un interés que quiere devenir norma haciéndose ley, pero que se discute. Marx quiere intervenir, aunque de lejos, en esa discusión. Fijémonos en que la costumbre respetada no está escrita como ley y en que la ley que se quiere promulgar tampoco está escrita aún. Hay un momento fenomenológico, de suspensión crítica, en que se encuentra una costumbre tolerada por la ley con un proyecto de ley que quiere criminalizarla, convertirla en delito. Esta situación es de capital importancia histórica y Marx es consciente de ello: ve una serie de cuestiones fundamentales implicadas en el dilema parlamentario.

Lo que Marx no parece tener en consideración es que, en este dilema, el interés capitalista ya lleva décadas —y en algunos lugares hasta siglos— instalándose como costumbre. Una costumbre que se realiza por conquista o por mercado: apropiándose de las tierras por la fuerza u obligando a sus propietarios a tener que venderlas y a sus poseedores a tener que abandonarlas. Esta vez se quiere utilizar el Derecho para obtener lo que suele obtenerse por conquista, la única forma de poder declarar enemigos o gente sin derechos a los habitantes de un lugar y poderles confiscar sus bienes. Se trata de desposeer al poseedor consuetudinario criminalizándolo. El propietario capitalista ya cuenta con un historial, una costumbre, de desposesión y apropiación. Su recorrido activo comienza con la desposesión, sigue con la apropiación y culmina en la explotación. Marx conceptúa esta costumbre como el interés de una clase por expoliar a otra. La criminalización de la costumbre campesina no se justifica, por ejemplo, con un criterio tecnocientífico (como hará Le Play a favor de los ingenie-

ros forestales), sino simplemente como interés de la ganancia del propietario del bosque y del comerciante de leña.

La confrontación histórica se produce entre los que viven gracias a la recolección de leña del bosque (producto de primera necesidad) —y en parte también de frutos silvícolas— y los que quieren capitalizar dicha leña, así como, poco después, los frutos que pueden comercializar. Se trata de un conflicto claro entre una necesidad para subsistir y una oportunidad para ganar. Dos clases sociales encarnan ese conflicto que implica dos formas de hábitat económico. Por un lado, la de los que viven cercanos al bosque y se valen de la leña (también convertida en carbón vegetal) para cocinar y calentarse; por otro la de los que son propietarios de los bosques, pero pueden vivir en cualquier otra parte, y comercializan esos bienes de primera necesidad para los más cercanos a los bosques, y que atienden la demanda creciente de leña y carbón vegetal en las ciudades.

El proceso histórico que expone Marx³⁹⁴ es empírico: es un hecho social observable tras costumbres y leyes. Se trata de transformar una costumbre que satisfacía una necesidad vital y pacífica en un delito, el cual deberá castigarse con el uso legítimo de la violencia.

Marx se fija en el estado del objeto que va a disputarse. Lo que se recoge como leña es la parte de los árboles que se desprende estacionalmente o bien por alguna enfermedad. Ramas, ramitas y broza. Se encuentra en el suelo, caído, de ahí que su apropiación parta de la acción de recogerlo; un trabajo que recupera lo que está caído y que quedaría abandonado si nadie lo recogiera. Hay, pues, un trabajo cuya finalidad es obtener un valor de uso para subsistir: la leña es una fuente de energía indispensable para el hogar, para el fuego. A esa costumbre de trabajo y consumo para subsistir, para cocinar y calentarse, le sobreviene un interés: al propietario del bosque se le presenta la oportunidad de quedarse con esa leña y venderla

394 De hecho, parece ser algo más complicado a lo largo del siglo XIX. Por ejemplo, no son pocos los casos que llegan al Tribunal Supremo español de sustracciones de varias cargas de leña de bosques comunales, efectuadas como privatización abusiva por parte de uno o varios de sus comuneros; pero la sustracción de varios carros de leña obedece a la misma finalidad que su apropiación por los propietarios: ganar vendiéndola al mercado. En muchos comunales se han dado apropiaciones que han querido integrarse en patrimonios privados —legalizando la apropiación en los testamentos—. Otras han sido menos formales, pero igualmente exitosas. Se puede comparar actualmente la informalidad constante de la apropiación privada en parques y zonas públicas cuando un grupo de personas ocupa recurrentemente el mismo lugar y excluye al resto de los ciudadanos.

para su provecho. Para ello, debe enfrentarse a la costumbre que satisface una necesidad vital y ejercer una violencia contra el derecho de subsistencia. Este propietario dispone de dos otros capitales que le otorgan poder sobre las relaciones sociales, el que le permite alterar el significado de las costumbres (legal) y el que le asiste para imponer a la fuerza ese cambio de significado (policial). De este modo, resignifica la costumbre como delito y se solicita la fuerza para reprimir el delito, que significa reprimir el derecho a subsistir. Marx nos revela el alcance de esa subversión ética y jurídica. La gravedad de la impostura, la extrema subversión de la norma consuetudinaria, exige una inversión cínica de la norma legal y una violencia inusitada para que se cumpla. ¿Cómo se puede impedir que se siga con una costumbre cuya supresión va a crear un estado de necesidad? ¿Cómo se subvierte un orden que se tenía como natural? Porque el trabajo de recolección de la leña obedecía también a una percepción e interpretación de la naturaleza que coincidía con los derechos de uso y de propiedad. Así lo veía Marx; no atacaba el derecho de propiedad, sino que lo consideraba como un abuso de este al querer realizarse como capital.

Marx se fija también en que la nueva ley pretende violentar una diferencia empírica entre la leña seca caída y las ramas del árbol vivo, una diferencia que Marx trata como indicadora de una norma. Porque, para reprimir mejor la costumbre, se propone que la ley castigue al recolector de leña igual que si la hubiera arrancado del árbol vivo.³⁹⁵ Pero Marx destaca cómo los recolectores se limitan a recoger la leña caída y distinguen perfectamente su derecho de lo que sería una agresión al árbol vivo. Es lo que Paolo Di Lucia interpreta como *materialismo eidológico*:³⁹⁶ la norma se encuentra en la materia que aparece frente al trabajo de recolección. Se trata de un tema radical para la filosofía y la Antropología del Derecho: la relación entre norma y consistencia material puede representarse como una metáfora, como una feliz coincidencia, como el más perfecto acoplamiento del derecho consuetudinario con la naturaleza, o bien como que hay normas que vienen indicadas por la misma naturaleza en una especie de oráculo. Marx establece el hecho de que el recolector de leña percibe perfectamente la diferencia que le ofrece la naturaleza entre

395 Y para resignificar aún más gravemente la costumbre como delito se propone que la recolección sea considerada robo, no hurto; es decir, con violencia, para obtener penas mayores. Marx caricaturizará la propuesta llamándola «asesinato del árbol».

396 Paolo Di Lucia, *Normatividad, derecho, lenguaje, acción, op. cit.*

la madera verde del árbol vivo y la seca que se cae, y de que esa diferencia le indica su derecho frente al derecho del propietario (sobre los árboles vivos). La exposición de Marx parece evocar una justicia poética en la que la naturaleza indica los derechos. Casi como en un oráculo. Si lo dejamos en esta correspondencia, entraríamos en una metafísica de lo material: la naturaleza operaría como símbolo de la norma, que es lo que funciona para los augurios y para algunos oráculos. Si excluimos la representación estética —no solo ética y jurídica— que parece introducir Marx, es decir, si excluimos el valor metafórico de la coincidencia, su poder oracular o la pura coincidencia sin más, podemos centrarnos en un aspecto naturalista o de apoyo natural del derecho consuetudinario en general. No es que encuentre exactamente la norma en la propia naturaleza, pero tal como expone Di Lucia, la hace con ella: admite con facilidad la coincidencia o busca apoyos en la naturaleza para reconocer sus normas. Así la dota de mayor naturalidad. Si la costumbre es el mejor refrendo del Derecho, como Costa nos recuerda, la naturaleza lo es de la costumbre. Al decir que la costumbre es segunda naturaleza, puede añadirse que la naturaleza es la primera costumbre, porque sin esta no puede representarse nada de la naturaleza que obtenga algún significado normativo. Primero era la costumbre, esto es lo irreductible de la cultura.

Encontrar la normatividad en la materia significa, pues, ahondar en el principio y sostén de la costumbre: por parecer que sigue a la naturaleza de cerca. Una vez que Marx ha encontrado la recolección de leña de pastores y campesinos coherente con un escenario natural, se da cuenta de que, en la estructuración de la sociedad, estos son *pobres*. Lo son, específicamente, frente a la sociedad que les disputa sus bienes necesarios. Así es como Marx va concibiendo el *derecho de los pobres*: apoyado en distinciones naturales (recogiendo o recibiendo sobras o migajas), con varias normas consuetudinarias que los convierten en grupos sociales subalternos o marginados, y concentrados en algunas posesiones de uso, no en propiedades de mercado. La misma utilidad dicta el valor específico de la leña *muerta*, puesto que, para quemar, es mucho más apta la leña seca que la verde. La nueva ley pretende desnaturalizar esa complicidad entre la necesidad de subsistencia de los más pobres y la imagen que presenta la naturaleza. Para facilitar que el imperio del derecho de propiedad privada sea más totalitario, la proposición de ley no va a distinguir entre la leña seca y las ramas verdes. La ley partirá del supuesto de que los campesinos, los pastores y todos los que viven cerca del bosque y recogen leña para cocinar y para

calentarse la recogen tanto del suelo como cortándola directamente de los árboles vivos. La proposición de ley los trata como si no distinguieran entre una cosa y la otra; por lo tanto, están siempre dañando la vida del bosque. Es decir, que la proposición de ley contra la recolección de la leña parte del supuesto de la constante infracción del propio derecho consuetudinario. No obstante, en realidad será el propietario quien lo infrinja al comportarse como un comunero que se apropia de una cantidad excesiva de leña, cosa que, cuando ocurría, era inmediatamente denunciada. De hecho, el incentivo capitalista hace que se apodere de toda la leña.

En cambio, el derecho consuetudinario establece dos obligaciones de observancia mancomunada: 1) la recolección proporcional y equitativa para las necesidades de todos los hogares y 2) el tabú de arrancar ramas de los árboles vivos. En términos vitales: no dañar el bosque vivo, vivir solamente del bosque muerto. Este tipo de representaciones naturales de los derechos —este *materialismo eidológico*— resultan conspicuas en los derechos consuetudinarios, porque derivan de estrechos contactos con la naturaleza. Estos contactos dictan cómo hacer un camino, un sendero en la ladera de un monte, en un bosque, cerca de un río... Los derechos surgen primero entre los accidentes naturales y los límites jurídicos, frecuentemente más condicionados por los primeros que por los segundos. El camino más seguro debe forzar poco la naturaleza del lugar y surcarla con prudencia. La circulación y transporte humanos añaden el factor social de las necesidades que se tienen y se satisfacen en común. El hecho y derecho consuetudinario del camino es un compromiso normativo muy cercano al medio natural y muy condicionado por este. Por ello se considera como de la humanidad y la naturaleza en común, como también en común se goza humanamente. Luego, la misma manera de andar por el camino, de ceder el paso y ayudar a pasar tanto o más a los accidentes naturales que a la prestancia social.³⁹⁷ Al quedar más lejos de la naturaleza el cómo andar, pararse o ayudar, debe desarrollarse un *código de la circulación* ante la mayor incidencia de la tecnología del transporte en todo ello, con los accidentes en primer término, que ya no dependen tanto de las circunstancias naturales del camino, sino de los artefactos técnicos para transportarse.

397 Quizás la disputa más antigua o su imaginación más antigua por la precedencia en un cruce de caminos fue la que tuvo lugar según la leyenda entre Edipo y su padre Layo, cuando uno volvía de Delfos y el otro iba allí.

En el derecho consuetudinario, quien dice caminos dice fuentes. El agua que brota de entre unas piedras, de un surtidor que se canaliza pronto. El manantial es una obra de acompañamiento mínimo a la salida y recogida del agua, que facilita su aprovechamiento más inmediato para beber. En las fuentes también hay precedencias y aprovisionamientos, pero hasta que no se privatizan, ocultan e industrializan, las normas para su uso gravitan más cerca de los incidentes naturales (lluvias y sequías) que de un derecho de propiedad. Los grandes pozos colectivos en medio de grandes llanuras o desiertos tienen pronto disposiciones consuetudinarias³⁹⁸ para regular la distribución humana ante las irregularidades del abastecimiento. Si repasamos todas las costumbres comunales nos percatamos de esa mayor proximidad con lo que la naturaleza dispone y el mayor sentido natural de las normas. La recolección de la leña es otro caso de cercanía con la naturaleza y de normativa sobre bienes comunes para distribuir. La recolección sigue normas de equidad y los delitos contra este derecho consuetudinario proceden de los que se apropian de más leña de la debida.³⁹⁹ Como ya hemos dicho, aparte de los propietarios que tratan de monopolizar toda la leña del bosque, están también los comuneros más codiciosos, que se apropian de ingentes cantidades para venderla.

La cuestión radica, pues, en la mayor propinquidad histórica del derecho consuetudinario con un estado de cosas que se tiene como más natural y con una naturaleza que limita, indica o *aconseja*. Esta proximidad inculca naturalidad en las actitudes normativas de los derechos consuetudinarios.

Al mismo tiempo, la perspectiva de Marx no cuestiona la nuda propiedad de los bosques. Precisamente, destaca una costumbre como derecho de los pobres que coexiste con el derecho de los propietarios. Lo que está haciendo Marx no es una crítica del derecho de propiedad, sino de la perversión del Derecho. La costumbre de recolección como derecho de pobres mostraba la compatibilidad entre un derecho subalterno y mancomunado con un derecho de propiedad individualizado y eminente.

398 Cf. «Wells», en Ladislav Holý *Neighbours and Kinsmen, op. cit.*; Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, cap. III, 1, *op. cit.*

399 Bastantes casos alcanzan recursos de casación dirigidos al Tribunal Supremo español entre los siglos XIX y XX (investigación en curso).

Marx,⁴⁰⁰ cuando escribe en la *Gaceta Renana*, no está haciendo un ataque radical a la propiedad privada, sino al abuso del derecho exclusivo de propiedad que hace el propietario cuando es arrastrado por el móvil del beneficio capitalista.

Decíamos que la proposición de ley, que favorece los intereses de los propietarios del bosque para capitalizar la leña, no distingue entre la leña seca y la ramificación verde. Consecuentemente, propone infligir el mismo castigo a los que se limitan a recoger el leño muerto que a los que cortan la rama viva; pero la gravedad del delito, así unificado, se establecerá según el «más grave» anterior a la homogeneización: el corte de la rama viva. Con ello, no solo se desvirtúa la distinción que hacía la costumbre, sino que hace que lo legítimo para la costumbre sea tan delictivo como lo que ya prohibía la misma costumbre.

En la discusión del proyecto de ley, incluso hay diputados que dicen que han visto que todos esos campesinos se llevan mucha más leña cortada de los árboles vivos, la leña verde, que de la que yace en el suelo. Como si hubiera menos trabajo en una cosa que en la otra y como si la leña verde anduviera mejor para quemar. El fanatismo del interés capitalista lleva a desfigurar experiencias empíricas. Se trata de inventar una representación del campesinado pobre como de una banda de bárbaros que solo saben destruir el bosque.

Los promotores de la nueva ley piden penas de prisión para los infractores, no únicamente una compensación económica por daños respecto

400 Por este motivo esta etapa de su crítica al capitalismo ha sido despreciada por los marxistas centrados únicamente en su teoría de la explotación y en su propuesta de sociedad comunista. El reduccionismo económico con que se ha limitado su teoría de la explotación también ha llevado a no comprender su teoría de la alienación. Sin embargo, las tres teorías (la de la desposesión de derechos consuetudinarios, la de la explotación en la apropiación del plusvalor creado por el trabajo y la de la alienación de las relaciones capitalistas respecto a la naturaleza en general, a la naturaleza humana en particular, a la sociedad en libertad y a las capacidades de cada ser humano) pueden complementarse perfectamente en lo fundamental. Otra cosa es que aun siendo la crítica marxista la que tiene mayor profundidad y amplitud respecto al capitalismo, no haya sido lo suficientemente realista ante la complejidad de resortes que desarrollan la misma vida económica, además de la social, política y cultural en general. De hecho ni vivimos en una sociedad de mercado según la ortodoxia liberal ni ningún país consiguió una sociedad comunista (ni socialista) según las expectativas de liquidación de un orden desigual de clases sociales. La crítica al capitalismo se ha reorientado como crítica al desarrollo de la desigualdad, la cual tiene mucha analogía con la primera crítica marxista a la desposesión y acumulación capitalista: cf., especialmente, Thomas Piketty, *Capital et idéologie*, op. cit.

a lo hurtado o robado al propietario. Todo queda apreciado como daños dolosos a la vida del bosque, a los árboles vivos. Mientras un diputado defiende este extremo, otro, citado también por Marx, objeta que al convertir un campesino o pastor que sigue una costumbre de subsistencia en un delincuente, con una condena de prisión, se aboca a todo el campesinado a delinquir, puesto que se resignifica como delito un recurso necesario y consuetudinario de subsistencia. Los diputados más moderados proponen una solución de compromiso: determinar un cupo, una cantidad de leña calculada necesaria para el campesinado que vive junto al bosque, dejando el resto para la finalidad comercial que exigía el propietario. Con todo, esta propuesta no progresa, también porque hay mucha población en los alrededores de los bosques y se necesita para sobrevivir casi de toda la leña que puede recogerse del suelo.

El interés de los propietarios del bosque para comercializar la leña, como ocurre con tantos intereses de explotación capitalista, es cortoplacista: No tiene presentes los perjuicios que, pronto, también van a perjudicar a los propios capitalistas. Porque los que recogían la leña ¿para quién estaban trabajando? Para aparceros o arrendatarios de estos propietarios de los bosques, cuando no directamente para ellos mismos. Entonces, si los campesinos quedan perjudicados para subsistir, en realidad los echan, los hacen emigrar, que es lo que finalmente ocurre. De este modo, los propietarios se quedan sin mano de obra y ni se recoge leña en el bosque ni sus campos son debidamente cultivados; tampoco el ganado va debidamente pastoreado. La forzada comercialización de la leña perjudica a una mano de obra que sirve a los mismos propietarios del bosque, que además poseen campos; y ¿quiénes los trabajan?, quienes recogen la leña del bosque. Encontramos en este fenómeno una serie de problemas que son típicos del capitalismo, muy típicos y exagerados, de modo que esta temática se puede tratar como una parábola de todo lo que implica el capitalismo cuando asume una iniciativa de capitalización depredadora.⁴⁰¹ Esto significa también una historia de casos claros de leyes contra costumbres.

401 Para una contextualización histórica, tanto en lo económico como en lo político e ideológico de esta cuestión: Jeffrey K. Wilson, «The holy property of the entirety of the people: The Struggle for the 'German Forest' in Prussia, 1871-1914», *Environment and History*, 20(1) (2014). Para una visión crítica de la «ingenuidad» de Marx respecto a la relación entre crimen, propiedad y ley, incluso desde una perspectiva marxista «más madura»: Peter Linebaugh, «Karl Marx, the Theft of Wood, and Working-Class Composition: A Contribution to the Current Debate», *Social Justice*, 40(1-2) (2014). Sin embargo, es precisamente esa «inge-

La ambición capitalista, al cercenar una costumbre comprometida con la subsistencia también destruye el *continuum* entre jornaleros, pequeños productores en usufructo y diversos arrendatarios, hasta llegar a la nuda propiedad. Se establece entonces una tendencia al latifundio que pierde variedad productiva e inaugura una fase económica de nuevos —y masivos— riesgos para la producción y el mercado.

Luego viene la transformación moral y jurídica de los que viven según la costumbre de subsistencia. En palabras de Marx, el interés capitalista quiere que una multitud de seres humanos que no tiene intenciones delictivas sea arrancada del árbol vivo de la moralidad. Que una buena gente pase a ser tenida como delincuente. Todo por tratar de sobrevivir con una costumbre que hasta entonces no se había considerado delictiva. Marx toma la metáfora de la recolección en el bosque para enfatizar la perversión que quiere hacerse con el Derecho: como si la parte viva del bosque (los hombres que viven) se tirase al suelo, al infierno del delito, pasando de la humilde subsistencia (el Derecho de los pobres que Marx reclamará) a la infamia de la criminalidad.⁴⁰²

Para criminalizar una costumbre pacífica y necesaria se miente, se acusa de infringir sistemáticamente la propia costumbre (al arrancar el leño vivo del árbol) y se atribuye, a quienes se quiere despojar, aquello que precisamente quieren hacer sus antagonistas: talar árboles vivos para venderlos como madera, lo cual para los campesinos supondría una transgresión de la costumbre que perjudicaría a todos y que, como delito, sería perseguida por los mismos usufructuarios del bosque.

La ley penal que existía hasta 1842, cuando se discute en la dieta renana la nueva propuesta de ley, era la Constitución criminal de Ratisbona o Carolina (del emperador Carlos) de 1532. Antes, hay que remontarse a las leyes altomedievales burgundias. Esta constitución de 1532 —que ya es considerada muy severa— solo califica un robo de leña: el que se produce cuando uno sustrae la leña que otro se ha preparado para su consumo particular. La idea de castigar al que roba leña estaba pensada inicialmente para el campesino que roba la leña de otro campesino. La ley contemplaba proteger precisamente a quienes necesitaban la leña para

nidad» del «joven» Marx la que abre un camino de profunda radicalidad en la confrontación entre costumbre y ley.

402 Seguimos con el texto de «Los debates sobre la Ley acerca del robo de leña», en Marx, K., *En defensa de la libertad. Los artículos de la Gaceta Renana. 1842-1843, op. cit.*, p. 207.

subsistir. No estaba redactada para proteger los intereses de los propietarios del bosque usurpando el medio de subsistencia del campesino, todo lo contrario. La ley de 1532 contemplaba prioritariamente la necesidad de la leña para la subsistencia de todos los integrantes de las comunidades rurales. El paradigma del robo que debía castigarse como tal era el robo de la leña del prójimo. También se castigaba la tala furtiva en el bosque, la cual podía producirse excepcionalmente por parte del campesinado, cuando alguien quería hacer algún utensilio de madera sin antes pedir permiso al propietario del bosque. Pero esta ley no tenía en cuenta la recolección consuetudinaria de la leña como objeto de delito.

La razón jurídica se esfuerza en hacer pasar la recolección por robo. Para ello debe interpretar la costumbre como una actividad violenta. Así, surge la ficción⁴⁰³ de agredir al árbol como si fuera una persona. Se interpreta que se ataca y hiere al árbol. Y hasta se lo *asesina*. Tema que paradójicamente resurgirá en el ambientalismo conservador de los seres naturales. La recolección de leña se interpreta como una agresión al bosque más que a la propiedad. Así, se proyecta el dolo y el daño en el ser de la cosa sustraída, no en el interés herido de su propietario.⁴⁰⁴

Marx asumía el tabú del árbol vivo diciendo que *para apropiarse de leña verde es necesario separarla con violencia de su conjunto orgánico, es un atentado contra el árbol vivo y contra el propietario del árbol*.⁴⁰⁵ Marx, insistimos, respeta la propiedad privada y distingue la posesión de la leña de la propiedad del árbol. Los campesinos están en posesión de lo que recogen, pero el propietario del bosque es quien lo tiene registrado social y jurídicamente como propiedad. Que los campesinos estén en posesión de la leña y los propietarios del bosque tengan la propiedad de los árboles es un factor que discurre en paralelo al hecho de la contigüidad mayor entre posesión y subsistencia que entre propiedad y subsistencia: solamente cuando la propiedad está integrada en la subsistencia se tiene como posesión (se posee la propiedad para subsistir). Mientras que cuando la propiedad no compromete toda la subsistencia no se posee tampoco toda, no

403 Que Marx integra en lo ecológico y que a la vez caricaturiza en lo penal.

404 Ello viene en apoyo de la ideología que desacreditaba a los campesinos para la gestión y aprovechamiento de los bosques, que Le Play recogió y que irá difundándose a lo largo del siglo XIX: cf. Louis Assier-Andrieu, «Frédéric Le Play et la question forestière», *op. cit.*

405 «Los debates sobre la Ley acerca del robo de leña», en *En defensa de la libertad. Los artículos de la Gaceta Renana. 1842-1843*, *op. cit.*, p. 207.

se hace lo que, en el lenguaje de las Partidas, es el «ponimiento de pies»⁴⁰⁶ en toda su extensión.

La posesión en común no excluye la posesión individual, pero tiene unas características que la distinguen de la posesión en régimen de propiedad privada. Un comunero puede *marcar* partes del bosque al compartir la posesión. Puede formar montones con su leña y dejarlos para recogerlos más tarde. De los montones irá acarreado fardos para su casa. Son operaciones provisionales, efímeras, conocidas y compartidas por todos. Puede dividirse el bosque en cantones de recolección o redistribuir lugares con más leña. Varios acuerdos son tácitos y consuetudinarios. Las relaciones entre poseedores (sin propiedad) son flexibles, versátiles. Son la base de lo que Marx denominaba la *indefinición* de «la propiedad»⁴⁰⁷ o su carácter *híbrido* o *fluctuante*. Carácter percibido especialmente en el *derecho vivido*, en la percepción y representación del derecho en la vida ordinaria de las gentes, para las que el Derecho tiene sentido si se vive como costumbre o sentido común, tal como Costa y Vinogradoff nos plantearon.

Marx parte de un *continuum* —válido para la época histórica que contempla— entre posesión y nuda propiedad privada, con frecuente confusión entre ambas.⁴⁰⁸ Sin embargo, esto no es así para otras civilizaciones, sobre todo para las primitivas. Es importante retener los dos extremos de las costumbres de propiedad, las posesiones tácitamente acordadas⁴⁰⁹ y las que se reconocen como propiedad a través de un valor registral, que

406 Tercera Partida, Título XXX, Ley I.

407 La indefinición de la propiedad es una experiencia cultural: hemos podido andar por caminos sin conocer su calificación jurídica. Sin conocer si eran de propiedad privada o pública, si nos estábamos beneficiando de la tolerancia del propietario o de su obligación de servidumbre pública, si podíamos hacerlo con total libertad o si podíamos interferir en alguna operación agrícola o ganadera, si afectábamos o no a su conservación, si contribuíamos o no a su vigencia y utilidad... Todo eso y más particularidades para cada caso han mantenido esa indefinición que se da entre la posesión eventual y la propiedad. Luego, daños y perjuicios, intereses e ideologías han cambiado esa indefinición por definiciones jurídicamente motivadas de la propiedad o de sus servidumbres.

408 Podríamos hablar de una *usucapión ingenua* cuando, especialmente, un niño toma al usufructuario, al arrendatario, de un huerto como su verdadero propietario, porque es el único que ve cuidándolo y repartiendo sus frutos: Salvatore Satta menciona este caso en su *Il giorno del giudizio*, Milán: Adelphi (2013)

409 Ello coincide con la normatividad tácita: «Codici normativi non linguistici», en Lorenzo Passerini Glazel *Le realtà della norma, le norme come realtà*, op. cit.

también conocen las civilizaciones primitivas.⁴¹⁰ El ámbito en el que la propiedad cede a otras posesiones, más que indefinido, deberíamos quizás conceptualizarlo como dotado de una elasticidad consensuada entre propietarios y usufructuarios. Esta forma elástica, pero dentro de las expectativas de lo consensuado, es la costumbre.

En este recorrido, la costumbre de posesión entronca con el sentido común postulado por Vinogradoff.⁴¹¹ Se dan una serie de actos de mínimo significado social (pero suficiente) hechos con gestos y pocas palabras o ninguna, pero en un acuerdo sólido y sostenido. En cambio, la ley que va a oponerse a esta costumbre tendrá que subvertir ese sentido común, traducirlo en una pasión individual (la del ladrón) y provocar más generación al lenguaje de las ficciones jurídicas. Deberá generalizar el conflicto excepcional dentro de la costumbre: la apropiación privada de lo comunal, cuando es precisamente la apropiación capitalista privada la que va a subvertir la costumbre comunal y a criminalizarla en su totalidad. En contraposición a esta innovación, la posesión de lo comunal con sentido común establece todo un *continuum*⁴¹² de redistribuciones de bienes y de ayudas mutuas. No debe discriminar para cada materia, porque no viene guiada por los intereses específicos del contrato, sino por una actitud general de cooperación que permeabiliza cualquier necesidad. Como registró Malinowski para los trobriandeses, la interrelación entre lo particular y lo comunal obedece a una actitud social que no es ni la del individualismo de mercado capitalista ni la de la colectivización del capitalismo de Estado (que tampoco atiende a una economía realmente planificada para las necesidades locales).⁴¹³

Con todo, en el caso que suscita las reflexiones críticas de Marx, la lógica de lo comunal está muy condicionada —y, finalmente, amenazada en su totalidad— por una propiedad privada pendiente de las oportunidades de capitalización que brinda el mercado. Nos hallamos, pues, ante un modelo de costumbre comunal subsirviente, carente de libertad para guiarse por sus propios valores y lógica consecuente. Para estos valores, la im-

410 Cf. III, 10, «La identidad sucesoria...», en Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, op. cit.

411 Paul Vinogradoff *Common Sense in Law*, op. cit.

412 Un ejemplo etnográfico de este *continuum* en Míriam Torrens, *Pagesos del post-socialisme. Un estudi de comunitat a Transilvània*, tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona (2013). Especialmente, cap. 9.3.1, «Associar-se i cooperar».

413 La tesis que acabamos de citar de Míriam Torrens refleja y explica esta situación.

plantación del mercado capitalista equivale a infringir el pacto comunal, en el sentido de establecer la apropiación individual de los recursos como directiva preeminente. Es decir, que lo que es una ofensa a la comunidad, un delito para el derecho en común (la privatización del territorio comunal) es precisamente la iniciativa capitalista. Por esto, una acción criminal contra lo común, solo puede legitimarse criminalizando la costumbre de lo común.

El posicionamiento inicial de Marx parte de la compatibilidad entre la costumbre comunal del campesinado y el régimen señorial, primero, y de la propiedad privada, después. Lo cual va históricamente desde una contribución tributaria por parte de los comuneros, una prestación de trabajos, hasta la proletarización (pérdida absoluta de la posesión de tierras); pero incluso, en esta última fase pueden mantenerse unas pocas costumbres de régimen comunal, como la del aprovechamiento de la leña. Lo que ocurre es que la voracidad de la actitud capitalista atenta a todas las oportunidades de mercado, tiende a acabar con todas las formas de posesión de valores, apropiándose las: la desposesión de las costumbres de uso es el requerimiento para su posesión como valores de cambio. Esta transformación queda legitimada por una especie de poder absoluto atribuido a la propiedad privada, pero que, aun así, necesita de un orden legal para el dilatado universo contractual del mercado capitalista; y debe crear una nueva ley que criminalice la costumbre para desposeer al sujeto colectivo de un derecho comunal.

El planteamiento de Marx para este momento de la historia del capitalismo no arremete contra la propiedad privada, que irá viendo cómo se apropia de todos los valores que puede de un modo más totalitario. Aquí plantea un equilibrio y unos límites entre el derecho de los propietarios del bosque y lo que denominará un *derecho de los pobres* en régimen capitalista, un límite infranqueable —la subsistencia— para la supervivencia. Para Marx, la ley que quiere criminalizar unos recursos de subsistencia representa un «hasta aquí hemos llegado» que sería infranqueable. En este punto, Marx juzga que la forma con que el capitalismo quiere arrasar es incluso en algún aspecto peor que el Antiguo Régimen: porque no se responsabiliza del desvalimiento creado con la materialización de sus intereses. Así, por ejemplo, Marx destaca que, al adquirir posesiones de instituciones eclesiásticas, los nuevos propietarios no se hacen cargo de los pobres y enfermos a los que atendían. En el Antiguo Régimen, se alterna la doctrina cristiana del socorro debido a los pobres, a quienes

hay que aceptar por emanar su estado de la providencia divina,⁴¹⁴ con su disciplina y control.⁴¹⁵ Más adelante, su criminalización no cesa, sino que culmina con deprecaciones jurídicas como las de *vagos y maleantes* y la necesidad jurisprudencial de pruebas diabólicas para demostrar el *estado de necesidad*.⁴¹⁶

Lo que Marx expone corresponde a un derecho y a un *ethos* de los pobres, una forma de vida impregnada de unos valores éticos⁴¹⁷ que, como decíamos, llega a representarse con un fondo jurídico y poético a la vez: el *materialismo eidológico* destacado por Paolo Di Lucia. Con Marx, los pobres ven una norma marcada por la misma naturaleza que les hace distinguir entre lo que les corresponde y lo que no. Ven una señal natural de justicia distributiva, o la coincidencia entre su necesidad y lo que poseen consuetudinariamente. Para Marx, la naturaleza parece juzgar con señales visibles lo que corresponde a cada cual. El abuso capitalista de la propiedad desprecia esta señal natural o coincidencia empírica entre la necesidad de los pobres y una distinción de cualidad (leña muerta vs. árbol vivo).

La perversión de la ley que criminaliza la costumbre de recolección va más lejos: al calificar de delito la costumbre y castigarla con gran severidad, se produce una reacción anómica: se desorienta al campesino sobre lo justo e injusto. Es un fenómeno que ocurre en toda criminalización de actos justos y necesarios. Se trata de una perversión que afectará al corpus del Derecho penal. Marx denuncia incisivamente la cuestión: Cuando se quiere violar, hasta el más fuerte escarmiento, una actividad justa y necesaria, hay que castigarla mucho más que una actividad delictiva ordinaria. Se necesita un plus de fuerza represiva para reprimir y castigar algo bueno que se quiere hacer pasar por malo, a diferencia de con algo que ya se tiene por malo por la inmensa mayoría de la comunidad.

414 Cf. Juan Luis Vives *Tratado del socorro a los pobres*, Valencia: Benito Monfort (1781): Biblioteca valenciana digital (<bivaldi.gva.es>).

415 Que arranca con la Ley Tavera de la Corona de Castilla de 1540.

416 Cf. Philippe-Jean Hesse, «Un droit fondamental vieux de 3000 ans: L'état de nécessité», *Droits fondamentaux*, (2) (2002). Entre las pocas excepciones que se dan en la jurisprudencia española para reconocer el *estado de necesidad* o sobre la legitimidad del *hurto famélico*: AP de Madrid 392/2004. La sentencia recopila buena parte de la historia del reconocimiento del *estado de necesidad*.

417 Sobre esta redefinición de *ethos*: Elena Mamoulaki, *An Unexpected Hospitality*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona (2013).

El campesinado, por más pobre que fuera, ya distinguía perfectamente entre la recolección y el robo de la leña. Al hacerle creer que la necesaria y pacífica recolección era un robo, se le subvierte y despista en la misma calificación del delito. Es más, al verificar que hay robos y otros delitos menos castigados que el de la leña, la legalidad le encamina a valorar la licitud de las acciones por las penas que las retribuyen, no por la conciencia consuetudinaria y comunitaria sobre lo justo e injusto. Es así como se fuerza al pobre a delinquir. Porque la ley se ha escindido arbitrariamente del sentido común sobre la justicia para favorecer el interés de un grupo privilegiado.

De este modo se da una paradoja penal. Una costumbre que hasta hace poco era considerada buena —necesaria, pacífica, que no estorbaba a ningún derecho— de repente se quiere criminalizar. Y se les quiere decir a las personas que la practicaban que dejen de hacerlo. No obstante, estas la necesitan y no ven la malicia en su ejercicio. Era para subsistir, para cocinar, para calentarse y no perjudicaban la vida de nadie al hacerlo. Nadie protestaba en contra de esa costumbre de subsistencia. No puede entenderse que de repente devenga un delito —y además un delito considerado muy grave— para el que se requieren penas aflictivas, ni tan solo basta pagar civilmente los daños ocasionados al sobrevenido interés capitalista.

La cuestión reside en el plus de crueldad que se estima necesaria cuando no se tiene razón al castigar; en estos casos, se castiga con mayor furor, por la desproporción que guarda la pasión por el propio interés respecto a la razón. Ese punto de honor de la codicia capitalista escandaliza a Marx y a varios diputados de la dieta renana. Algunos defienden, con una desabrida *moderación*, que, si deben dominar unos nuevos intereses, lo tolerable es ir disuadiendo de practicar la costumbre, sin haberla de penar con fieros castigos. Las penas, que el nuevo proyecto de ley solicitaba para los improvisados ladrones de leña, eran superiores a las correspondientes al robo de madera trabajada y guardada en un almacén.

La cuestión sobrepasa el tipo penal del *robo de leña* y se ve trasladada a todo lo que necesita el capitalismo para afianzarse en la sociedad como privilegio frente a derechos, como desposesión para la apropiación. Por la misma época también tuvo lugar la represión legal y judicial de los derechos de reunión, manifestación y huelga de los trabajadores, en contraste con el respeto a las reuniones, los *lobbies*, las manifestaciones públicas y

los *lock-outs* de sus patronos.⁴¹⁸ El interés capitalista va a desarrollar toda una *hybris* represiva, un exceso, un escarmiento o represalia adicional para criminalizar cosas que estaban bien hechas. Cuando hay que reprimir algo bien hecho, como ya hemos señalado, la represión debe ser más dura, más cruel. Marx nos dice que la crueldad es el carácter de las leyes que dicta la cobardía, porque la cobardía solo puede ser enérgica siendo cruel. El interés privado es cobarde porque, al considerar todo bien como objeto alienable, tiene siempre miedo de perder algo. Al valorarlo todo según el mercado, se halla a merced del mercado para todo, incluyendo sus bienes más preciados, hasta su misma existencia, porque solo sabe valorarla como existencia en el mercado, con bienes de mercado. Su deseo constante de lucro se explica por su persistente miedo a perder, puesto que la cotización de sus bienes es la cotización social de su persona. Marx se adentra en lo que va a desarrollar como *teoría de la alienación capitalista*, de gran alcance histórico. Recientemente, hemos visto como el mercado de la personalidad en las redes genera la obsesión por una cotización constantemente en alza (seguidores y *likes*) causando hasta suicidios —como en los accionistas imparables— la baja en la cotización.

Con estos proceder, la existencia del pobre deviene necesaria y a la vez enemiga de la codicia capitalista. El miedo a perder el lucro, cuando se enfrenta a la necesidad de otros para subsistir, deviene sumamente cruel. Porque para reprimir tal necesidad hay que hacerlo, como venimos diciendo, con un ensañamiento especial, con la crueldad de un escarmiento que quite hasta las ganas de vivir. Porque de eso se trata. El capitalismo desenfrenado en su extrema codicia necesita la extenuación de la fuerza de trabajo y a la vez la desesperación de los extenuados para morir resignados. En este sentido, ya se ha señalado la coincidencia entre el perfeccionismo capitalista en sus excesos y la combinación de trabajo forzado y exterminio en algunos campos nazis.⁴¹⁹

Marx destaca el papel de los nuevos guardias forestales en la criminalización de la costumbre rural. Con ello, Marx revela que la propiedad privada carece de medios jurídicos e intelectuales en general para elevarse

418 Cf. la persecución del *cartismo* en el Reino Unido y el juicio de Richard Pilling en Patricia Hollis (ed.), *Class and Conflict in Nineteenth-century England*. Londres: Routledge & Kegan Paul (1973).

419 Paz Moreno Feliu, *En el corazón de la zona gris. Una lectura etnográfica de los campos de Auschwitz*, Madrid: Trotta (2010).

a la perspectiva del Estado, porque no es capaz de responsabilizarse del nuevo empobrecimiento que causa. A la vez, es el Estado el que se rebaja al interés de una clase, contrariando razón y Derecho (decretado antes por el mismo Estado y consuetudinario) legislando inicua y unilateralmente contra un sector de la población. El Estado, en palabras de Marx, se somete a la arrogancia del interés privado. Para Marx, tenían más perspectiva de Estado, más conciencia del bien público y responsabilidad para toda la población, los conventos y congregaciones del cristianismo caritativo que el nuevo Estado justificado con la ideología liberal. Marx sostiene que el Estado que se somete a los dictados de esa nueva avanzada del capitalismo, en vez de situarse por encima de las dos partes en conflicto, se sitúa por debajo de una de ellas. Se rebaja a sirviente de la clase de propietarios en su desbocada carrera de capitalización de bienes para el mercado. De este modo conceptualiza Marx su idea del Estado como instrumento de clase; lo sitúa, además, como sirviente.

La antítesis de este Estado servidor de ciertos intereses privados es el Estado comprometido eventual o constantemente con el bienestar de toda la población. En el esquema de Macpherson⁴²⁰ de tipología histórica de la democracia liberal en relación con el capitalismo, ello correspondería a las fases de desarrollo democrático y de participación.⁴²¹

Para que el interés privado no tenga límites, hay que limitar las necesidades de los pobres. Una consecuencia relevante para los derechos de los pobres, reconocidos legalmente, es la reducción del reconocimiento del *estado de necesidad* del que hablábamos hace poco. No solo no se reconoce la pobreza como acreedora de un derecho social por estado de necesidad, sino que individualmente apenas se reconoce y concede. Para el Derecho, o bien no existen los pobres, o bien apenas los hay; a pesar de la evidencia persistente de la falta de trabajo remunerado en el totalitarismo de mercado, con su *leña muerta* o *ejército de reserva*, el Derecho persevera en la ficción de la asequibilidad universal del trabajo. Así, invalida la califica-

420 Crawford B. Macpherson, *Principes et limites de la démocratie libérale*, op. cit.

421 No vamos a desarrollar esta temática aquí. La historia de la responsabilidad estatal es muy compleja y la crítica marxista que enfatiza el Estado como instrumento del interés privado capitalista tiene su razón de ser, así como la de Macpherson sobre la persistencia más o menos parcial de la democracia liberal. En larga duración histórica pueden hacer reflexionar hechos como la existencia de antiguos edictos de equidad frente al endeudamiento (cf. Terradas, *Justicia Vindictoria*, op. cit.).

ción del estado de necesidad para una buena parte de la población. Desde la perspectiva marxista, significaría la tendencia a no reconocer el hurto famélico, a hacer del hambre una condición normalizada y necesaria para mayor victoria de un capitalismo que busca salarios a la baja.

Con una sociedad fanatizada por el capitalismo más depredador, se llega a la criminalidad anómica en la que coinciden los impacientes en el enriquecimiento (delincuentes ricos) con los pacientes de la desposesión (delincuentes pobres). El fanatismo capitalista y sus consecuencias políticas y sociales pueden hacer de gentes ordinariamente mansas unos exasperados criminales.

Las costumbres tradicionales de recolección inofensiva, sea de recolección de leña, de frutos del bosque, de las espigas o del carbón sobrantes —o, más tarde, de todos los materiales que pueden reciclarse—, han pasado y siguen pasando por periodos de mayor y menor tolerancia. Todo depende de los advenedizos intereses para capitalizar esos recursos.⁴²²

El planteamiento de Marx inaugura la crítica a las normativas del fanatismo capitalista, algunas de las cuales se sobrescriben a las de regímenes anteriores, caracterizados también por escarmientos contra derechos en estado de necesidad o costumbres pacíficas de subsistencia, represalias hechas con ensañamiento contra la libertad de pensamiento, expresión y reunión; en consecuencia: vigencia de torturas y suplicios. Legalmente, se trata de criminalizar cualquier posesión que pueda ser apropiada por un capital y, a la vez, atacar con saña la razón que pueda defenderla.

Según la perspectiva marxista, ideológicamente, el pobre es para el capitalismo aquel que no tiene el poder para relacionarse con las cosas —y con los demás como cosas— como capital, el que no tiene el poder de hacerlas rendir para obtener más valor de mercado. Así, existirán pobres más o menos ricos, pero igualmente desprovistos de la voluntad o capacidad para capitalizar bienes. La solidaridad capitalista se dará entre personas que quieran y puedan desposeer, explotar y acaparar. Los demás quedarán relegados a una condición servil o enemiga del capitalismo.

422 Un film de Agnes Varda (*Los espigadores y la espigadora*) muestra la persistencia de las costumbres de espigar en una época en la que los pobres confluyen con algunos más ricos en las recolecciones marginales. A su vez, Agnes Varda asimila el arte visual a la tarea de espigar en la realidad, actitud estética presente en otros de sus films, particularmente en los últimos. Ideas similares de arte y artesanía hechas con residuos o materiales de deshecho son ya históricas en Europa, en la escultura, arquitectura, pintura y artes decorativas, por lo menos desde Gaudí.

La cuestión, tal como la plantea Marx en sus críticas a la ley sobre el robo de la leña, radica en el salto que da el capitalismo hacia su totalitarismo de mercado. Este salto supone una ruptura ética, jurídica e ideológica: se pasa de un capitalismo limitado y respetuoso con varios tipos de posesión útil a otro que arrasa con todo lo que puede capitalizar. El primero se mueve en un estado de mayor indefinición de la propiedad en general y de mayor equilibrio económico: posesiones cuya elasticidad económica viene dictada por las necesidades estacionales de la subsistencia, sin que ello suponga perjudicar al propietario, el cual prosigue con su habitual explotación del bosque (madera). Es un pacto de costumbre. Una costumbre constituida por unos hábitos constantes en el tiempo y que mantienen ese equilibrio. El desequilibrio vendrá cuando una parte tenga una oportunidad de enriquecimiento que, si se aprovecha, perjudicará a la otra. Esta primera crítica de Marx al capitalismo, como hemos señalado, es más bien una crítica a su abuso, no a una condición intrínseca de este. Puede mantenerse en unos límites y ser más respetuoso con la vida de los demás, pero, al desbocarse en el totalitarismo de mercado, se volverá transgresor frente a las normativas consuetudinarias, éticamente devastador e ideológicamente fanático. Para Marx, una vez alcanzado ese estado, la ley mentirá, sacrificará la verdad jurídica del robo: lo que era paradigmáticamente el arrebato violento de una pertenencia de terceros disfrutada pacíficamente y sin protesta (con derecho según costumbre) será un acto de la misma ley. El interés sobrevenido de la oportunidad capitalista es el que robará y además acusará de robo a su víctima. Este cinismo es el que distinguirá la nueva servidumbre de la legislación capitalista y la acompañará en sus épocas más totalitarias y fanáticas. Así, tanto los capitalismos de Estado (predicados como socialismo o comunismo) como los capitalismos oligopólicos y de escasa libre concurrencia (predicados como liberalismo) derogarán o derrocarán de hecho muchos derechos consuetudinarios. Con ello, desaparecerán los equilibrios entre posesiones motivadas básicamente por el trabajo y propiedades basadas en la titularidad.

Marx cita a Montesquieu para constatar el daño que la ley hace al Derecho cuando corrompe la sociedad. Montesquieu no hallaba remedio a tal situación: el mal estaba en el propio remedio. La ley era perversa, declaraba delito lo que no lo era. Así sacudía los fundamentos del Derecho y generaba una inseguridad jurídica ilimitada. El efecto simbólico de una ley, que criminalizaba una costumbre pacífica y necesaria por una oportu-

nidad de lucro, despertaba la creencia en la arbitrariedad de cualquier ley; en que todo el Derecho podía obedecer solo a intereses prepotentes. Es así como Marx comenzó a teorizar el Estado como el simple instrumento de una clase social. Para Durkheim se trataría de una sociedad anómica: de una colectividad sin seguridad deóntica, sin normativa que valga para los atractivos de la oportunidad. La ley contra un robo que no era robo legitimaba todo robo: podía robarse porque se servía a un interés como el que había promocionado la ley contra el robo de leña; se ponía en contacto una oportunidad de la codicia con una vulnerabilidad de la sociedad, los pobres sin poder para legislar.

Al mismo tiempo, se predicaba una nueva doctrina: ya no habría un acuerdo entre la conciencia subjetiva y la normatividad objetiva para decidir lo que era bueno o malo. Unos intereses del poder decretarían el criterio de la conciencia subjetiva, no la razón subjetiva de acuerdo con su experiencia empírica y la interacción social. La guía simbólica para esa nueva conciencia se hallaría en la pena: lo más castigado por la ley era lo peor, lo menos castigado no sería, pues, tan malo. La nueva trayectoria penal sustituía la conciencia y su razón por la pena y la conducta que debía evitarla. Se regresaba al miedo al castigo como la única razón para la ley del más fuerte. Así se inauguraba el recorrido del delincuente, de toda índole, con el Código Penal «en la mano»: instruido con la jerarquía de las penas, no con la de los valores.

Además, el interés capitalista —tanto como el de cualquier otro absolutismo— era capaz de quebrar la tradicional continuidad doctrinal entre el Derecho natural y el positivo. La reprobación y represión de la resistencia a los intereses capitalistas comenzaban a competir con las que habían merecido los ataques a la integridad física de las personas, a la vida de cualquiera de ellas. El Derecho abría el camino hacia un nuevo relativismo criminal en el que primaba el *interés* en la condena de determinados delitos, no el *daño* que habían causado.⁴²³ Con este marchamo en el delito la ley devenía promulgada por un interés privilegiado. De ahí que la desigualdad estuviera ya representada en la misma ley por servir al privilegio de unos intereses. Incluso, si la normatividad —de alcance material o simbólico— más conocida era la que más daño injusto causaba, no ha de

423 Tema en oposición a la prelación por la estimación del daño y resarcimiento a la víctima de la ofensa en los ordenamientos vindicatorios.

extrañar que fuera la desigualdad de la ley, no la igualdad ante esta, la que obtuviera una representación más clara en la conciencia subjetiva.

En otro orden normativo, la ley que criminaliza la recolección de la leña va a la par con la conflictividad que el individualismo posesivo del capitalismo arroja sobre las servidumbres públicas. Efectivamente, los propietarios, según épocas y lugares de mayor o menor énfasis en la dominación territorial de la propiedad, han sido más o menos reacios a cumplir con las servidumbres públicas de sus fincas. En Europa, con pocas excepciones, se ha ido viendo por todas partes una mayor proliferación de muros y cercados para establecer fronteras cerradas en toda propiedad privada, o bien se han disimulado materialmente las servidumbres públicas afectas y que no se han podido obstruir de un modo absoluto.

En conjunto, los derechos comunales, las servidumbres públicas y muchas posesiones eventuales, acordadas consuetudinariamente, han sido presas del capitalismo en su arrollador avance totalitario. El consumo individual en el mercado ha sustituido el disfrute común y gratuito. La superpoblación, con la transformación cultural de la gente del pueblo en masas de consumidores, ha desembocado fatalmente en la regulación de lo común a través del precio y la escasez, y ha liquidado la equidad y gratitud consuetudinarias.

16. LA METONIMIA DEL ORDEN SOCIAL: LA VERDAD SOBRE EL DELITO

Pero hay más, con el delito se refleja el valor de las costumbres y de sus instituciones: una doctrina establecida por Durkheim y continuada con perspicacia por Jane y John Comaroff.⁴²⁴ Estos autores van más allá: ven la delincuencia como la clave interpretativa del conjunto del orden social y especialmente del mismo Estado. Se trata de una interpretación marginalista que parece más acertada para determinados países y épocas. Veamos, si para Malinowski la costumbre se enfrentaba con el delito para prevenirlo, castigarlo o tolerarlo hasta cierto punto, con los Comaroff se estudia la delincuencia ya como costumbre. Para los Comaroff la verdad del delito radica en cómo nos revela un lugar y un tiempo de vida social. Si tomamos las conductas delictivas como costumbres, podemos entender mejor su persistencia, el porqué de sus progresos, límites y desapariciones; podemos conocer mejor el enigmático mundo de la realidad social, con sus apariencias y sus «bajos fondos».

Paradigmáticamente, los Comaroff nos presentan varias situaciones de conflictividad social para comprender el sentido de la delincuencia contemporánea (su conocimiento se basa en Sudáfrica, Estados Unidos y Reino Unido). La primera tiene que ver con las protestas contra injusticias perpetradas por el mismo Gobierno y con la criminalización de la protesta. Esta política sirve para deslegitimar y reducir el cuestionamiento social a un problema de orden público y delincuencia (juvenil) tipificada. En este caso destaca la voluntariedad del Gobierno en su objetivo criminalizador: evita soluciones bien conocidas a estas conflictividades; por ejemplo, escuchar las protestas y ceder en algo justo, y derivar las faltas o delitos a la mediación penal o justicia restaurativa, como un móvil justiciero y no exclusivamente delictivo; aunque la penuria juvenil y el adoctrinamiento consumista haya incitado al saqueo.⁴²⁵ No obstante, la costumbre represiva

424 *The Truth about Crime. Sovereignty, Knowledge, Social Order*, Chicago: Chicago UP (2016).

425 Cf. Carly Lightowers, y Hannah Quirk, «The 2011 English «Riots»: Prosecutorial Zeal and Judicial Abandon», *British Journal of Criminology*, (55). Estas rebeliones son precisamente las que toman como ejemplo los Comaroff.

va se impone y azuza la costumbre de protesta con daños. Con lo cual se crea una retroalimentación de destrucción-represión: una situación más cómoda para el Estado que la de soportar el derecho a la protesta y tener que responder a esta, lo que implica ejercer la responsabilidad ante toda la población, rebeldes incluidos.

La opción meramente represiva ha generado la costumbre de tratar a los grupos disidentes como enemigos extranjeros, como si se estuviera en un estado de guerra.⁴²⁶ Así, se ha ido desarrollando una especialización de los cuerpos policiales como fuerzas armadas que luchan contra un enemigo interno, y se han adquirido armas y tácticas especiales para luchar contra la disidencia.⁴²⁷ En España, el carácter militar añadido a la Guardia Civil desde su fundación, ha contribuido en ocasiones a poder representar su acción represiva como la de un ejército frente a sus enemigos. Ello en menoscabo de las labores de protección, auxilio y cooperación civil de estas fuerzas de seguridad y defensa de toda la población. Lo que destacan los Comaroff es que las poblaciones marginadas y excluidas de la seguridad y el bienestar de los grupos más privilegiados o afortunados sufren una reiterada criminalización, no solo de sus protestas, sino también de su derecho a vivir tal como se ven obligadas a hacerlo.

Otra situación se debe a la presencia/ausencia del Estado. Con el Estado se genera seguridad e inseguridad, información y desinformación, ayuda y obstáculos, según una dialéctica en la que la parte negativa no para de crecer, como si el desarrollo burocrático —que ya hemos expuesto anteriormente— fuera un éxito de las administraciones públicas y privadas. De este modo, el Estado y las grandes empresas se muestran más obsesionadas con protegerse a sí mismas que a sus *clientes* o *usuarios*. Hacia

426 Sobre la lógica totalitaria de esa deriva: Esteban Zamora, *Pasajes entre el estado de excepción y el Estado-guerra*, Buenos Aires: La Cebra (2019).

427 Cf. David Piqué, *El fenómeno okupa/antisistema circunscrito al distrito de Gràcia (Barcelona) como factor de riesgo para la convivencia y potencial foco de percepción de inseguridad. El síndrome de Sherwood* [trabajo de máster], Universitat Oberta de Catalunya (2009); especialmente en torno a la sección 6, en que se exponen estrategias y tácticas de inspiración abiertamente bélica para derrotar a ocupas y a manifestantes antifascistas como enemigos en una guerra sin cuartel. Para una perspectiva más compleja y desprovista de esta beligerancia: Albert Vilatarsana, *La necessitat de construir un Sistema de Policia per a Catalunya*, tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona (2015). Sobre la Guardia Civil humanitaria que no pudo cantar Lorca: Antonio Jesús Yugueros, *La intervención de la Guardia Civil, como garante de los derechos humanos, en el ámbito de la violencia contra las mujeres, en las relaciones de pareja o expareja*, tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide (2013).

estos se deriva la responsabilidad por las consecuencias de las políticas tramitadas por las burocracias. La costumbre que ha implantado el poder burocrático es la de apostar por gastos e inversiones de bien público y privado, obedeciendo, eso sí, a muchas demandas populares, pero aumentando sus efectivos y complicaciones de procedimientos; se aseguran un buen tajo de los gastos de ejecución y reducen considerablemente el monto y la efectividad de la partida votada para solucionar el problema.

Otra situación es la que surge por la privatización de instituciones de acción y responsabilidad públicas. Los Comaroff ponen el énfasis en la privatización de buena parte de los servicios de la Policía y el Ejército; pero, dependiendo de cada país, puede verificarse esa tendencia en los demás ámbitos públicos de la vida social: sanidad, educación, comunicación, transporte, energía y recursos vitales indispensables. La privatización no resulta efectiva y todos esos ámbitos se suplementan con iniciativas semi-privadas que son otras costumbres: terapias más o menos empíricas, asociacionismo cultural, cooperativas parciales, aprovisionamientos comunes y asistencias de reciprocidad, entre restringida y generalizada.

Estas situaciones han dado lugar a la instalación de unas *pequeñas costumbres* que acrecientan las contradicciones en el orden social, presidido formalmente por el Estado. Así, vemos cómo se van instalando como costumbres una serie de vicios o abusos compatibles con las apariencias de Estados de Derecho y democracias representativas. Los Comaroff las apuntan: las provocaciones para protestas justicieras, fatalmente acompañadas de daños (de dudosa procedencia) y que resultan relativamente fáciles de criminalizar por el poder (gubernativo y judicial). Las del abuso del Derecho en forma de *lawfare*, costumbres que evocan la *aemulatio* romana o el *sicofantismo* griego, que utilizan la administración de justicia para debilitar a oponentes políticos y para socavar la justicia social. Las consistentes en tratar la disidencia interna como población enemiga con una guerra declarada (ya mencionadas), que criminalizan su estilo de vida (en parte forzoso) tanto como sus protestas para acceder a derechos humanos. Las de interponer un poder burocrático voraz, privado y público, en cualquier iniciativa tanto de mercado como de bienestar social: gerencias, direcciones, ministerios, interventores, secretarías, asesorías, consultorías, equipos parlamentarios, *lobbies*, equipos administrativos y de formadores, etc. Las de acostumbrarse en lo público a los hábitos y vicios de muchas empresas privadas (parasitadas por el servilismo a las jerarquías capitalistas y por su

incesante burocratización).⁴²⁸ Estas situaciones hechas costumbre favorecen el *continuum* entre la rutina y la delincuencia en todas las instituciones sociales. También resulta importante el mal ejemplo del Estado, con su dejadez de funciones para muchos ciudadanos, sus puertas giratorias, sus irresponsables privatizaciones y la disolución de lo público en prácticas e ideologías basadas en el lucro privado. Todo esto redundaría en una nueva reconceptualización de la delincuencia, una delincuencia con nuevos umbrales de inmunidad e impunidad. Su normalización atravesaría todas las instancias públicas y privadas del orden social y a la vez seguiría proliferando en los medios *lumpen*, pero iría desapareciendo la antigua costumbre moral para la que no podía normalizarse la corrupción en las altas instancias estatales o de administración de grandes empresas. Sin embargo, varios tipos de corrupción e irresponsabilidad han conseguido bastante normalización institucional, incluso ya se constituyen en valores y normativas o directrices, como las extravagantes remuneraciones en grandes empresas privadas y las acumulaciones de bonos y prebendas en las públicas.

Los Comaroff inciden —sobre todo con ejemplos de la reciente historia de Sudáfrica, pero también con la del Reino Unido y de los Estados Unidos— en el desequilibrio del Estado en una época nuevamente «neoliberal»⁴²⁹ en la que el *continuum* delictivo alcanza al Estado de un modo muy significativo y recalifica la noción moral del delito. El Estado, desequilibrado por su incorporación delictiva, se vería pues superado, aunque muy parcialmente, por una serie de agrupaciones que tratarían de enderezar el contrato social, al menos para una parte de la población o para algún tipo de actividad económica e interacción social.⁴³⁰ Así surgiría una nueva «ecología de la ciudadanía» dividida entre la «autoemprededuría» en un mercado caprichoso y hasta el trabajo remunerado sin salir de la pobreza extrema, que acercaría la supervivencia a algún tipo de delito. Las élites también conec-

428 Nuestra experiencia nos remite al sistema universitario: cf. los artículos del vol. 3 n.º 2 de la revista *New Proposals. Journal of Marxism and Interdisciplinary Inquiry*, dedicados a *Universities, Corporatization and Resistance* (2010). También: Carol Greenhouse (ed.), *Ethnographies of Neoliberalism*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press (2010).

429 La primera se da con la explosión colonial de la segunda mitad del siglo XIX y se divulga teóricamente con obras como la de Herbert Spencer. Otra ola neoliberal ocurre en los años posteriores a la Primera Guerra Mundial y culmina con la depresión de 1929: Thurman Arnold, *The Folklore of Capitalism*, op. cit.; Peter Fearon *The Origins and Nature of the Great Slump, 1929-1932*, Londres: Macmillan (1979).

430 Seguimos comentando el capítulo 1.1 de la obra de los Comaroff.

tarían con la delincuencia según cálculos de riesgo y beneficio: como si se tratara de un mercado abierto a la interpretación de cualquier actividad política y económica según la racionalidad del *homo oeconomicus* «neoliberal». La hegemonía de la ideología hipercapitalista (Piketty), o de nuevas olas de neoliberalismo haría del delito un riesgo contable, especialmente en la delincuencia financiera. Como en la costumbre de Malinowski —que ayuda a esquivar el escándalo que da pie al delito— la corrupción no sería otra cosa que la revelación escandalosa de una práctica que podía continuar con sigilo político (*omertà* o *compacienza omertosa*) y con prudencia moral. Precisamente, la noticia de la corrupción alcanza por su escándalo, por algún aspecto desproporcionado de su práctica (algo similar a la *hybris* griega). Se trata más del fallo de un amancebamiento escandaloso que de un adulterio bien disimulado. Por eso la corrupción en sí —como costumbre hipócrita— no debilita el poder de quien la sustenta, hasta que su escándalo se toma como símbolo de la debilidad del poder. Aunque para ciertos poderes (tanto en un gran jerarca como en un «chulo de barrio») el escándalo se troca en atributo positivo del poderío privilegiado.

Los Comaroff suscriben el análisis de Thomas Piketty sobre la ideología hipercapitalista y el aumento de la desigualdad social.⁴³¹ La cuestión nos lleva a lo que podemos considerar como una añadidura —y en parte corrección— a las tesis marxistas sobre el desarrollo capitalista. De hecho, el mismo marxismo postgramsciano ya había empezado a asumir estas consideraciones. Se trata, esencialmente, de apreciar la influencia real de algunas ideologías capitalistas como fanatismos (en vez de atribuirlo todo al desarrollo de las fuerzas productivas y a sus contradicciones con las relaciones de producción) y de constatar que la desigualdad social no proviene únicamente de la explotación capitalista en el sentido restringido de Marx, sino de una serie de fallos en las iniciativas de redistribución de riqueza (desde inversiones hasta subvenciones) causadas, precisamente, por las ideas más fanáticas del capitalismo: aparentar una no intervención en el mercado, dando a entender que es de libre competencia, cuando está ya intervenido por grandes monopolios y cárteles, y a la vez pretender que todas las interferencias políticas a favor de los grandes capitalistas y sus monopolios favorecen la libre competencia y su supuesta redistribución de riqueza, tal como ocurriría en un mercado realmente libre. La de hacer pasar por op-

431 Cuestión que Thomas Piketty desarrolla más en *Capital et idéologie*, *op. cit.*

ciones de consumo y de responsabilidad subjetivos lo que es la adaptación forzosa a un mercado con muy pocas opciones, tanto para adquirir valores materiales como inmateriales. La de defender el individualismo posesivo como forma nacional (y hasta patriótica) de la economía y desplazar toda iniciativa de planificación y socialización a lo *enemigo*. En general: la de disimular hipócritamente todas las incesantes excepciones que necesita el mercado para aparentar que es mercado (tanto de intervención de gobiernos privados como públicos sobre la vida de la población).⁴³²

Los Comaroff toman el caso sudafricano para ilustrar en el hipercapitalismo los extremos de clasismo y racismo, capaces de deshumanizar a la población y despreciar a toda vida humana. Estos vicios hacen que la justicia penal parezca una nave a la deriva, cuando no una marioneta, bajo los nuevos monopolios de la violencia de las bandas criminales y de la propia policía. Nuevos estados que se han ido creando por la decidida respuesta violenta, de caiga quien caiga, frente a las protestas suscitadas por la gente machacada en su pobreza y por la extrema precariedad laboral. Así, recobran sentido las mafias como seguridad estatal: ante la acción puramente represiva del Estado a través de la Policía, solo el paternalismo, de quienes para hacerse respetar han optado por la delincuencia organizada, puede ofrecer seguridad a algunos de sus prójimos. Este es el estado de cosas a que aboca el capitalismo —tal como lo presentan los Comaroff para Sudáfrica— si no se corta en sus fanatismos.

432 El fanatismo capitalista ha estado expuesto por bastantes autores, quien más lo ha analizado como costumbre aliada de fanatismos patrióticos, religiosos y hasta de derechos humanos (haciendo pasar la supuesta libertad de mercado por garantía de todas las demás libertades) ha sido Thurman Arnold, *The Folklore of Capitalism*, *op. cit.* Cf. Ignasi Terradas (coord.), *Antropología jurídica de la responsabilidad*, *op. cit.* Un enfoque que se tiene poco en cuenta y que defiende el libre mercado para lo superfluo y la planificación para lo necesario, de un modo más directo que el keynesiano, es el de Léon Walras, *Études d'Economie sociale (Théorie de la répartition de la richesse sociale)* Roma: Bizzarri (1969).

17. SOCIEDADES ANÓMICAS: COSTUMBRES Y «COSTUMBRES»

Para Durkheim se trataría de sociedades profundamente anómicas⁴³³ en las que, a pesar de la profusión barroca de normas, disciplinas y controles —con Estados muy poderosos para ejecutarlas—, predomina el estado anómico. La condición anómica es un fallo generalizado en la asimilación de la normatividad por parte de la población, ya que las mismas autoridades (con inmunidades, impunidades o privilegios más de hecho que de Derecho) alteran o simplemente transgreden esta normatividad. En estas circunstancias, el resto de la población se apunta a las oportunidades que se le ofrecen para flexibilizar la conducta normativa y hasta para delinquir.

Durkheim trató siempre la anomia como un fallo del sistema, como una patología, no como algo fácilmente consustancial con un sistema basado en sacar provecho de la vulnerabilidad o ignorancia de los demás y valerse de los chantajes sobre la indigencia y la precariedad. Un moderado optimismo socialista ponía siempre en el Estado y en la función pública la prioridad de la solidaridad y el bienestar sociales. Durkheim no contemplaba la absoluta perversión del Estado y de la iniciativa capitalista en relación con esos valores. Habrá que esperar la experiencia de las dos Guerras Mundiales en cuanto al trato de la vida humana por el poder del Estado y del capital para cambiar ese moderado optimismo. Sin embargo, para Durkheim, el valor de la responsabilidad humanista no podía dejar de existir en la sociedad y en el Estado. En su concepción de la responsabilidad solidaria llegó a decir que todo ciudadano debía considerarse como un funcionario público.

En esa dirección, Durkheim concebía la delincuencia y criminalidad anómicas surgidas de un retroceso en los sentimientos de solidaridad colectiva, en medio de una intensa vida colectiva. El criminal anómico

433 Seguimos la teorización durkheiminiana sobre la anomia en Émile Durkheim, *Leçons de Sociologie Criminelle*, París: Flammarion (2022 [1892-93]); *De la division du travail social*, op. cit.; *Le suicide. Étude de sociologie*, París: PUF. (2016 [1897]).

capitalista (paradigmáticamente el delincuente financiero) es el carterista en medio de una exaltada muchedumbre, en medio de un desfile patriótico (él es quien lanza los más fervientes vivas a la patria) o en medio de una asamblea de gran fervor religioso, donde destaca por su «recogimiento».

Actualmente, diríamos que, en vez de un ordenamiento social que cumple con las expectativas generadas por las ideologías de disciplina y control (Foucault, Deleuze)⁴³⁴ o con las que el individuo puede sentirse integrado en la sociedad, se dan continuas subversiones del contrato social que lo hacen anómico. El estado anómico es aquel en el que los Gobiernos públicos y privados defraudan las expectativas de integración (trabajando bien se reciben remuneraciones justas, ahorrando se pueden mejorar las condiciones de vida, hay siempre igualdad ante la ley y la justicia...). Disuelven, pues, la confianza en el *contrato social* y debilitan las expectativas de responsabilidad y seguridad que prometen los gobernantes⁴³⁵ para la vida de la gente.

Los Comaroff parecen dudar entre la teorización del Estado en continuidad con los recursos delictivos (que trata de monopolizar), la teoría marxista de instrumento del capital (instrumento criminal siempre que convenga) o un replanteamiento de fondo durkheimiano por el cual el Estado es un constante fraude anómico.⁴³⁶ Nosotros preferimos la perspectiva de la contradicción: en el Estado hay fuerzas positivas para la libertad, la seguridad y el bienestar de la población, y otras que perjudican esos bienes. La institución perdura precisamente por el vaivén entre una dirección y otra, busca un equilibrio difícil entre la protección y la destrucción de vidas humanas, operaciones que obedecen a intereses contrapuestos. Las experiencias de los totalitarismos han llevado a teorizar unilateralmente las estructuras estatales y empresariales como inherentemente perversas, pero precisamente desde esas estructuras otros Estados y sociedades, algo menos perversas, han logrado frenar los totalitarismos. Lo que apuntan los Comaroff es un deterioro del *contrato social* a extremos análogos a los de los totalitarismos. Tomando la referencia histórica: no sería tanto una

434 Cf. Norbert Bilbeny e Ignasi Terradas (eds.), *Ciudadanía bajo control*, op. cit.

435 Siempre tanto públicos como privados: banqueros, ministros, gerentes de grandes empresas, propietarios y jefes de medios de comunicación; y un corto etcétera según cada país.

436 Cf. el capítulo «Crime, Policing, and the making of Modernity: the State, Sovereignty, and the Il/legal» en *The Truth about Crime*, op. cit.

victoria de fascismos sobre democracias como de perversión fascista de la democracia.

Entonces, ya no sirve comportarse según los cánones normativos que prometen la integración individuo-sociedad. En vez de la integración según el contrato social liberal (en el sentido más amplio del término), surgen otras articulaciones —según los Comaroff— que sustituyen los polos del contrato social entre el individuo y la sociedad. Ello genera una cultura de la integración social que otorga un margen muy amplio a la delincuencia como costumbre adaptativa. Esta queda integrada en el imaginario y refleja la anomia dominante. Por este motivo, los ideales de seguridad y bienestar se ven objetivados (reciben un culto simbólico notable en la comunicación de masas) en el régimen delictivo que articula directamente oligarcas, grupos políticos, familias o clanes criminales con la economía mundial.⁴³⁷ Los Estados y «corporaciones» empresariales, o se integran a esa anomia global o se enfrentan decididamente con la decadencia del fallido contrato social. Esta situación explica la subversión del Derecho y la corrupción de la política: ya hemos mencionado antes que, de modo similar a la antigua *aemulatio* romana y al sicofantismo griego, se ha desarrollado el *lawfare*,⁴³⁸ el uso del Derecho como arma contra competidores económicos y políticos, la normalización del transfuguismo y de los lobbies de intereses del lucro privado, la reorganización de los partidos políticos como cárteles para monopolizar el poder en menoscabo de la voluntad de los electores.

La *libertad e igualdad* (con la fraternidad como sentimiento de solidaridad colectiva en sentido durkheiminiano) son los principios normativos fundamentales del *contrato social* moderno. Se desarrollan en la práctica política y jurídica en torno a la Revolución francesa y subsisten en toda la historia de las democracias liberales.⁴³⁹

437 Cf. Jean y John Comaroff, *op. cit.*, especialmente la sección «Forensic Fantasy and the Criminal Everyman». Las intersecciones o confluencias entre organizaciones criminales y algunos partidos políticos han sido señaladas en varios países a partir del conocimiento del caso italiano: cf. el incisivo artículo de Andrea Camilleri (1999, 23 de noviembre), «Vecchie storie di mafia e Dc», en *La Repubblica*.

438 «La instrumentalización de la justicia y la judicialización de la política»: José Antonio Martín Pallín en *La guerra de los jueces. El proceso judicial como arma política*, Madrid: Catarata (2022).

439 Cf. Crawford B. Macpherson, *Principes et limites de la démocratie libérale*, *op. cit.*

Malinowski había encontrado en la *reciprocidad* la norma fundamental de las civilizaciones primitivas. Una norma menos individualista y que se reconocía a través de las relaciones de pertenencia y participación. Mientras que la libertad e igualdad adquieren su sentido histórico en la lucha para que se cumpla el contrato social en el régimen de las democracias liberales, desde el siglo XIX hasta la actualidad, tal como expone Crawford. B. Macpherson. En su planteamiento, el orden de la democracia liberal para afrontar la libertad y la igualdad tiene varias tendencias, que marcan épocas y que también se solapan: la *protección* de gobernados y trabajadores en general de los abusos del capitalismo; el *desarrollo* de reformas al capitalismo para sustentar mejor la libertad e igualdad de la ciudadanía; el *equilibrio* entre la igualdad jurídica y política por un lado, y la desigualdad creada por el poder en el mercado; la *participación* más directa de la ciudadanía ante el elitismo en la política y en el Derecho, para tratar de refundar la democracia liberal con mayor efectividad en cuanto a libertad e igualdad.

Frente a esta trayectoria histórica, los Comaroff apuntan a una nueva crisis en la que se hace muy difícil distinguir propiamente la democracia liberal, al estar corrompida por su penetración fascista, más efectiva aún que por su histórica penetración clasista (que llevó a Marx a teorizar el Estado como instrumento de los capitalistas): es lo que está llevando a reconocer democracias *iliberales*, *populistas* o *no plenas*, términos que tratan de disimular la acción fascista en el Estado: reducción de la oposición para la creación práctica de un partido único; nacionalismo, patriotismo y fanatismo religioso en una división de élites y masas; cultivo del fanatismo político-ideológico en la misma dirección; chantaje penal a la libertad de expresión y manifestación; culto a la personalidad clasista y autoritaria; respeto por la ley del más fuerte; propaganda incesante (también literaria) de un clasismo cerrado que desemboca en un alocado embrutecimiento cultural.⁴⁴⁰

440 Sobre la recreación de la censura fascista en la democracia italiana postfascista: Vitaliano Brancati, *Ritorno alla censura*, Milán: Bompiani (1974 [1952]), tema sobre el que hablaremos más adelante. La radicalidad fascista en la psicología moral ya fue tratada en estudios de psicología de masas; en obras como la de Wilhelm Reich, *La psychologie de masse du fascisme*, *op. cit.* Sobre el fascismo como categoría más amplia para designar un despotismo autoritario que va más allá del fascismo y del nazismo históricos, y que se da desde la interacción interpersonal hasta la edificación política y cultural: Teodor W. Adorno *et al.*, *The Authoritarian*

Durkheim ya señaló de qué modo el mercado capitalista subvertía el contrato como reciprocidad. Lejos del *continuum* propuesto por Davy, Durkheim ya advertía de la desigualdad de armas en el contrato menos libre de todos, el contrato de trabajo. Advertía también del marcado individualismo del régimen contractual en el mercado capitalista: de que el contrato supone un clima social de desconfianza, lo contrario de una estipulación que no hay que protocolizar. Incluso podemos añadir la teoría del *efficient breach of contract*, del incumplimiento eficaz (para provecho propio) del contrato.⁴⁴¹ Sociológicamente, además, la norma de la reciprocidad en las civilizaciones primitivas compromete a grupos de familias, a linajes y a clanes enteros, mientras que la responsabilidad contractual capitalista está individualizada. Incluso la responsabilidad atribuida a todo un país —a través de su Gobierno— se dirime frente a otro colectivo nacional con la ficción de ser personas jurídicas individualizadas.⁴⁴²

El estudio antropológico-jurídico de las costumbres debe discernir mucho entre todo lo que puede entenderse como costumbre. Unas tienen más arraigo y extensión social, pero menos poder; las que tienen poder necesitan siempre de mayor coacción, directa o indirecta (intimidatoria, violencia simbólica). La duración de las costumbres o su extensión social son indicadoras de su vigencia consentida o legitimación social. Cada costumbre tiene que estudiarse con su propia historia social y política, con su significado para las demás relaciones sociales, para el orden social en general y para sus relaciones de poder. Hay costumbres y «costumbres». Igual que leyes y «leyes». Unas tienen mayor congruencia con la presunción de un contrato social, de un consenso en un común sentir; otras pasan por serlo. La perspectiva antropológica sobre el Derecho obliga a estudiar simultáneamente la ley como costumbre y la costumbre como ley: solamente así se puede apreciar el grado de legitimidad y la relación de poder en la que se inscribe la norma.

Al mismo tiempo, debemos ser conscientes de los malentendidos que se producen en la relación entre ciertas costumbres y el Derecho. Conviene evitar dos extremos: el de oponer sistemáticamente la costumbre a la

Personality, op. cit. Leonardo Sciascia ha reiterado también en varios momentos de su obra este planteamiento transhistórico del fascismo: cf. *Opere*, vol. 2, Milán: Adelphi (2019).

441 Cf. Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, op. cit., caps. 1, 5 y 6.

442 Thurman Arnold en su *Folklore del Capitalismo* (op. cit.) ya desintegro críticamente esa ficción.

ley, como si esta última siempre tendiera a su negación o represión, y el de creer que la ley es siempre superior a la costumbre en su validez jurídica. Si, al menos por una parte, hemos de seguir admitiendo que la costumbre es fuente del Derecho, consecuentemente debería entenderse que una costumbre pueda tener más provisiones y previsiones que una ley. De este modo, debería considerarse más justa y completa ante las necesidades de la vida. La restricción enunciativa del Derecho impide abordar con flexibilidad y amplitud de miras la realidad que solicita un trato justo.⁴⁴³

Para la Antropología jurídica, una costumbre puede alcanzar más validez jurídica que una ley sobre la misma materia. Esto puede parecer imposible o, por lo menos, paradójico para un jurista de fe positivista, pero Joaquín Costa ya lo sostuvo sin ambages y de un modo muy incisivo: se puede estar más atento con una normativa según costumbre, observarla y denunciar sus transgresiones, que con una ley cuya transgresión no es vista como algo injusto. Es así como un tribunal consuetudinario, un concejo asturiano o un panchayat indio pueden obtener mayor predicamento en sus juicios. Siempre, evidentemente, existe el peligro de que sea el interés subjetivo el que dicte con gran convicción lo que es justo e injusto; y su gravedad.

Lo importante para observar un criterio de Antropología jurídica es no discriminar entre costumbre y ley, no valorar *a priori* una en detrimento de la otra. Hay que recordar que el *imperio de la ley* obedece a menudo a la *fuerza de la costumbre* y que *la costumbre es ley* en muchos sitios.

443 En esta dirección, resultan vigentes las propuestas de Jean Carbonnier, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*. París: LGDJ (1979).

18. EL PARADIGMA VINDICATORIO, EL CIVIL/PENAL Y SUS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Tenemos dos *obstáculos epistemológicos* para aceptar y comprender la existencia de sistemas vindicatorios como ordenamientos jurídicos.⁴⁴⁴ Son dos importantes presunciones o prejuicios etnocéntricos: la hegemonía de la idea euroamericana de *progreso*⁴⁴⁵ y la interpretación primordial de la venganza como sentimiento subjetivo, irracional y casi siempre individualizado.

El primer obstáculo o prejuicio combina dos perspectivas a la vez: la idea de una evolución progresiva del derecho hasta formar un Derecho positivo que se tiene por más perfeccionado, más desarrollado y más acorde con los derechos humanos como valores, y el apareamiento de este Derecho con un sistema tecnológico y económico que también se tiene por más desarrollado y perfeccionado para la consecución del bienestar humano. Este obstáculo se presenta, epistemológicamente, como la negativa a representar un tipo de sistema u ordenamiento jurídico, también perfeccionado, para sociedades bastante dispares a la nuestra en sus modos de vida material. Además, cuesta aceptar que un mismo sistema jurídico (el vindicatorio) pueda ser compartido por sociedades de cazadores y recolectores; por antiguos imperios con un gran desarrollo de la agricultura, el comercio y las manufacturas; por sociedades medievales con estamentos muy peculiares y con culturas muy desarrolladas para sus ámbitos (nobleza, clero, campesinado, burguesía urbana), e incluso por grupos étnicos que perviven en la actualidad (como los de las civilizaciones gitanas); y aún por Estados que en parte suscriben los ordenamientos vindicatorios

444 Para la constatación etnográfica e histórica de la justicia vindicatoria como sistema y ordenamiento jurídico y sus características: Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria, op. cit.*; *La justicia más antigua, op. cit.*

445 Cf. John Bury, *The idea of Progress, op. cit.*

por sus tradiciones religiosas (como ocurre con varios Estados islamizados). No obstante, de un modo análogo al que una misma religión (con algunas diferencias, eso sí) ha sido compartida por países y épocas con notables distinciones en todos los demás ámbitos (tecnológico, económico, político, artístico...), ocurre lo mismo con el derecho. El estudio de la existencia histórica del derecho muestra que este tiende siempre a formar un sistema, un conglomerado normativo que se erige a la vez en regulador habitual y en ideal de la sociedad. Siempre trasciende a la sociedad y forma un sistema, porque debe unir tantos elementos que no puede hacerlo solo para algunas partes; se extiende inexorablemente sobre todas las relaciones humanas. Y eso ocurre en cualquier sociedad. Todas las sociedades humanas son lo suficientemente complejas como para que su derecho sea también un sistema complejo, un edificio construido y en construcción, pero dotado de una especie de efecto multiplicador, porque tiene que interpretar la vida humana en cualquier forma de acuerdo, de cooperación y de conflicto. No existe —ni en la etnografía de lo «más primitivo»— un derecho a medias, el derecho en una sola parte de la sociedad, o solamente algunos elementos de derecho. No hay una sociedad con un derecho parcial o rudimentario. Toda sociedad humana, toda comunidad que tiene fenómenos sociales de subsistencia, de poder y de reproducción ante la muerte, tiene un derecho completo. Tiene normativas para acuerdos y sucesiones, para posesiones y poderes, para conflictos y crímenes. Tiene toda una normativa para lo que nosotros reconocemos en el Derecho civil y en el penal. Toda comunidad que tiene vida material y simbólica en sus relaciones sociales las ordena completamente de un modo u otro, porque las interpreta todas, y siempre es una civilización entera para el Derecho. En las sociedades humanas, el derecho siempre lo encontramos completo, pero la creencia dogmática en la superioridad del Derecho positivo, del Derecho de las instituciones de las sociedades más poderosas del mundo, ha tendido a interpretar a los otros derechos como rudimentarios o parciales, a establecer un pensamiento de progreso evolutivo de derechos inferiores hacia un Derecho superior.

Para abordar un sistema jurídico en otra cultura social, en otra civilización, primero hay que tener clara una autocrítica de la superioridad del propio. Conviene relativizar su aparente superioridad debida a cosas como la famosa división de poderes; la especificidad de la materia jurídica que no debe ser dictada siempre por la moral; la confusión entre el desarrollo de la retórica (la técnica de la verbalización y escritura jurídicas)

con una superior racionalidad; la autoridad legislativa y judicial, que, si no disimula bien su brazo coercitivo, no consigue legitimarse ante la razón. Para curarnos de etnocentrismo es conveniente, además, tener presentes varias cosas: la insatisfacción causada por el sistema penal, por los incumplimientos eficientes (para provecho propio) de acuerdos y contratos, por leyes *nuevas* que se tienen por regresivas o lesivas respecto a derechos humanos fundamentales, por la persistencia de privilegios económicos y políticos contra el Derecho, por la persistencia de dejaciones o de prácticas derogativas; y hasta de arbitrariedades en la interpretación pragmática de las normativas fundamentales y más cosas que afectan a cada rama del Derecho. La supremacía del Derecho de los países más poderosos obedece en muchas ocasiones a las tácticas del autoritarismo y de su disimulo, y menos a progresos positivos para hacer cumplir los acuerdos, reprimir los abusos y retribuir a dañados y perjudicados. Las represiones políticas y las demagogias punitivas suelen disimular la ineficacia del Derecho en los regímenes más autoritarios. Estos suelen empecinarse en dar el mal ejemplo para ese Derecho «más civilizado», al constituirse con más privilegios y al vencer derechos y compromisos con sus arbitrariedades.

Una vez se relativiza con autocrítica, el propio derecho (sin llegar a posiciones nihilistas, ya hemos hablado de ello)⁴⁴⁶ se puede empezar a contemplar un panorama en el que ningún ordenamiento jurídico es perfecto o claramente superior a otro. Precisamente, los límites de uno solicitan en cierto modo la presencia del otro. Es así como los límites de nuestro sistema de responsabilidad penal y civil evocan e invocan al sistema vindicatorio; y surge la justicia restaurativa o reparadora, la cual, sin conocer directamente el ordenamiento vindicatorio, lo despierta en muchos casos.

El sistema vindicatorio fue desplazado históricamente por el civil/penal también por sus límites, de los que hablaremos más adelante. Ya antes, en algunos países, el ordenamiento vindicatorio había acogido varias instituciones del Derecho civil romano para reformarse. Todo ello son recepciones, préstamos o irrupciones procedentes de sistemas jurídicos únicos y completos en sus lógicas, en su idealidad normativa. No son piezas separadas de un puzle que solo encaja a partir de uno de esos sistemas, sea el romano-canónico o el civil/penal contemporáneo.

446 Cf. Terradas, *Justicia vindicatoria*, *op. cit.*

Respecto a la venganza, curiosamente, el prejuicio del que vamos a hablar procede de la enorme importancia que tiene la venganza en nuestra cultura contemporánea, por ser un sentimiento primordialmente subjetivo e intersubjetivo: incoado individualmente y contagiado a masas sociales. Esa idea radicalmente sentimental de la venganza se ha proyectado sobre las sociedades con ordenamientos jurídicos vindicatorios, pero en estas lo que obedece a su normativa jurídica; y se aplica socialmente, es una venganza autorizada. Es decir, que la parte ofendida obtiene el derecho de ejercer violencia y matar a un miembro (o varios miembros) de la parte ofensora; pero hay que obtener ese derecho como tal, decidido por una autoridad judicial, no como satisfacción directa de una pulsión visceral. La venganza en las sociedades vindicatorias se concibe y ejecuta como la pena en las sociedades penales. De ahí, un fondo común, siempre reducible a un tipo u otro de venganza para ambas sociedades.

Realizando un trabajo de inducción histórica y etnográfica llegamos a unas conclusiones fundamentales⁴⁴⁷ para comprender esta venganza en los ordenamientos vindicatorios. Así, destacamos que el ejercicio de lo que percibimos como venganza es un mandato otorgado por la misma autoridad que juzga conflictos entre grupos de parientes o entre grupos locales; y que en conformidad con varios rituales procesales, se inscribe en el mismo proceso composicional como una desviación o variación legítima de este, debido a la estimación de la ofensa como de suma gravedad. Que dicho mandato procede de la deliberación de una autoridad judicial compuesta por miembros de un clan, de varios clanes o de varios grupos vinculados por parentesco y localidad. Que diversas circunstancias históricas han ampliado o reducido los miembros que constituyen dicha autoridad. Que las situaciones creadas por la colonización han transferido la tutela judicial de la venganza a la autotutela. Que esta es la que confunde la subjetividad del sentimiento vindicativo con el altruismo sociológico con el que Durkheim calificaba la vendetta.⁴⁴⁸ El altruismo durkheimiano significaría el cumplimiento con una normativa social, no la satis-

447 Cf. Ignasi Terradas, Id.; *La justicia más antigua*, op. cit.

448 Idea más claramente presente en su curso de Sociología criminal: *Leçons de Sociologie Criminelle*, op. cit. Son los apuntes de Marcel Mauss descubiertos en 2018 sobre un curso impartido por Durkheim en 1892-93. Las ideas fundamentales coinciden con lo expuesto por Durkheim en su obra *De la division du travail social*, op. cit.; la primera edición es de la misma época que su curso: 1893.

facción de una pulsión subjetiva. Ahora bien, según los grados de deterioro de la autonomía del sistema vindicatorio —debido, normalmente, a su colonización por Estados con un sistema civil/penal— la autotutela será más o menos relativa.⁴⁴⁹ Dependerá del grado de destrucción de la jurisdicción indígena o de cualquier población que la tuviera vigente, de la perpetuación de su recuerdo como hecho normativo o de su sustitución —más o menos legitimada por dicho recuerdo— por la pulsión individual de la venganza. Es decir, que la autorización judicial de la venganza decaerá hasta quedar encerrada en el fuero interno de cada persona, o bien se mantendrá algo de su normativa jurídica a pesar de la ausencia de autoridades judiciales tradicionales. Es así como, por ejemplo, Pigliaru constata las propiedades de prudencia, progresión y proporcionalidad para la *vendetta* barbaricina; lo cual adquiere sentido en vistas a futuras composiciones.⁴⁵⁰ La etnografía debe esmerarse en distinguir hasta qué punto los regímenes de autotutela para ejecutar venganzas siguen criterios jurídicos y jurisdiccionales propios de los sistemas vindicatorios; o bien si simplemente se rigen por pasiones subjetivas.

El principio o norma fundamental del sistema vindicatorio que atiende a su peculiaridad respecto al civil/penal no es algo radicalmente distinto, sino precisamente una mayor radicalidad para una norma que también es fundamental para nuestro ordenamiento. Se trata del establecimiento universal de la responsabilidad para cualquier daño u ofensa.⁴⁵¹ Las Grá-gás islandesas lo formulan muy explícitamente: «Se prescribe que no hay accidentes».⁴⁵² Si la culpabilidad de la ofensa o el daño no proceden del propio sujeto pasivo, se busca la responsabilidad —y se ejecuta a favor del perjudicado— hasta las inhibiciones o intenciones más ocultas; si es necesario, se recurre a la magia y la brujería.⁴⁵³ Se trata de un recorrido que podemos entender perfectamente cuando sufrimos daños sin una clara atribución de responsabilidad, pero con una mínima percepción de esta: el granito de arena que cada uno pone y que finalmente genera un

449 Cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, op. cit.

450 Cf. Ignasi Terradas, «Acciones y procesos composicionales» en *La justicia más antigua*, op. cit.

451 Id.

452 Sección K#92, p. 155, en Andrew Dennis et al. *Laws of Early Iceland*, Winnipeg: University of Manitoba Press (1980).

453 Cf. Max Gluckman (ed.), *The allocation of responsibility*, op. cit.

grave daño o perjuicio. Así lo expone Iris Marion Young⁴⁵⁴ al hacer valer la responsabilidad aun cuando no puede establecerse ninguna culpabilidad legal. Su filosofía lleva a considerar la responsabilidad como una mínima culpabilidad; tan mínima, que puede confundir pequeños actos de omisión con otros de acción. Este tipo de responsabilidad se concibe en muchos ámbitos. Por ejemplo, en el de las Administraciones públicas: a propósito del daño o perjuicio que puede hacerse a través de pequeñas dilaciones, negligencias o actitudes de celo en los trámites administrativos, con inactividades o actividades dilatorias, creación de riesgos y pérdidas de oportunidad para los particulares; interpretaciones y reinterpretaciones de idoneidad o inidoneidad de los procedimientos, etc.⁴⁵⁵ También cuando se produce un cuadro material dañino para la salud y el bienestar de la población a través de pequeñas actuaciones u omisiones, o bien con coartadas legales, que contribuyen a la contaminación ambiental o a la reducción de recursos vitales para determinados sectores de la población.

La justicia vindicatoria comienza con una queja, una querrela o un clamor ante lo que se tiene por ofensa (que incluye daños o perjuicios «accidentales»). Cada sociedad y cada época histórica incide más o menos en una de estas incoaciones. Lo fundamental es el consenso social sobre la validez de la queja, su reconocimiento como ofensa. La justicia comienza como un reconocimiento social del valor de una ofensa, de cada ofensa. La validación queda establecida intersubjetivamente y como consecuencia de su trámite judicial o arbitral, no por aplicación de una norma, de una ley. La justicia vindicatoria, aunque dispone de códigos consuetudinarios, es mucho más jurisprudencial que legislativa. Sus mismos códigos (desde el de Hammurabi hasta los altomedievales) proceden especialmente de casos paradigmáticos. Los juicios ejemplares son la guía, más que las normas dogmáticas. Incluso cuando estas existen, cada caso se presenta con mucha autonomía, en el sentido de que no se depende de un modo preciso y tajante de la norma de carácter «legal». Además, y esto se enfrenta a otro perjuicio —especialmente atribuido a las civilizaciones primitivas—,

454 *Responsabilidad por la justicia*. Madrid/A Coruña: Morata/Paideia (2011).

455 Cf. Santiago González-Varas, «Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», en *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., tomo I; Enrique Rivero Ysern y Marcos Fernando Pablo, *Equidad, Derecho administrativo y administración pública en España*, Santiago de Compostela: Andavira (2011).

los conflictos que implican una ofensa son tomados por tribunales, por el poder de un tercero judicial, por más que sus procedimientos aparenten mediaciones «informales». Ya hemos hablado de ello, pero conviene insistir en que la justicia consiste en la transformación de un conflicto —sobre todo cuando hay ofensa— derivado de un hecho de desigualdad humana; y para restablecer la igualdad en el conflicto —la «igualdad de armas»— se necesita una acción de equidad que únicamente el poder judicial o arbitral de un tercero puede llevar a cabo, mediante la substanciación del mismo proceso con determinadas reglas. Toda civilización tiene un derecho procesal regulado con garantías de igualdad entre las partes, por más que sus apariencias lo muestren como mediación «informal».

La justicia vindicatoria funde lo civil con lo penal. Cualquier daño o perjuicio, sea personal o patrimonial, cualquier acto que haga sufrir, que indigne o que suponga alguna lesión para la existencia personal y social de la persona (siempre junto al grupo al cual pertenece, normalmente un grupo de parentesco) se toma como ofensa; y cualquier ofensa socialmente reconocida como tal reclama (*clama*, etimológicamente) una reparación. Primero, su reconocimiento y luego su *desquite* mediante una compensación que a efectos socio-lógicos va junto con una reconciliación, o bien si la ofensa es notada gravísima, entonces no hay ni composición ni expiación que pueda contrarrestarla y se impone la venganza. Ahora bien, esta, para ser legítima, debe proceder del mandato de la autoridad judicial, válido para un clan, un conjunto de clanes o para una comunidad definida jurisdiccionalmente.⁴⁵⁶

La filosofía jurídica vindicatoria junta la idea de responsabilidad universal con la del resarcimiento en todo acto reputado como ofensa. Resarcir: recoser lo descosido, lo que se ha roto. Recomponer en lo posible el boquete o herida que se ha abierto en la vida de otra persona u otras personas, pero con un sentido sociológico, porque se entiende que la herida afecta al conjunto de la sociedad, que la vida de cada uno de sus miembros tiene un inmenso valor para el bienestar del conjunto, sea el de todo un linaje, un clan o una comunidad local. Ello se entiende por la solidaridad y cooperación constantes con que cada uno contribuye al bienestar de to-

456 La colectividad que dará pie a las divisiones administrativas de la justicia: municipios, corregimientos, merindades, partidos judiciales, etc. En principio las jurisdicciones consuetudinarias proceden por comunidades de lugar, de actividad económica (pastoreo, agricultura, comunidades de regantes, de comunales de pastos y bosques, etc.).

dos (lo cual se evidencia más en las civilizaciones primitivas). Por eso, muchos resarcimientos o composiciones consisten en ofrecer una fiesta a toda la comunidad (no solo en ofrecer dones a la parte ofendida). Hay un sentido de justicia aparejado con el restablecimiento de la confianza entre todos los miembros de una comunidad que deben cooperar económica y socialmente al bienestar común. En cambio, en las sociedades medievales, con rangos y estatutos personales diferenciados, se harán claras distinciones en los valores composicionales atribuidos a la vida de cada persona (*wergelds*).

La identificación de la parte ofendida es fundamental para el proceso vindicatorio, pero el objetivo final de la acción resarcible es la comunidad entera. Por otra parte, hay ofensas que se reconocen irresarcibles e inexpiables. De modo similar a nuestra filosofía penal, se consideran excesivas en su intencionalidad maliciosa, o bien por la devastación ocasionada aun preterintencionalmente. En estos casos, según distintas épocas y sociedades vindicatorias, se escoge la expulsión de la parte ofensora (de todo un clan, por ejemplo, como aún hemos visto practicar de cerca en sociedades gitanas), el exilio temporal o permanente, o bien la venganza autorizada. Esta, por ejemplo, en la época altomedieval,⁴⁵⁷ procede conforme a un tribunal juzgador que declara la enemistad (*exeat inimicus*) que justifica la acción vindicativa. Declara enemigo al ofensor por haber actuado precisamente como un enemigo bélico.⁴⁵⁸

Con estos procederes puede darse que una ofensa corresponda a una venganza autorizada. Así queda reflejado en los *Usatges* de Barcelona cuando se establece el juramento asertivo y exculpatorio de que la ofensa corresponde a una venganza legítima: *Iuro ego tibi quod hec malefacta, que tibi habeo facta, sic ea tibi feci ad meum directum et in tuo neglecto, quod ego tibi illa emendare non debeo, per Deum et per hec sancta*. Se jura *Ad meum directum et in tuo neglecto* ('ante mi derecho y tu yerro', según derecho)⁴⁵⁹ que el daño ocasionado se debe a que le asistía el derecho para

457 Cf. Ignasi Terradas, *Justicia vindicatoria*, *op. cit.*

458 Esta premisa no está presente en la filosofía contemporánea del «derecho penal del enemigo».

459 Joan Bastardas, *Usatges de Barcelona. Establiment del text llatí...* Barcelona: Fundació Noguera (1984).

dañarle, herirle o matarle y que, por lo tanto, no tenía la obligación de emendar el daño causado. Lo jura ante Dios y un relicario.⁴⁶⁰

En la recopilación etnográfica e historiográfica sobre culturas jurídicas vindicatorias⁴⁶¹ he podido constatar tres fenómenos muy importantes para entenderlas históricamente y hacer frente a varios prejuicios en contra de su autonomía (que las reduce a elementos dispersos o dispares de prederecho):

- 1) La prelación por la composición: el ordenamiento vindicatorio obedece fundamentalmente a procesos que transforman los conflictos en composiciones. La venganza autorizada coexiste con ellos, pero no es el objetivo principal del ordenamiento. Puede decirse que sucede de un modo análogo a como la pena de muerte está presente en los ordenamientos penales, pero no como objetivo principal. Reducir las culturas vindicatorias a procesos de venganzas y contravenganzas es como reducir todos los sistemas penales a la aplicación de la pena de muerte, que no es consustancial a todos los ordenamientos penales y que en países como en los EE. UU. rige y no rige, o bien rige en suspensión, en según qué Estados.
- 2) La universalidad de la responsabilidad no debe interpretarse solo en su extremo metafísico (recurrir a la magia y a la brujería), sino ordinariamente según el establecimiento de una especie de seguro comunal, en el que, o bien los daños y perjuicios se solventan por las aportaciones de la comunidad (como después de un desastre natural), o bien por el don de apaciguamiento o conciliamiento de un grupo a otro cuando —sin ser culpable— trata de mostrarse solidario para evitar sospechas o susceptibilidades. Es algo más próximo a cuando un país⁴⁶² hace una declaración de buenas intenciones o invita y ofrece una generosa hospitalidad a los dirigentes de otro territorio para evitar malentendidos o sospechosas cautelas en sus relaciones.

460 Para más contexto: Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, op. cit., p. 272 y ss.

461 Cf. Ignasi Terradas, *ibid.*

462 La analogía que ya estableció Maine entre Estados y clanes o grupos de clanes en sus relaciones a raíz de conflictos y compromisos o pactos resulta siempre mucho más acertada que la perspectiva del derecho privado o de «guerra privada» entre esos grupos.

- 3) El impacto colonial y los Estados «de independencia»⁴⁶³ han significado en general la destrucción de los ordenamientos vindicatorios. Únicamente en algunos estados islamizados —por seguir los cánones de la *qiyās* y las *diyāt* del Corán—⁴⁶⁴ se mantienen algunas prácticas vindicatorias. Esto hace que se alterne la autotutela más subjetiva con la autotutela relativa y con disposiciones estatales o de jurisdicción político-religiosa de tipo vindicatorio.⁴⁶⁵ La insuficiencia o incompletitud de estas se deben a las mixturas o tentativas de pluralismo jurídico que propician los diversos Estados, no a la parcialidad del ordenamiento vindicatorio *per se*. Este ha quedado mermado por los regímenes coloniales y por los subsiguientes Estados «independientes», no por una supuesta incompletitud inherente.

La filosofía jurídica vindicatoria desarrolla fundamentalmente la dogmática compositiva. Así se refleja perfectamente en la obra de Riccardo Mazzola,⁴⁶⁶ culminando su estudio con el análisis de las diferencias entre el ordenamiento vindicatorio y la justicia restaurativa o reparadora que deriva de cuestiones inherentes a la penal, no propiamente de la tradición vindicatoria. Diversos estudios han señalado no solo la confrontación de la justicia restaurativa con la penal, sino de modo más amplio, la confrontación de ambas con el universal cultural del castigo de crímenes y ofensas, así como con la universalidad de derechos humanos fundamen-

463 Sobre las paradojas de la independencia respecto al colonialismo, resultan muy aleccionadoras las reflexiones de Kamel Daoud, *Mes indépendances*, Alger: Barzakh (2017). En ellas explica el «fantasma» del franquismo español como sueño para el Estado independiente de Argelia y la independencia vuelta en servidumbre bajo un fanatismo clerical.

464 Para ver el funcionamiento contemporáneo de la *diya* en demandas civiles por daños en una sociedad islamizada: Marta Alonso Cabré, *Responsabilidad compartida. El rol de la composición de la *diya* en la resolución jurídica de los accidentes de circulación en la Mauritania contemporánea*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona (2015).

465 Así, nos encontramos con «crímenes de honor» decididos en régimen de autotutela totalmente particular, subjetiva; y por otra parte, con procesos jurídico-religiosos obedientes a los tradicionales ordenamientos vindicatorios, que por ponderada jurisprudencia atenta a los derechos fundamentales de las personas, suelen contradecir a los primeros: Cf. Yasmin Syed, *The Legitimacy of the Past: The social and Political Functions in Pakistan*, *op. cit.*

466 *Componere. Offesa e riconciliazione nell'ordinamento vindicatorio*, *op. cit.*

tales, sin descuidar las instituciones, también de alcance universal, de los ordenamientos vindicatorios.⁴⁶⁷

Mazzola establece claramente —y con la perspectiva de base de la filosofía del derecho— que lo «normativo» fundamental del ordenamiento vindicatorio radica en los procesos; así, en plural. En los procesos se muestra toda la capacidad y habilidad para alcanzar soluciones diversas mediante interacciones entre las partes, con las autoridades judiciales o arbitrales y con las audiencias presentes.

El curso del proceso constituye la dogmática esencial del ordenamiento vindicatorio.⁴⁶⁸ Esto es lo que ha llevado al malentendido etnocéntrico de interpretarlo como mediación. Porque, en los ordenamientos occidentales los procesos se representan fundamentalmente como aplicaciones de normas que los trascienden; de otro modo, si estas normas no aparecen claramente, los ordenamientos se representan como mediaciones, por más que las partes se sometan a la decisión de terceros que hacen de árbitros o de jueces.

A esto hay que unir una cuestión de carácter universal y esencial para comprender el sentido también universal de la justicia: que se aspira a esta como solución de un conflicto (entendido como algo que enfrenta o que ha causado dolor o indignación y que requiere reconocimiento) caracterizado por enfrentar a partes desiguales en poder. Efectivamente, uno de los constituyentes más universales de la idea de *justicia* (junto con las de *componer*, *expiar*, *reparar* y *castigar*) es que solo la puede ofrecerla un poder capaz de equilibrar con un proceso el desequilibrio de poder entre las partes y ante las exigencias del mismo proceso (idea de la *igualdad de armas*).⁴⁶⁹

La justicia como reequilibrio más perfecto solo puede establecerla un poder de equidad. Para ello es necesario que este poder pueda equilibrar en derecho lo que el conflicto ha desequilibrado de hecho. Este reequili-

467 Antonio Incampo y Wojciech Zelanec, *Universality of Punishment*, Bari: Cacucci Editore (2015).

468 Perspectiva que coincide con el idealismo procesal de filosofías jurídicas como la de Salvatore Satta, que hay que apreciar a través de varias de sus obras: *Soliloqui e Colloqui di un giurista*, op. cit.; *Il Mistero del Processo*, op. cit.; *Il giorno del giudizio*, op. cit.; y con Luigi Cavallaro, *Trattatello di procedura civile*, op. cit.

469 Para la aplicación de la idea de igualdad de armas en el proceso contemporáneo: STS 34/2020, 21 de enero 2020; STS 669/2006, 14 de junio de 2006; STS 815/2006, 17 de julio de 2006.

brío se consigue con una jurisdicción de equidad, con un poder para juzgar primordialmente frente a ese desequilibrio: una autonomía procesal propia de los procesos vindicatorios. Mientras que, en los ordenamientos civiles y penales, varias normativas, «derechos», ya rigen de entrada sobre el proceso y sobre las partes e impiden el reequilibrio más autónomo conseguido por un proceso más capaz de crear derecho. Lógicamente, esta libertad de los procesos vindicatorios escandaliza las garantías y la sumisión legislativa que caracterizan los procesos civiles o penales. Siempre hablamos de equilibrio, no de extremos de arbitrariedad judicial o de implacabilidad legislativa. Históricamente, no hay que olvidar que la arbitrariedad y el despotismo de jueces y árbitros causaron la crisis definitiva de los ordenamientos vindicatorios. Entonces se pusieron todas las expectativas de justicia en la legislación y su rigurosa aplicación, tal como sucedió en el periodo entre el Antiguo Régimen y las codificaciones civiles y penales del siglo XIX.

Sin embargo, la mayoría de los conflictos que se presentan entre dos partes hacen que una sea más vulnerable que la otra. Solo en el paradigma ideal de conflictos civiles entre paterfamilias de igual poder puede subsistir una perfecta igualdad de armas para obtener justicia; pero para la mayoría de los casos el mismo conflicto determina que exista una parte débil y otra más fuerte. Si estas partes se vuelven a poner en contacto sin ninguna transformación en sus poderes de hecho y de derecho, difícilmente llegarán a un acuerdo o solución justa. El proceso aporta esa transformación, como autoridad en sí mismo y como objeto de autoridad (judicial). La tesis de Max Gluckman sobre el proceso, que ya hemos mencionado, se aplica con suma pulcritud al proceso vindicatorio: primero, la separación de las partes de un modo ritual, acentuando su *puesta a parte*, su aislamiento de lo que las conecta como conflicto. De ahí la presencia de rituales de purificación, depuración y apaciguamiento que para nosotros serían preprocesales y procesales para preparar esa transformación. No obstante, en las sociedades vindicatorias todo ello forma parte de un único proceso, el cual debe entenderse como un complejo proceso ritual; mucho más que el nuestro. En él entran diversas provisiones (hay variedad según sociedades y épocas) típicamente rituales que tratan de aislar cada parte del conflicto y predisponerla para la transformación que brinda el propio proceso para un nuevo reencuentro. Los valores y motivaciones para esa finalidad proceden de la necesidad de reanudar la vida en común con sus lazos de confianza y cooperación económica y social, de solidaridad; la cual es

más *orgánica* y menos *mecánica*. Su necesidad es más libre, voluntaria y consciente de lo que Durkheim atribuía a las sociedades de solidaridad mecánica, imaginadas con individuos que actúan como piezas de una maquinaria, en las que la personalidad individual cuenta poquísimos, todo se reproduce según los resortes fijos de las normas culturales y apenas se produce historia. Pero las etnografías contradicen esa visión, a pesar de la terquedad de algunas teorías.⁴⁷⁰

Sigamos. El proceso vindicatorio sigue dos recorridos posibles: el de obtención del mayor consenso social para las partes y para el conjunto de la sociedad, y el que zanja a favor de una razón, la cual se impone de un modo trascendente —composiciones y ordalías o juramentos: los procesos composicionales llevados a cabo por concejos de mayores y con participación de la audiencia pública, las ordalías afflictivas o de suertes y los juramentos exculpatorios y decisorios—.

Las claves de los procesos vindicatorios radican, o bien en los modos para obtener el máximo consenso para lo que rige como decisión judicial o arbitral, o bien en la cultura que acata la forma ordalica del juicio, que deriva de una autoridad trascendente (divina) que interpreta un juez humano. Estas dos formas procesales pueden parecer contradictorias desde el punto de vista de los valores del Derecho positivo, porque la primera aparece dotada de extraordinaria racionalidad y espíritu de concordia, hasta el punto —insistimos una vez más— de poder confundir fácilmente la función judicial con la de una mera mediación; ya que en ella el tercero con poder decisorio se esfuerza para que su decisión obtenga el máximo consenso no solo entre las partes, sino con toda la concurrencia. Este objetivo concuerda con la teoría durkheiminiana de la función social, sociológica, de la justicia. En este tipo de procesos la transformación del conflicto pasa por su conocimiento factual, su reconocimiento jurídico (según normas y valores) y la asunción de su resolución de un modo progresivo, cada vez más completo. Es decir, el carisma y la habilidad social de los

470 Lévi-Strauss no tuvo en cuenta el *History and Traditions of Tikopia* de Firth, ni en 1961, cuando se publicó (*El Pensamiento salvaje* de Lévi-Strauss es de 1962), ni después, como tampoco el *Social Change in Tikopia* de 1959. Lévi-Strauss mantuvo —y con él otros— la idea de *sociedades calientes* y *sociedades frías* ante la historia, primero de un modo que hacía pensar en que simplemente no tenían historia, y luego con el matiz de que no la elaboraban aunque la tuvieran. Para una crítica de esta cuestión: Ignasi Terradas, «Para una Filosofía realista de la Historia del Derecho», en José María Pérez Collados (ed.), *Maneras de Construir la Historia. La filosofía de los historiadores del Derecho*, Madrid: Marcial Pons (2020).

juzgadores despliega una serie de estrategias para conseguir una nueva reunión de las partes separadas y su reintegración en el conjunto social. Lo que en principio ha aparecido como una contienda con una parte ganadora y otra perdedora reaparece —después del *crescendo* de integración social del proceso— como la ganancia de todo el conjunto sin distinción de partes.⁴⁷¹ Este resultado queda más marcado cuando la composición culmina con una fiesta para toda la comunidad, no únicamente con la compensación o reparación ofrecida a la parte ofendida.⁴⁷²

Sin embargo, no todos los conflictos u ofensas pueden resolverse de este modo. Cuando las ofensas se reputan muy graves y la razón y la justicia deben proclamarse más a favor de la parte que acusa o de la que se defiende, los juicios deben otorgar esa unilateralidad del modo más explícito y tajante posible. Se debe zanjar el conflicto con la razón más intensa e irrevocable posible. De ahí la validez social de la intervención trascendente, sobrenatural o divina. Así ocurre ya en los consejos, premoniciones o augurios de los oráculos, hasta en todo tipo de procedimientos ordálicos: juramentos sometidos al poder de una divinidad, ordalías con sentencia divina y combates judiciales. Ello se verifica también para causas menos graves, pero difíciles de zanjar para un juzgador, ante la incertidumbre sobre una razón justa. Así, las ordalías y los juramentos han podido solventar lo que para nosotros serían grandes causas criminales y pequeños conflictos patrimoniales.

Ambos procedimientos obedecen a un mismo ordenamiento. Este, por una parte, requiere todo el despliegue de la racionalidad y habilidad compositiva y por otra la contundencia de resoluciones judiciales sumarísimas, inmediatas e irrevocables, según los conflictos atendidos.

Con estos procedimientos judiciales la cultura vindicatoria transforma los conflictos en soluciones de concordia y justicia. La fusión de lo civil y lo penal en los ordenamientos vindicatorios quiere decir que se somete la conflictividad a unas razones procesales que dependen más de los problemas de su resolución que de las materias de su consistencia. Así, la distinción entre litigios y delitos obtiene menos predicamento que el re-

471 Este contraste acerca la justicia vindicatoria a la reparadora o restaurativa en el sentido de no reconocer a quien gana o pierde en un juicio (tanto civil como penal), sino en reconocer la mayor ganancia de la comunidad local o de la sociedad en general.

472 Tema destacado entre otros por Llewellyn en su *Cheyenne Way*, *op. cit.*

lativo valor ofensivo del conflicto y la facilidad o dificultad para resolverlo en asamblea de concejo y en progreso composicional.

Pigliaru remarcó este valor ofensivo característico del ordenamiento vindicatorio al contrastar el robo de una *capra di latte* con el robo de muc-has ovejas. El robo que compromete la vida de las personas y el robo que afecta a la riqueza patrimonial con más valor, pero que no atenta contra la supervivencia humana. El robo que ofende porque hace caer al ofendido *nella precarietà d'un'esistenza senza certezza... quel colpire direttamente la capra... che la famiglia pastorale sarda alleva in casa per avere certezza del latte (il minimo per vivere) mentre gli uomini sono lontani e non possono garantire alle proprie donne ed ai propri bambini la rassicurante protezione...*⁴⁷³ Hay, pues, un hurto ofensivo que priva de la capacidad para defenderse ante la vida: el que coincide con la idea fundamental de ofensa de los ordenamientos vindicatorios (la que disminuye, inhibe o destruye la capacidad de ser y defenderse ante la vida y ante los demás).

De aquí deriva la idea de *honor* no como propiedad vinculada o dignidad acordada, sino como derecho a ser respetado como ser humano en su capacidad de serlo. Pragmáticamente, el honor es la capacidad que cada uno tiene para defenderse con disposiciones típicamente humanas, como son la verdad, la razón, la libertad y otros derechos que más convencional e históricamente le asisten. Así, el derecho de propiedad se identifica con el honor (glotocronológicamente, coinciden), como también el de la posesión o control de la sexualidad de las mujeres afines y consanguíneas. Estos derechos pueden definir muy intensamente el concepto del *honor*, pero, de manera pragmática, la capacidad de defenderse es la que pone en última instancia al hombre frente a su honor. Por ese motivo, la venganza legítima se entiende —se legitima— en la cultura propiamente vindicatoria como una respuesta diferida de la legítima defensa. Un caso ejemplar: cuando se ataca a alguien a traición, en una emboscada alevosa, y resulta afrentado y momentáneamente ultrajado en su honor, pues se le priva de su derecho a defenderse como hombre capaz de hacerlo, especialmente cuando la afrenta es sostenida en el tiempo.⁴⁷⁴ Es por ello que, a partir

473 Antonio Pigliaru, *Il Banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, op. cit.

474 Cuestión expuesta por Cervantes en el Quijote con suma precisión de psicología moral: Quijote II, XXXII: *De la respuesta que dio don Quijote a su reprehensor, con otros graves y graciosos sucesos*.

de la humillación ultrajante, se plantea la venganza como el derecho de reemplazar el combate injusto (por la alevosía) por un combate justo, más igualado, o bien de responderlo con análoga alevosía, para equiparar la ofensa. Es así cómo se suscita el desafío con su posterior duelo, o bien se ataca vindictivamente también con alevosía. Se dan signos sociales para indicar una u otra opción: el reto inmediato o el silencio sostenido, pero estas conductas forman parte de las autotutelas individualizadas en sociedades que ya han perdido los poderes jurisdiccionales que autorizaban o desautorizaban las venganzas.

Volvamos a la composición: es la que «civiliza» lo que nuestros ordenamientos tratan penalmente. Es como si la responsabilidad civil fuera lo más importante en el proceso penal y, además, el proceso contara con el protagonismo de la parte ofendida, lo que desdeñaría la tipificación del delito y su correspondiente pena. Porque la finalidad del proceso vindicatorio es la de arreglar, reparar hasta donde se pueda el daño causado, sea un daño físico, material, patrimonial o moral. En cambio, en nuestra separación entre lo civil y lo penal, se «penaliza» lo que podría ser civil y lo civil se aparta de lo penal, no se hace corresponder primero el delito con una responsabilidad civil (como en los códigos vindicatorios), sino con la responsabilidad penal. Nuestros códigos civiles establecen la obligación de resarcir los daños causados injustamente; y los códigos penales añaden la responsabilidad civil a la penal. Aun así, ante el delito, la pena individualizada pasa por delante de todo y, además, nos encontramos con sociedades que no tienen grupos sociales solidarios para afrontar la responsabilidad civil. Al ser esta individual, por más que se obligue a ejecutarla, choca constantemente con la insolvencia y con múltiples dilaciones facilitadas por la misma burocracia judicial. Pragmáticamente, se acepta un discreto cumplimiento con la responsabilidad civil, a título de voluntad de reparación, para no quedarse en prácticamente nada.

De las dos componentes principales del derecho vindicatorio, la composición y la venganza autorizada, la primera queda evocada por las rectificaciones de la justicia penal hechas con la orientación de la justicia restaurativa o reparadora; la segunda resulta anatematizada como si la justicia penal se anclara en valores totalmente opuestos a los que rigen en una venganza. Desde Beccaria,⁴⁷⁵ la pena aflictiva se ha querido interpre-

475 Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene commento di Voltaire*, Roma: Tascabili Economici Newton (1994).

tar como algo radicalmente distinto, por no decir opuesto, a la venganza. Primero, con el mismo Beccaria se construye la pena como una provisión de psicología moral cuya misión es vincular el sufrimiento psíquico del reo al constante recuerdo de su fechoría. Con lo cual, el objetivo de la pena es producir en el reo un vivo sentimiento de escarmiento y arrepentimiento: que por culpa suya y solo suya sufre la pérdida de su libertad y el sentimiento negativo que comporta. El «avance» de la filosofía penal de Beccaria consiste en superar el castigo y la venganza ejecutados por la autoridad por la asunción afflictiva —reducida a la aflicción psíquica— de la propia responsabilidad criminal. El razonamiento humanista de Beccaria —en el sentido de disminuir el sufrimiento humano— repercute doblemente en la pena: en su limitación a la esfera psíquica y en su efecto de disuasión y arrepentimiento por esta misma reducción a ocupar la mente del reo. La pena sería, entonces, un fenómeno que acaece en la conciencia subjetiva del reo, en la que se le representa sin cesar el nexo entre el ilícito cometido y la pérdida de su libertad. Beccaria excluye de su teoría que el reo sea reacio a aceptar esa propuesta de la autoridad penal, que considere la pena un tormento que le inflige un poder enemigo o un contratiempo para su poder vital, poder que siempre debe defender como un derecho indisponible. Desde la «sociedad», Beccaria propone una ideación de la proporcionalidad de la pena: partiendo del mínimo sacrificio de libertad que hacen todos sus miembros para obtener seguridad;⁴⁷⁶ pero esto no aclara la relación específica que debe tener cada delito con su pena, únicamente nos dice que debe prevalecer la doctrina del mínimo penal para obtener la reflexión que compite al reo y la seguridad a que tiene derecho la sociedad. Para Beccaria la justicia es *il vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari*.⁴⁷⁷ Pronto veremos el alcance de esta idea al seguir la teorización de la pena que hace Carlo Enrico Paliero.

476 ... *Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo*. Este depósito público es el poder judicial, policial y penitenciario (aparte del militar y gubernativo en general): *L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto. Osservate che la parola diritto non è contraddittoria alla parola forza, ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, cioè la modificazione più utile al maggior numero...* (Cesare Beccaria, *op. cit.* II. *Diritto di punire*).

477 *Op. cit.*, también en II. *Diritto di punire*.

Frente a ello, discurre la pena según la autoridad y la sociedad: entre una venganza más o menos limitada o desaforada y una «congrua retribución» que los códigos penales tratan de construir con visos de cientificidad. Es decir, vistas desde la autoridad judicial, las penas se reparten entre vindictas públicas, escarmientos ejemplares, aflicciones con menos sufrimiento para delitos menos graves y penas surgidas de un cálculo científico. Esto último es lo que otorga la mayor legitimación de la pena frente a la venganza: una especie de fórmula algebraica o algoritmo (de aquí el viso científico) que a partir de los códigos penales del siglo XIX amparan las decisiones judiciales, siempre gracias a un cálculo. Para el juzgador, la pena está primero en la ley, pero la pena de su sentencia debe interpretarse de acuerdo con todo el margen que le deja esa misma ley. De aquí arranca una matemática penal que constituye la base de la ciencia positiva penal. Veamos: la ley tipifica cada delito con un margen de pena correspondiente. En el periodo de entre siglos XIX y XX⁴⁷⁸ se distinguían dieciséis tipos de pena correspondientes a la gravedad de los delitos. Desde el destierro y el confinamiento hasta la cadena perpetua y la pena de muerte, los reos transitaban por extrañamientos temporales y perpetuos, relegaciones temporales y perpetuas, el arresto mayor, la prisión correccional, el presidio correccional, la prisión mayor, el presidio mayor, las reclusiones temporales y perpetuas, y la cadena temporal. Sin más detalles (hay todavía más tipos y subtipos de penas), puede verse que el trabajo del tribunal es encontrar la calificación del delito en una escala que trata de objetivarlo, algo que en principio escapa al reo lego, quien solo aprecia la dimensión temporal definitiva de su condena (a excepción de las mínimas y máximas). Así comienza el itinerario judicial en el que la responsabilidad judicial se va sometiendo a la adecuación a un cálculo científico y toma su indumentaria. El juzgador penal es alguien que busca en sucesivas tablas la más perfecta identificación del delito —el tipo más específico según legislación y jurisprudencia— junto con la pena que debe corresponderle. El tribunal sentenciador no *impone* la pena sino que *la halla* en las fórmulas del cálculo.

Porque, además, la pena queda distribuida por el Código en tres grados: mínimo, medio y máximo. Hay más: los años, meses y días de pena se reparten en función de la interacción entre los márgenes legales y *las*

478 Cf. CP por Ley de 3 de junio de 1870.

circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Aquí se establece el mayor diálogo entre el delito y la pena: atenuantes, agravantes, eximentes y eximentes incompletas o atenuantes «muy calificadas». El tribunal decide su aplicación a tenor de determinadas reglas que establece el código: las que pueden concursar o no, tanto para atenuar como para agravar, las que se compensan mutuamente; las que proceden por analogía... Los recursos trabajan en todas esas posibilidades y las sucesivas instancias, hasta la casación, apuran la lógica y el significado jurídico de los hechos probados.

Finalmente, el tribunal sentenciador queda representado como un intermediario que aplica la ley y la *modificación* de la ley de un modo científico: la pena resulta de su pericia en el cálculo exacto del tiempo que corresponde a la responsabilidad apreciada en el reo. Así, una justicia represora adquiere visos de justicia distributiva; da lo que le corresponde al reo, como si el tiempo de la condena fuera la ración que le toca (la congrua retribución) según un cálculo objetivo que el Tribunal encuentra resolviendo un problema de aritmética, no un sufrimiento que la ley y el Tribunal infligen para castigarlo. El cálculo trata de reemplazar simbólicamente el castigo y la ira que implica. Un castigo sin ira justifica la justicia, hasta la benevolencia en su impartición, como en el «no es nada personal». Es matemático. Una filosofía que se prolonga con el uso de algoritmos para determinar protocolos de actuación en muchos ámbitos de poder. Así, el poder se camufla con el medio técnico de su aplicación: como en la socorrida frase: «el programa, la aplicación informática, no me deja proceder de otro modo»: sucede tanto en el ejercicio público como privado del poder.

Si el sustento de la pena es a fin de cuentas la venganza, esta queda soterrada — o así lo pretende la ciencia penal— debajo de unos aparejos técnicos que la camuflan completamente. No solo por la representación sin ira de los juzgadores (que frecuentemente solo la desplazan a una ira burocrática) sino por su entrega a la identificación de los delitos en relación con los hechos y al cálculo de las penas. Si el verdugo, para matar, se aparta de la ejecución ocultando el rostro o interponiendo instrumentos o actuaciones a suertes con otros verdugos, los sentenciadores hacen otro tanto tras los cálculos de la condena o castigo. De aquí que, para cierta filosofía penal, lo que cuenta como verdadera creación jurídica es el pro-

ceso en sí y para sí,⁴⁷⁹ la forma extraordinaria que tiene (frente a las indagaciones ordinarias de la gente) para descubrir la verdad de una autoría y de una responsabilidad; y ya casi nada a partir de la sentencia que «debe condenar y condena», y que simplemente castiga.

Por otra parte, la venganza no cesa de mostrarse, a pesar de tanta representación que trata de conjurarla. Universalmente, la venganza es sentimiento y es norma. Es norma que puede ir incluso contra los dictados del sentimiento en los ordenamientos vindicatorios; y es sentimiento que representa que no debe contaminar la normatividad penal. Kropotkin pensaba que todo el sistema penal descansaba sobre la venganza.⁴⁸⁰ Como con Marx a propósito de la ley sobre el robo de leña, es más fácil atisbar la venganza en el Derecho penal cuando este se torna especialmente feroz al querer castigar con ánimo de represalia y escarmiento lo que reprime más por interés particular que por derecho privado o público. Cuando la administración de justicia es menos justa, se vuelve más celosa y severa, porque se torna fanática, pero hay penalistas que no ven otra legitimación de la justicia penal que la venganza, aunque sea practicada con grandes virtudes morales e impecables ejercicios de la razón.

Carlo Enrico Paliero⁴⁸¹ parte de la conceptualización de la pena como *una institución social que asume formas jurídicas*. Lo cual, entre Durkheim y Garland, significa que la iniciativa para el castigo aflictivo, la demanda de la pena, procede de la «sociedad», de la imposición que se hace en nombre de la colectividad social, en nombre de la «conciencia colectiva» o de la «opinión pública», la cual en realidad puede simbolizar a menudo un núcleo de intereses privados tan fuerte que se representa como público. Pragmáticamente, el requerimiento social de la pena tendría la finalidad de prevenir del crimen, de disuadir y de corregir. Esta finalidad correctiva fue incorporada en el positivismo penal especialmente para las penas *correccionales*, las cuales se distinguían de las que iban destinadas a los reos más irredentos, para los que se reservaban las penas más explícitas y

479 Tema para el que Salvatore Satta ha sido uno de los grandes maestros. Hay que seguirle a través de varias de sus obras, que ya hemos citado.

480 Pierre Kropotkine, «L'organisation de la vindicte appelée Justice», *Les Temps Nouveaux*, (19) (1901).

481 «Il sogno di Clitennestra: Mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire», *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 61(2) (2018).

severamente punitivas, las de *reclusión* y *cadena*. La división comenzaría con las penas de *prisión* y *presidio mayores* (de seis a doce años).

Luego, Paliero pasa a considerar el establecimiento de la pena como instrumento asertivo y confirmatorio del poder. Así, con Foucault, Pas-hukanis y Haferkamp, la pena se erige como *fuerza pública de conquista/consolidación/conservación del poder de una clase social sobre las demás*. La pena no es otra cosa que el ejercicio del poder de castigar como constatación, como reconocimiento de ese poder, no como obediencia de ese poder a otro poder que dictaría la razón del castigo. En esta concepción, el Estado y una clase social se aúnan como unidad de acción penal.

También tenemos la *cultura de la culpa*, las doctrinas psicológicas y de psicología social de tipo también durkheiminiano que reintegran delito y pena en el ámbito pasional. Este tema también lo inaugura Beccaria cuando insiste en la impresión sensual de la pena sobre la mente irracional del reo; en que el reo solo puede reflexionar sintiendo la pena como consecuencia de su delito, no como imposición de un tercero (poder de una clase, de la «sociedad», de un poder judicial...). Beccaria concibe, primordialmente, la pena como un encuentro pasional con el delito,⁴⁸² una percepción muy cercana a la venganza como pulsión pasional, por más que intervenga la razón para reclamar una proporcionalidad en la respuesta de la pena al delito. Lo cual también cae en la proporcionalidad observada por las venganzas en los ordenamientos vindicatorios.

Según Beccaria, para el reo, debe ser el delito el que crea la pena. Mientras que, para Durkheim, la pena es la única que nos permite identificar los delitos: estos se conocen porque se retribuyen con penas.⁴⁸³ La pena de Durkheim, señala Paliero, no deja de corresponder a *una instintiva expresión de la emotividad reactiva de la colectividad frente a la «sacudida» sufrida por los valores arraigados y compartidos*. Esta concepción emotiva de la pena —que liga con la idea sensible y pasional de Beccaria— resulta radical para su significado simbólico y su alcance pragmático. Según Pa-

482 ... Dico sensibili motivi, perché la esperienza ha fatto vedere che la moltitudine non adotta stabili principi di condotta... Se non con motivi che immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per contrabbilanciare le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale: né l'eloquenza, né le declamazioni, nemmeno le più sublimi verità sono bastate a frenare per lungo tempo le passioni eccitate dalle vive percose degli oggetti presenti. Cf. Cesare Beccaria, *op. cit.*

483 Cf. Émile Durkheim, *Leçons de Sociologie Criminelle*, *op. cit.*

liero, puede concretarse como el control de «todos» mediante el castigo infligido a unos elegidos. Esto coincide con la teorización de la disciplina y control social de Foucault y Deleuze,⁴⁸⁴ pero haciendo hincapié en su base pasional. Se trata de que —y ya Beccaria cae contradictoriamente en ello— la pena tiene un fondo de reacción pasional irracional que, por más capas de ciencia penal que la legislación y la jurisprudencia le pongan encima —álgebras incluidas—, no puede eludirse. Este confluye con la venganza que quiere disimularse a toda costa; pero, sin apelar a la reacción pasional de la colectividad (de la masa, si se quiere), el castigo del delito pierde legitimidad social. Aquí entra Weber: la realidad —observa Paliero— no corresponde a la racionalidad, ni económica, ni jurídica. La ratio es pasional, procede de una pasión que no se puede entender mejor que como pasión de venganza, de represalia o de escarmiento; pero que, como en la tradición penal de la vindicta pública, significa un exceso, una reacción híbrida; no la aplicación del *quantum* mínimo preconizado por Beccaria (aunque insistimos en que debemos precisamente al ínclito milanés el motivo pasional de la pena). Paliero observa esta desmesura en la respuesta legislativa y jurisprudencial del populismo punitivo o penal,⁴⁸⁵ a la que denomina *terrorismo sanzionario*.

Paliero observa que esta trayectoria de la realidad penal no tiene nada de racional, de la racionalidad según la teoría de Weber. Al mismo tiempo, invierte el prospecto hegeliano de superación de la *vendetta* privada como retribución subjetiva y contingente con la pena como conciliación auténtica del Derecho consigo mismo. En el razonamiento hegeliano, la superación de la venganza (siempre como fenómeno «privado») por la pena radica, simplemente, en la transferencia de la retribución aflictiva interpersonal al Derecho instituido (como fenómeno «público»). Esta simple transferencia es la que, para Hegel, consigue la transformación de la venganza en pena; no porque se produzca un cambio material en el sufrimiento infligido al reo, sino porque quien lo inflige no alberga la motivación que se atribuye a la venganza. Esta idea se aplica a cualquier violencia ejercida por el Estado (su cualidad es otra por ser el Estado quien la ejerce), pero se

484 Cf. Norbert Bilbeny e Ignasi Terradas (eds.), *Ciudadanía bajo control*, op. cit.

485 Recordemos también las obras de Denis Salas y Didier Fassin, entre otros: Denis Salas, *La Volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, París: Hachette (2005); *La justice dévoyée. Critique des utopies sécuritaires*, París: Éditions des Arènes (2012); Didier Fassin *Punir, une passion contemporaine*, París: Seuil (2017).

trata entonces de un fenómeno de representación: la autoridad (el poder aumentado hasta una hipertrofia, hasta un imperio absoluto) es la que representa la violencia como algo no personal, precisamente por su alta capacidad destructiva y no porque la motivación no sea la misma que en la *vendetta* personal.

Además, el argumento hegeliano recae estrepitosamente en la motivación vindicativa cuando pone al Estado como realización objetiva de la mayor grandeza del ideal subjetivo. De este modo la pena ejecutada por el Estado no parecería mera venganza, porque sería precisamente la gran venganza, aquella a la que aspira la subjetividad individual, pero que carece de poder para ejecutarla. La narración mítica del *Nibelungenlied*⁴⁸⁶ cumple con esta finalidad cuando Krimilda consigue ejecutar una gran venganza gracias al enorme poder del rey de los hunos, su esposo. No obstante, en el *Nibelungenlied*, el hecho queda como venganza. Está escrito en cultura vindicatoria y reconoce la venganza, grande o pequeña, perpetrada por un particular o por una autoridad real. No transforma la venganza irracional en pena racional simplemente porque esté ejecutada por el sumo poder de un Reino, por un Estado.

Para Hegel —siguiendo a Paliero—, el poder del Derecho, del Estado, universaliza la particularidad de la *vendetta* y la convierte en pena; y por virtud de ese mismo poder dicha pena resulta racional y puede tratarse como un bien jurídico que reúne las propiedades de lo objetivo ideal, de lo que trasciende como realidad objetiva universal a las subjetividades individuales. Con todo, aún en esa trascendencia, y gracias precisamente a la dimensión masiva del poder del Estado —masiva también por dominar las masas— tal como se ha representado en la Psicología de las masas, la pena se justifica con gran emotividad: el Estado legitima la penalidad suscitando o congraciándose con los sentimientos de indignación y odiosidad⁴⁸⁷ frente a los delitos. Finalmente, pues, no se sale de la disyuntiva *emotividad vs. racionalidad*, tal como indica Paliero.

La justificación kantiana de la pena adolece de una defectuosidad análoga. En vez de un ideal del Estado, siguiendo siempre a Paliero, la pena

486 Versión de Emilio Lorenzo Criado, *Cantar de los Nibelungos*, Madrid: Cátedra (1994); Karl Bartsch y Helmut De Boor, *Das Nibelungenlied*, Wiesbaden: Brockhaus (1979).

487 Así se ha llegado a la paradoja del tratamiento de los «delitos de odio» como odiosos. Mientras que la tradición jurisprudencial no ha dudado en calificar a determinados delitos de *odiosos*.

kantiana se representa como el imperativo categórico que asume la tarea «desinteresada» de realizar *secularmente* la justicia como valor absoluto de ascendencia divina. Con lo cual, la pena —como ejecución del poder secular— tiene como objeto sustraer la venganza de la responsabilidad popular y prever así un mal colectivo (para que la sangre del sufrimiento penal no recaiga sobre el pueblo, que no es responsable ni del crimen ni de su castigo). Al mismo tiempo, esta concepción kantiana de la pena reúne los aspectos más cruciales e intensos de la venganza: el origen divino de la justicia como valor absoluto, cuyos ejemplos muestran claros elementos vindicativos, desde la ira vindicativa del único Dios hasta el juicio final sumarisimo del Apocalipsis: castigos terroríficos de represalia, vindictas públicas como ejemplo de escarmiento y justicia faccional (fieles e infieles, con gracia o sin gracia de Dios).⁴⁸⁸

Paliero destaca como todos los esfuerzos de trascendencia, objetivación y racionalidad —en claves metafísicas y de representación sublimadora del Derecho— no consiguen sustraer la pena a la pulsión de su necesidad: la pena como algo necesario, sin más. Lo cual solo encuentra explicación en la venganza como acto reflejo de la pasión frente a cualquier ofensa.

A ello podemos añadir que Durkheim no tiene reparo en asimilar la pena a la venganza en sociedades intensamente religiosas, altruistas según su tipología, en las que toda la individualidad se sacrifica a la sociedad. Precisamente, cuanto más trascendente y sagrada se representa la penalidad infligida, como le parece a Durkheim serlo en las *sociedades primitivas* o de *solidaridad mecánica*, más se asimila a la idea de la *venganza divina* como valor supremo e implacable de la pena (justa y expeditiva). Con Durkheim, los intentos trascendentales de sublimar la pena, depurándola de la venganza, quedarían descompuestos por su asimilación con la más suprema de las venganzas (la divina) y en su representación socio-lógica de la divinidad: la sociedad.

Recurriendo a la mitología, Paliero encuentra en la reconciliación cierta representación simbólica de la superación de la venganza y, por ende, de la pena-venganza. De este modo, descubre la cultura vindicatoria de la Antigüedad, la cual puede quedar representada en buena medida por

488 Cf. Ignasi Terradas, «Les representacions cristianes del Judici Final», en Rosa Alcoy y Cristina Fontcuberta (eds.), *Judici i Justícia*, Barcelona: EdicionsUniversitat de Barcelona/EMAC (2020).

la oposición que ofrece la Orestíada entre un *matriarcado vindicatorio* y un *patriarcado reconciliador*. Sin embargo, en realidad, la misma narración mítica no presenta la reconciliación compositiva, sino el perdón para un matricidio políticamente justificado y debidamente expiado. El juicio con el voto de Atenea no es la composición reparadora que debe el crimen de Orestes, sino la gracia obtenida nada menos que por la intervención de una diosa en un tribunal humano, intervención que adquiere también un valor abstracto a favor de la equidad; no solo por lo que pueda representar para el caso de Orestes. De hecho, el matricidio de Orestes queda en parte justificado por el regicidio que le precede; el tribunal en el que vota Atenea también concede validez jurídica al crimen de Orestes. Nos encontramos con un ordenamiento vindicatorio en el que justicia y venganza son intercambiables y así lo reflejan tanto Esquilo como Sófocles.

No obstante, suponiendo que el juicio con Atenea fuera una composición, nos encontraríamos, aún más de lleno, con el ordenamiento vindicatorio, en el que caben la venganza autorizada (con más o menos autotutela según las circunstancias) y la composición con reconciliación. Es lo que he señalado emblemáticamente a propósito de la *Iliada*: un escudo de Aquiles con un exquisito juicio compositivo en medio de un relato de ofensas, venganzas y contravenganzas.⁴⁸⁹

Por lo tanto, aquí divergimos un poco de la argumentación de Paliero para seguirla tal cual después. Efectivamente, la composición obtiene prelación en el ordenamiento vindicatorio como la mejor solución para la convivencia humana, especialmente cuando, en sociedades no anónimas, dicha convivencia implica un trato interpersonal directo y que necesita de confianza mutua. Ocurre cuando, para beneficio de la comunidad más inmediata, se postula la justicia reparadora o restaurativa como superación o perfeccionamiento de la penal. Ya se legisló en una dirección muy próxima cuando se derogaron la pena de muerte y las penas de cadenas, galeras y de trabajos forzados en estancias de hacinamiento y degradación; pero con la demagogia punitivista o con el recrudescimiento popular de la reacción vindicativa (algo vuelve o no desaparece) no puede afirmarse un progreso moral del Derecho para el bien y el bienestar de todos los seres humanos.

Finalmente, Paliero encuentra —muy significativamente— en la prelación compositiva del ordenamiento vindicatorio (que, siguiendo a

489 Cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, op. cit.

Verdier y en parte a Pigliaru, reduce a la venganza) la verdadera superación de la pena. Con lo cual esta se daba ya en el pasado de los ordenamientos vindicatorios, mucho más que en el sistema penal moderno, para el que la responsabilidad civil se añade a la condena penal y apenas funge de alternativa —o *rescate*, si se quiere—⁴⁹⁰ de esta.

Paliero concluye su trabajo con tres tesis y un epílogo. La primera sostiene que la génesis de la pena no puede deslindarse de la venganza. La segunda, que el sentido de la pena se divide en dos direcciones, la del reo irredento —que arraiga más directamente en la retribución vindicativa de la sociedad— y la de su rehabilitación —que apunta a una cultura composicional-reconciliadora—. La tercera, que la justicia reparadora o restaurativa funge de composición «moderna», pero muy limitada, ante la jurisdicción penal: rescata la culpa (moral), no la pena (jurídica). Que su campo de acción resulta específico: justicia de menores, conflictos con una superación histórica clara (abandono de la beligerancia, disolución de los grupos ofensivos, procesos reparativos voluntarios y restringidos...).

En su epílogo, sostiene la persistencia de un núcleo vindicativo inherente a la pena. Con arreglo a Durkheim, este núcleo se mantiene en el inconsciente colectivo de la sociedad. En otras palabras, sin una venganza de fondo, la pena deja de tener sentido para el consciente o inconsciente colectivos⁴⁹¹ de la sociedad (Durkheim). Otros autores consideran ese consciente e inconsciente colectivos más directamente vinculados a la habilidad propagandística de unas élites autoritarias; así desde Adorno y Reich.⁴⁹²

490 Según la tradición historiográfica medieval, en que la composición es considerada una pena pecuniaria o rescate de una pena aflictiva (cf. François-Olivier Touati, *Vocabulaire historique du Moyen Âge*, París: La Boutique de l'Histoire, 2007).

491 Véase el replanteamiento más psicológico de Halbwachs a la sociología del pensamiento colectivo de Durkheim: Maurice Halbwachs, *La psychologie collective*, op. cit.

492 Cf. Teodor W. Adorno et al., *The Authoritarian Personality*, op. cit.; Wilhelm Reich, *La psychologie de masse du fascisme*, op. cit. Teodor Adorno, en su *Minima moralia*, considera la representación de la sociedad en forma de masa como una cuestión de trato. A pesar de algunas deficiencias metodológicas, la obra de Adorno y colaboradores incide en varios puntos clave de la relación entre educación patriarcal autoritaria, ideología conservadora y tradicionalista, y desarrollo fascista de la política y de la propaganda de masas —altamente racista, etnocéntrica y clasista—. Para una contextualización histórica más precisa: Ian Ker-shaw, *Popular Opinion and Political Dissent in the Third Reich. Bavaria, 1933-45*, Oxford: Oxford UP (1983).

Paliero sostiene que la idea de venganza se anida en la pena como expresión de la *angustia moral* (de la sociedad, según Durkheim), algo muy distinto a la *utilidad social* de Bentham. Y rubrica:

la necesidad de la pena de matriz vindicatoria⁴⁹³ es una variable independiente que cualquier sistema, cualquier legislador, cuando trata la penalidad encuentra en su camino. Solo así se explican las recientes derivas irracionales del populismo penal, la fe ciega en el terrorismo simbólico conminatorio «de-orientado en sus consecuencias»; como también las ininterrumpidas criminalizaciones (viejas y nuevas) de los tabúes.

Aquí Paliero incide en una cuestión característica de la Antropología social y jurídica, desde el *Crime and Custom* de Malinowski: una dualidad histórica en el trato de los tabúes morales y religiosos. Precisamente, son las civilizaciones primitivas (en contra de lo que Durkheim pensaba) las que solo castigan las transgresiones de los tabúes si estas repercuten en escándalos públicos, si el quebrantamiento de la prohibición se hace con publicidad o alarde. En cambio, en varios momentos históricos de la civilización occidental se busca el castigo en el quebrantamiento secreto del tabú, no en su resonancia pública. Y aun se reviste de mayor vindictividad —consecuentemente, de mayor pena— según la personalidad del reo. En el régimen patriarcal destaca el contraste entre la persecución del adulterio de la mujer, que se hace descubriéndolo en el más cuidado de los secretos, y el amancebamiento del marido, que solo se considera punible si se practica con publicidad y alarde, cuando produce escándalo.

Paliero considera el plus vindicativo que un grupo de influencia social trata de instilar en la vida social y en el Derecho. Hace que la pena obtenida funcione como *su* marca (en sentido comercial-político: popularidad, votos). Así, un partido político o un grupo de presión (religioso, *lobby* político, facción político-ideológica) obtienen popularidad y tratan de implicar solidariamente a toda la sociedad en el valor de lo punitivo. Paliero considera que, de este modo, se presiona la política penal y se la encamina hacia una especie de instrucción inquisitorial que recela de ideas, sentimientos y actitudes, y que los persigue de un modo encarnizado por representar ataques a los tabúes⁴⁹⁴ de iglesias, partidos, *lobbies* y asocia-

493 En realidad vindicativa, puesto que hablamos de venganza, no de esta con la composición en un mismo ordenamiento jurídico, para el que reservo el concepto de *vindicatorio*.

494 Tabúes, no únicamente delitos, puesto que van más allá de la reprobación penal, como ofensas inexpiables o pecados nefandos; y por eso suscitan intensas pasiones vindicativas.

ciones diversas. En este sentido, pueden marcarse aún algunas diferencias relativas entre códigos penales. Así, por ejemplo, entre los que penalizan el incesto en sí mismo y los que no: los que lo persiguen porque presenta una agresión sexual o los que lo hacen simplemente por su tabú. Paliero considera que buena parte de lo que son tabúes sexuales para la moral predicada por algunos grupos de influencia se ha introducido en el ordenamiento penal, con lo que se ha conseguido una nueva alianza entre la represión moral hegemónica y el poder penal (legislativo y judicial).

Con esto, se viene a decir que el nuevo populismo penal descansa más sobre la atávica excitación de la pasión vindicativa, en relación con determinadas ofensas, que sobre una nueva demostración de la proporcionalidad de la pena respecto al delito. No se trata de que el delito merezca jurídicamente una pena más o menos grave, sino de que, si la pena aumenta, se deja que convenza por el espíritu vindicativo ante la ofensa, no por el razonamiento de la ciencia penal respecto a la conveniencia de su agravación. Así, por ejemplo, mucha gente no comprende (incluyendo a juristas) el porqué jurídico de la agravante de género (a partir de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y el CPE 2015), pero sí que suscribe elevadas penas para lo que la prensa revela como tremendos delitos sexuales. Estos suscitan inmediatamente —aunque por motivos diversos— la visceralidad vindicativa, mientras que la *agravante de género* resulta demasiado abstracta para desencadenar la venganza pasional. La sexualidad del cuerpo de la mujer, no su dignidad y libertad ni su derecho a la indemnidad, se sitúan en primer plano para pedir la agravación de la pena. El ánimo vindicativo surge en torno al ámbito de la sexualidad y sus tabúes más que de la dignidad y los derechos indisponibles de las personas. Pasión por pasión, no razón contra pasión, y así no se sale del bucle moralista del tabú (el pecado) del *sexo y violencia*. Paliero ha desarrollado una razón crítica impecable al respecto, ha llevado la temática más allá del posicionamiento de Kropotkin⁴⁹⁵ —el más claro, por otra parte— sobre el ejercicio de la

Así ocurre cuando un precepto legal se hunde y fusiona jurisprudencialmente con el odio hacia quien ofende un principio de honor o de apego dogmático (un sentimiento nacional, religioso o patrimonial). Así se construye —sin que la fe positivista lo admita— una jurisprudencia nacionalista, confesional o que defiende una institución pública como patrimonio propio.

495 Pierre Kropotkin, «L'organisation de la vindicte appelée Justice», *op. cit.*

justicia como acción de opresión, represalia y escarmiento de la razón que denuncia la injusticia social. Tema retomado en parte, más recientemente, por Loic Wacquant.⁴⁹⁶

La cárcel como vivencia de la pena ha sido objeto de varios trabajos antropológicos.⁴⁹⁷ En ellos sobresa la condición no solo de disciplina y control remarcadas por Foucault y Deleuze,⁴⁹⁸ sino también la profunda, sistemática y perdurable elaboración del estigma⁴⁹⁹ junto con los esfuerzos reformadores, que suelen ser conscientes tanto de las analogías políticas entre la cárcel y la sociedad como del plus de resocialización disciplinaria que implica la pena.

En este sentido cabe destacar la doble problemática que implica la cárcel para las mujeres: el estigma que recae sobre ellas las descalifica aún más en la representación que la cultura hegemónica les atribuye por género. Al mismo tiempo la *pedagogía* o *terapia* carcelaria que reciben les resulta fácilmente más marginadora por su representación de género: se acentúa más su liminalidad carcelaria al tener que redimirse más que el hombre como antimujeres por haber delinquido.

496 Cf. Loïc Wacquant, *Castigar els pobres*, Barcelona: Edicions de 1984 (2006); *Les presons de la misèria*, Barcelona: Edicions de 1984 (2003).

497 Para lo que sigue: Julio Zino, *El discurrir de las penas*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona (1996); Carmen Osuna «Confinamiento, agencia y reinserción. Análisis etnográfico de una vida dentro y fuera de la prisión», *Revista de Antropología social*, 29(1) (2020); Caterina Canyelles, *Subvertint l'ordre de gènere hegemònic* [trabajo de fin de máster], Universitat de Barcelona (2010); Mireia Campanera Reig *Vida i política: afectes, malestars i treballs de les preses* [trabajo de fin de máster], Universitat de Barcelona (2008); Elsa Plaza, *La vieja cárcel de la calle Amalia*, Barcelona: El Lokal (2020); Marta Cruells y Noelia Igareda (eds.), *Women integration and prison*, Barcelona: Aurea (2005); Manuela Ivone Cunha, *Entre o bairro e a prisão: tráfico e trajectos*, Lisboa: Fim de Século (2002).

498 Cf. Norbert Bilbeny e Ignasi Terradas, *Ciudadanía bajo control*, op. cit.

499 Entre Erving Goffman y Thomas Szasz existe toda una elaboración de psicología política sobre el estigma y la resocialización integral que pretenden las *instituciones totales* o *terapéuticas*. Ello se ha desarrollado junto con la reivindicación del sufrimiento psíquico en términos políticos y culturales y la crítica de la «psiquiatrización» de la injusticia y la pobreza. Entre muchos títulos destacamos: Ernesto de Martino, *La tierra del remordimiento*, op. cit.; Andrew Collier, R. D. Laing: *The Philosophy and Politics of Psychotherapy*, Hassocks: The Harvester Press (1977); Erving Goffman, *Asylums*, Chicago: Aldine (1961); David Cooper, *Psychiatry and Anti-Psychiatry*, Londres: Paladin (1970); Thomas Szasz, *Ideology and Insanity*, Harmondsworth: Penguin (1974); Nancy Scheper-Hughes, *Death without Weeping. The Violence of Everyday Life in Brazil*, Berkeley: U. of California Press (1993); Ángel Martínez-Hernández, *What's Behind the Symptom?* Amsterdam: Harwood (2000).

La mujer delincuente resulta más antimujer (especialmente antimadre) por su actividad delictiva y por su estancia carcelaria. Lo cual pone de manifiesto el efecto degradante de dicha estancia, mucho más reconocido para el género femenino. La degradación y el desprecio que sufre la mujer victimizada por la pena carcelaria es análoga a la que experimenta tras la violación: la tendencia de varias culturas sociales a tratar con más desprecio a la mujer violada por considerarla degradada en su virtud, aunque se deba a la agresión de otro. Y esta degradación se lee culturalmente como degeneración, la cual alcanza una representación de predestinación o fatalismo en la mujer delincuente.⁵⁰⁰ Ricard Vinyes y Josep Maria Comelles⁵⁰¹ han explicado la acción de la moral política y religiosa en cárceles y manicomios, junto con el encierro de *locas* y *degeneradas*; una reclusión ajustada a los intereses del honor patriarcal y también a los de la crematística privada y pública que marcó a toda una época. Las «irredentas» en el régimen del Movimiento Nacional español sufrieron un racial-clasismo (con apoyo de alguna psiquiatría) que las deshumanizaba, haciéndolas odiosas por ser mujeres y luchar con tino por la libertad. Se entendía que solo la locura o la degeneración del organismo podían desafiar al fanatismo nacional-católico y al porte de la arrogancia falangista. También se fraguó, con la dirección clerical y de píos laicos de estas instituciones, el esperpento resultado de combinar la piedad religiosa con la crueldad política, el clasismo racializador con la caridad cristiana, la filantropía conservadora con la crematística capitalista. Así se produjo cierta ética y estética grotescas en el nacionalcatolicismo español, que estos autores han puesto en evidencia.

La totalidad del proceso penitenciario, el quedar marcado por una pena, desde la imputación hasta la extinción de la responsabilidad penal, pasando por las provisionales, condicionales y por las suspensiones de la pena, genera un estigma social que opera en la *opinión pública* o en el *consciente e inconsciente colectivo* según el modo durkheimiano: se excluye a la persona del trato despreocupado de antecedentes como trato habitual para un sinfín de relaciones sociales. Es cierto que en determinados ambientes y

500 La facilidad con que por diversos motivos las mujeres incurren en delitos «contra la salud pública» expone el dramatismo de la situación: una vida humana que la sociedad fuerza a predestinarse una vez que se ha caído contingentemente en un ilícito de «narcotráfico»: muchos Estados prueban y condenan con suma virulencia a la «mujer caída».

501 Ricard Vinyes, *Irredentas. Las presas políticas y sus hijos en las cárceles de Franco*, Madrid: Temas de Hoy (2002); Josep M. Comelles, *Stultifera navis. La locura, el poder y la ciudad*, Lleida: Milenio (2006).

facciones políticas y sociales los antecedentes penales no inhabilitan socialmente, incluso algunos pueden ameritar un capital social: un privilegio de élites anómicas y mafiosas; pero para los que viven y salen de la cárcel más pobres y marginados, la misión rehabilitadora y reinsertadora del procedimiento penitenciario, supuestamente humanitario, difícilmente surte efecto ante la competitividad del mercado laboral y el clasismo y la distinción aparentemente meritocrática que operan en el trato social.⁵⁰²

Vayamos al ámbito subjetivo y psicológico moral de la venganza, pero desde un punto de vista sociológico, tal como se representa en la cultura social, en la que trata de generar una conciencia colectiva en el sentido de Durkheim, en la función social y cultural de la pena, en este caso de la venganza. La venganza, en su núcleo motivacional, en su móvil más subjetivo, suele quedar sumergida en una amplia e intensa violencia (sostenida o no en el tiempo): la que surge como consecuencia del sufrimiento de lo vivido como un grave atropello que anula la capacidad de defensa y hasta de cualquier reacción. Entonces, en caliente, la fuerza reactiva de la venganza puede dar, únicamente, palos de ciego, pulsiones desesperadas de defensa y de contraataque. Luego, ya algo más en frío, puede buscar diversas racionalizaciones o desplazamientos de la violencia sufrida y responder, en consecuencia, de un modo más o menos razonado. Ahí es dónde toma elementos de la cultura social, siempre contradictoria, de la venganza; contradictoria entre su glosa estética y su tajante reprobación moral. Por eso siempre tendremos una expresión cultural de la venganza que racionalizará o desplazará la violencia que domina su facticidad (vengarse por una causa noble vs. la violencia brutal del hecho vindicativo). Si la venganza no procede ya totalmente de una racionalización o desplazamiento cultural (como idea loable que vindica un honor o que inflige un castigo merecido),⁵⁰³ no puede explicarse más que la ofensa que la causa, inmersas ambas en una violencia que supera cualquiera de sus racionalizaciones o desplazamientos. Es, probablemente, por el imperio de esa violencia fáctica que tanto la ofensa criminal como su venganza resultan

502 Cf. en torno al apartado «La police des pauvres» en Pierre Bourdieu, *La misère du monde*, *op. cit.*

503 Giuseppe Lorini ha precisado analíticamente el sentido general, universal, de la venganza, su difuminación subjetiva y el sentido social específico de la venganza (ya como norma jurídica) para una sociedad dada: «Revenge as Universal Legal Structure vs. Revenge as Individual Legal Institution» en Antonio Incampo y Wojciech Zelaniec *Universality of Punishment*, *op. cit.*

reprobadas por la ética filosófica. Al verse superados los sujetos por la avalancha de violencia que experimentan, a pesar de ser ellos mismos los autores, pueden sentirse sorprendidos orgullosamente del poder que han sido capaces de generar o avergonzarse de servirlo como obedientes títeres. De esta doble representación procede la glorificación épica y también la reprobación moral de la venganza.

Desde las épicas de la Antigüedad se tiene a la venganza como virtud o fuerza de justicia y también de entereza de hombres buenos. También queda denostada por varias doctrinas morales como las cristianas. Se escribe, se esculpe y se pinta la venganza; se escenifica en el teatro y en el cine como un valor estético fascinante. Se relaciona con las gestas de vigorosos héroes y también con las acciones desesperadas de víctimas desamparadas.⁵⁰⁴

Cotidianamente, resulta difícil reconocer los innumerables actos de venganza que cometemos, gracias a la cultura moral de su reprobación. Así, la venganza suele pasar desapercibida, aunque sea capaz de generar inquietantes resquemores y odios. Sin embargo, donde menos se admite su existencia es en los actos administrativos, legislativos y judiciales, en un sinnúmero de desquites que se pueden camuflar con el celo burocrático, la versatilidad de la ficción legal y la racionalización judicial.

Se tiene la venganza por antijurídica, aunque se ha tolerado relativamente en alguna atenuante de responsabilidad penal.⁵⁰⁵ La teoría penal sigue pensando que la pena está exenta, incontaminada, de venganza. Ya hemos visto con el análisis de Paliero que se trata más bien de una ilusión o de un ideal que se puede formular retóricamente. Ontológicamente, ante la historia y la sociedad, no puede escindirse la venganza de la pena. Pensemos: si es posible admitir en las interacciones sociales cotidianas pequeñas venganzas, solo para perjudicar *un poquito*, sin que se note su ánimo vindicativo, ¡cuanto más se la puede disimular cuando se ejerce con la retórica de la suma autoridad, la que habla, escribe y administra justicia!

504 Ya traté esta temática en *Justicia Vindicatoria*, *op. cit.*, especialmente en I,7.

505 En la *vindicación próxima de ofensa grave*, sobre la que estoy preparando una publicación.

19. LA ÉTICA DE LA REPARACIÓN

El componente moral más importante del derecho vindicatorio es el objetivo de reparación y reconciliación; es sustancia jurídica (normativa) y forma social del proceso compositivo. En la cultura vindicatoria, la reparación surge como deber y obligación, como convención moral de la sociedad y norma jurídica que tiene su proceso de aplicación.

Si utilizamos las distinciones del Derecho, hemos de decir que se repara un daño material y personal, patrimonial, psicológico y moral; todo a la vez. Al mismo tiempo (y en contra de un prejuicio sobre civilizaciones primitivas), hay que añadir que la cultura vindicatoria distingue el daño ofensivo del involuntario. Reconoce el que se lleva a cabo dolosamente, con ánimo de ofender, del causado accidental o preterintencionalmente. En todo caso, como ya hemos apuntado, se le atribuye responsabilidad, se suscita la obligación de reparar.

En el ordenamiento vindicatorio, la ofensa es siempre un hecho privado y público, que repercute en la ética y en el derecho, que despierta un sentimiento moral y que se enfrenta a una normativa sociojurídica. Así se entienden todas las repercusiones de la ofensa que están comprendidas en el agravio, en la afrenta como agravio sostenido (tal como Cervantes la describe en el Quijote), en la injuria (entendida como daño y ofensa moral a la vez) y en el ultraje (el cual, desde el concepto de la *hybris* griega, conlleva un significado de exceso en la ofensa y hasta de jactancia en haberla cometido).

Cuando no se decide una venganza autorizada, el proceso compositivo tiene como misión transformar la ofensa con todas sus connotaciones y consecuencias en una respuesta pública y privada, moral y jurídica, de composición y reconciliación. La tarea no es fácil. Aún más que en el Derecho penal, en la justicia vindicatoria se perfila el proceso como un rito de gran capacidad transformadora. De ahí que cumpla con la filosofía jurídica del *misterio del proceso* que apunta Salvatore Satta. Porque el pro-

ceso vindicatorio puede instituirse en juicios con pruebas y argumentos contradictorios, pero con un poder judicial considerable, hasta alcanzar diversos ritos ordálicos para obtener el fallo judicial (juramentos, ordalías cruentas e incruentas, combates judiciales). Ciertamente, cuando se representa con recursos ordálicos —especialmente con los juicios de Dios— alcanza una ideación mística o de carácter oracular que puede esconder fácilmente la arbitrariedad, los errores o negligencias del poder judicial. En un contexto actual, la representación ordálica de la justicia significa más bien la mistificación de su arbitrariedad. Así lo expone Ennio Amodio⁵⁰⁶ a propósito del relato *El contexto*, de Leonardo Sciascia: un alto magistrado defiende la infalibilidad de la justicia comparándola con el misterio de la eucaristía que celebra el sacerdote. El poder adscrito al rito oficiado por el juez-sacerdote conlleva que la verdad judicial quede consagrada, como el pan y el vino del misterio eucarístico, en una transustanciación milagrosa. Con lo cual ni existe el error judicial ni la mera naturaleza física del pan y vino consagrados. Así, una justicia oracular, que no es otra cosa que la soberbia del juzgador viciado, pretende vencer la recriminación que desde Voltaire se alza contra los móviles de muchos errores judiciales.

Si nos atenemos a la prelación vindicatoria por la composición, la reparación deviene una sustancia y un objetivo primordiales. Sustancia porque es el juicio sobre los daños de la ofensa el que va a revelar el valor de la reparación (especie y cuantía); y objetivo porque el mismo juicio debe establecer claramente los plazos y el modo de entrega —ejecución— de ese valor reparador.

La reparación se ha entendido como resarcimiento, con la idea de recoser, resarcir, un descosido.⁵⁰⁷ El paño roto que debe recoserse, una idea casi opuesta a la del paño cuya mancha no puede quitarse, metáfora de la honra que no puede devolverse (la doncellez *corrompida*). Históricamente, la reparación debe vencer no pocos perjuicios. Si no puede reparar realmente el daño causado, la reparación tiene una función de

506 Ennio Amodio y Elena Maria Catalano, *La sconfitta della ragione. Leonardo Sciascia e la giustizia penale*, Palermo: Sellerio (2022). La recreación cinematográfica de Francesco Rosi, *Cadaveri eccellenti* (1975), integra con arte la imagen de la pedantería del juez con la mistificación trascendental de la justicia. Así muestra como el juez intenta aturdir a un comedido comisario de policía.

507 El *resartor* es el sastre que remienda una tela que ha quedado rasgada, rota.

psicología moral de apaciguamiento y de moral social de reconciliación después del conflicto.

En el ritual que Charachidze describe para la composición por homicidio,⁵⁰⁸ el don de apaciguamiento ocupa el primer acto, claramente indispensable para todo el proceso. Ese don de apaciguamiento significa el reconocimiento de la ofensa por parte del ofensor. Estar de acuerdo con la comisión de la ofensa, con ser el culpable de esta: es el primer paso necesario para alcanzar la reconciliación. Así se comienza a responder (a adquirir responsabilidad) por el acto cometido.

El reconocimiento de la ofensa es el reconocimiento de que ha habido o hay un conflicto; y de que se ha producido algún daño. Estos tres reconocimientos —de ofensa, conflicto y daño— pueden parecer obvios y simultáneos, pero, antropológicamente, no lo son. No siempre se reconoce la existencia de un conflicto y este puede consistir precisamente en no reconocerlo; lo mismo sucede con la ofensa y el daño. Reconocer uno no significa reconocer los tres: puede reconocerse el conflicto, pero no apreciarse daño u ofensa. Puede apreciarse el daño sin ofensa; y al revés. Puede apreciarse el daño, pero sin ofensa ni admisión de conflicto (accidental, fortuito, puramente involuntario según la parte que lo causa). En las relaciones de desigualdad de algún tipo, ocurren esas representaciones dispares. Es así como la parte agraviada puede percibir la ofensa: por no reconocerla, por no reconocer que se vive en una situación de conflictividad o por reconocer algún daño, pero ninguna intención dolosa. Se dan todas las combinaciones. En determinados medios —por ejemplo, en la vida familiar— hay inercias de costumbres morales que desvirtúan u ocultan conflictos, disimulan ofensas y daños o tratan de apaciguarlos con compensaciones. En los conflictos derivados de asunciones de roles de género y de generación, esto suele ocurrir con frecuencia.

En el ritual del proceso vindicatorio, la parte del reconocimiento del conflicto con o sin ofensa es primordial, primitivo, fenomenológicamente hablando. En el reconocimiento se crea la responsabilidad. Ahora bien, desde ese mismo comienzo, la situación de igualdad o de desigualdad entre las partes condiciona el reconocimiento y su responsabilidad. De aquí la enorme importancia de un tercero, ya al mínimo atisbo de desigual-

508 Cf. el análisis en Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, op. cit., IV, 2. El primer don significa «La apertura de la tumba» con lo que se entiende el comienzo del funeral, iniciado y ofrecido por la parte ofensora.

dad, para que esta no altere la realización más justa del reconocimiento y de la consecuente reparación. Sin algún tipo de autoridad judicial, el reconocimiento queda viciado por el poder de la desigualdad. De hecho, las etnografías revelan que la autoridad judicial —o por lo menos arbitral, ya hemos insistido en ese punto— se da en las civilizaciones primitivas tanto o más que en las de élites y masas con sus representaciones democráticas.

La *igualdad de armas* o la igualdad en recursos materiales y sociales para que se traduzca en igualdad ante el Derecho, es más la excepción que la regla. Es el ideal del litigio «romano»: entre *patres familiae* dotados de poderes y riquezas igualados. Con esta base se ha construido un Derecho civil entre iguales o casi iguales, con énfasis en sus iniciativas jurídicas (*acciones*) y con un proceso «a su servicio». Así se ha construido la imagen del Derecho privado como un derecho de igualados en poder y riqueza que pactan o contratan, se obligan, heredan y litigan.

No obstante, históricamente, esa igualación es una ficción, es como una media estadística que no se cumple a la práctica. Para que la idea distributiva de justicia se imponga, hace falta un poder de adjudicación que mande sobre las partes, que reconozca su desigualdad y que la reequilibre jurídicamente. Ya hemos hablado de esta cuestión: la reparación, tras el reconocimiento de la ofensa, exige el poder del tercero judicial o arbitral, no basta con la facilitación de una mediación.

La mínima formalización del derecho crea fórmulas de cumplimiento de promesas, de reconocimiento de ofensas, de exculpación de estas y promesas de reparación. Son juramentos, fórmulas de fe jurada. Estas proposiciones suponen la fusión de lo civil con lo penal: porque en todo ello hay algún traslado de bienes o de servicios. La palabra dada puede significar el reconocimiento público de lo que se declara, de lo que se promete, de lo que se acusa o de lo que se excusa o disculpa. La tipología de los juramentos descansa sobre la tipología de los pactos y reconocimientos. Su unidad formal, que funde el universo de los acuerdos con el de las reparaciones —porque, insistimos, en todos ellos hay traslado de bienes o servicios— explica esa fusión antigua, primitiva, entre lo civil y lo penal. La prelación por la reparación, por la composición como proceso judicial y acto de reconciliación, explica esa fusión en la cultura vindicatoria. Es como si la responsabilidad civil primara sobre la penal y el proceso penal se hiciera más como proceso civil. Podemos entender la fusión de lo civil con lo penal y hasta la primacía de lo primero sobre lo segundo; pero tam-

bién, dada la división dentro del mismo poder judicial, vemos que no es raro que el poder judicial penal se resista a ceder la pena cuando trata de convertirse totalmente en reparación o indemnización.

La mayor dificultad para comprender los valores y el funcionamiento de la justicia vindicatoria es su *civilismo* del homicidio y del asesinato. Es decir, cuando la prelación por la composición desplaza a cualquier expiación aflictiva y resulta únicamente en reparación material y reconciliación ante la sociedad. Ya hemos dicho que, en gran parte, la aceptación social de este procedimiento debe relacionarse con la reanudación de la convivencia y la cooperación en sociedades de comunidad, no de masas anónimas. Con todo, también hay que tener en cuenta la fuerza moral de la reparación, que radica en su capacidad para resarcir, para recoser la rasgadura o fractura social. Ello se explica por la facultad del don, expuesta desde Marcel Mauss y Bronislaw Malinowski, y para esta finalidad de cultura jurídica con los matices de Nancy Munn y de Singh Uberoi.⁵⁰⁹ Puesto que el don expresa el reconocimiento del valor de la persona y del grupo al cual pertenece y, a la vez reconoce poder, sea para congraciarse, competir o acatar, no paga simplemente lo que debe o lo que cuesta hacer algo. El don en sí mismo personaliza y socializa políticamente (igual, subordina o domina) como no puede hacerlo el pago de mercado. En las circunstancias de la reparación, un don tiene la facultad de reconocer el poder, la influencia social del otro, todo lo cual deviene recíproco y automáticamente resarce la rasgadura previa, la desigualdad de poder producida por la ofensa. Si se adquiere históricamente esa moral, ese *ethos*,⁵¹⁰ como una ética de costumbre, se está ya habituado desde un tiempo determinado (que puede ser reciente o muy remoto) al efecto del don para los actores de un conflicto y para el conjunto de la sociedad. El sistema del don recompone, vuelve a reconocer el poder y la influencia mutuos de los grupos ofendidos. La paz se alcanza mediante el reconocimiento de poderes mutuos, a partir de que un poder ofendido, disminuido, es empoderado por el don. Este le hace recuperar el poder per-

509 Nancy D. Munn, «Gawan Kula: spatiotemporal control and the symbolism of influence» en Jerry W. Leach y Edmund Leach, *The Kula. New Perspectives on Massim Exchange*, Cambridge: Cambridge U.P. (1983); y de la misma autora, *The Fame of Gawa. A Symbolic Study of Value Transformation in a Massim Society*, op. cit, especialmente el capítulo 5, «Fame»; J. Singh Uberoi, *Politics of the Kula Ring*, Manchester: Manchester UP. (1971).

510 Para una redefinición comprehensiva del *ethos* como proceso histórico: Elena Mamoulaki «From Poetic Anamnesis to Political Commemoration» en VV. AA., *Heritage and Memory of War*, New York: Routledge (2015).

dido. Potencialmente, esto sucede también sin que haya conflicto causante de ofensa, solamente con un ánimo entre diplomático, competitivo y amistoso —es decir, político (Uberoi)— en el sistema del don ejemplificado con el Kula.⁵¹¹ La reparación sería, pues, un acto esencial de equilibrio político inscrito en la racionalidad del don y formalizado jurídicamente.

Así se entiende mejor la universalidad de la justicia vindicativa: por el arraigo social y la perseverancia moral en el complejo del don (como *hecho social total*); su capacidad de reconocimiento social (posición, pertenencia, autoridad o jerarquía), su inserción en vínculos de estabilidad política y de cooperación o intercambio económicos, su utilidad apaciguadora y diplomática, y su simbolismo moral acorde con la generosidad y la responsabilidad. La otra cara, la venganza autorizada, es la antítesis de este proceso composicional, significa la declaración de enemistad y la consecuente hostilidad o acción legítima de castigo. De todos modos, en la medida en que se cumple con esta legitimidad (venganzas prudentes en la progresión y proporcionales al daño según la ratio acostumbrada), no se cierra la vía composicional, siempre abierta, una vez que se reconoce el plus de daños causados y se compone por ello.

La prelación composicional significa, pues, una solución política, moral y jurídica (con medios económicos, según la racionalidad del don) frente a las pérdidas humanas y materiales causadas por algún tipo de ofensa o de acción lesiva. Reparar, resarcir, enmendar: una iniciativa de reconocimiento social afín a la solidaridad con quien se ha ofendido, propio de una relación entre personas que deben tratarse a menudo. Por eso el gran error historiográfico ha sido el de confundir la composición viciada con su razón de ser, confundir el don con el precio, el reconocimiento social de una ofensa y la voluntad de enmendarla con el «rescate» de una pena, con el soborno para desquitársela. Proyectar sobre otra sociedad, con otros valores, la multa que sustituye a la pena de prisión.

511 Cf. Más matices en las diferentes aportaciones al libro de Leach y Leach ya citado.

20. ENTRE EL SISTEMA VINDICATORIO Y EL PENAL: LAS RAZONES Y ALCANCES DE LA RUPTURA BECCARIANA

Desde la Alta Edad Media conocemos casos de corrupción del sistema vindicatorio, interpretando o reinterpretando el don compositivo como soborno de la vindicación, pero esas representaciones son todavía consideradas una ofensa.⁵¹² Al generalizarse, se han entendido como corrupción del sistema y han dado lugar a importantes correcciones legislativas y jurisprudenciales.⁵¹³ Todos los sistemas de justicia tienen sus corrupciones y no por eso dejan de tener validez y eficacia, porque, si no, no se mantendrían en absoluto. Tiempo después de haberse anulado privilegios o derogado determinadas disposiciones penales, puede representarse aquel sistema legislativo como corrupto, viciado o simplemente injusto en muchos aspectos, pero ha subsistido por mucho tiempo y con predicamento social. Es fácil en el «después»⁵¹⁴ criticar el «antes» que se recuerda con grandes vicios y abusos. No se es todavía consciente de que el «ahora» será también un «antes» muy criticado.

En cualquier caso, la idea de la composición como pago o rescate de la pena ha subsistido hasta la actualidad y ha ocasionado no pocos malentendidos morales. Así ha sucedido cuando los norteamericanos en países islamizados han pretendido componer homicidios (en tiempo de guerra) simplemente pagando.⁵¹⁵ Su ineptitud ha sido generada por la idea corrupta de la composición vindicatoria, sin tener en cuenta sus ingredientes indispensables de ofrecimiento, acuerdo, sanción judicial (y religiosa)

512 Cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, op. cit. III, 9.

513 Id. y *Justicia Vindictoria*, op. cit.

514 Lo pongo en entrecorchetos porque también se producen excesivas ilusiones de rupturas sociales y políticas en el transcurrir del tiempo.

515 Susan Slyomovics, «American 'Blood Money' and a Question of Reparations», *Middle East Report*, (259) (2011).

y reconciliación ritual y social. La indemnización norteamericana podría haberse producido como una *compatibilidad equívoca*⁵¹⁶ en que la parte ofendida hubiera interpretado de buena fe el pago americano como un don compositivo, que lógicamente espera una actitud y manifestación de culpa y arrepentimiento con vistas a una reconciliación; y la parte ofensora pensaba que hacía creer esto mientras únicamente «se quitaba el muerto de encima». Ahora bien, la ignorancia, la falta de tacto y la actitud del lado norteamericano no llegaron ni siquiera a representar una *compatibilidad equívoca*. Entonces este tipo de «composiciones» no fueron aceptadas o lo fueron de muy mala gana. Porque para la parte ofensora norteamericana se pensaba que con cinco mil dólares por cada civil iraquí que mataban ya podían considerarse satisfechos, es decir, bien pagados. Además, para la actitud norteamericana se trataba de una costumbre corrupta en sí misma, puesto que creían que la costumbre compositiva no era otra cosa que un soborno crematístico, que la vindicación de la persona muerta tenía un precio, que pagando se extinguía la responsabilidad penal, porque la pena estaba sujeta a una lógica venal. Lo que era en realidad su corrupción se tomaba como su costumbre válida. De este modo, se quiso imponer lo que sería una corrupción del sistema vindicatorio y también del penal (pagar para no ir a la cárcel) como un trato justo; pero algunas familias tuvieron poder para reclamar el proceso vindicatorio y consiguieron que las atendiesen tribunales islamizados, que aplican parte del sistema vindicatorio recogido en el Corán (*qiyās* y *diyya*). De este modo, consiguieron declarar nulos e ilegítimos los procedimientos que habían establecido una reducción viciosa del proceso vindicatorio. Este exigía el reconocimiento de la ofensa, la petición y obtención de perdón, y finalmente la proclamación de la reconciliación. En este contexto, la reparación material adquiriría su sentido, no en el de una corrupción del Derecho penal (para unos) y del vindicatorio (para otros). El predicamento colonizador sigue siendo hegemónico para la interpretación de estos conflictos y se sigue representando el Derecho vindicatorio como un Derecho penal que se puede sobornar.

Este tipo de proyecciones etnocéntricas ocurren con frecuencia. Incluso puede que un antropólogo interprete otra cultura a partir de la corrupción de la suya; no a partir de lo que puede ser genuino en la otra, ni

516 Tal como expone João Pina Cabral en *Between China and Europe*. Londres: Continuum (2002).

de lo que puede ser genuino en la propia. En la época de los colonialismos decadentes, se tiende a interpretar las sociedades que se presentan como exóticas a partir de la propia decadencia (la *barbarie* y *salvajadas* que miran la propia como el estado natural de las otras).⁵¹⁷

Ahora bien, la venalidad composicional fue uno de los variados vicios del ordenamiento vindicatorio —conviene decir que varios de ellos eran más bien propios de los regímenes señoriales de las monarquías absolutas— que justificaban la irrupción del sistema civil/penal.

El Derecho penal beccariano va surgiendo en Europa con las sucesivas crisis del régimen del absolutismo monárquico y nobiliario. La tendencia absoluta del poder se da tanto o más bajo el régimen señorial (incluyendo los dominios señoriales de los monarcas) que bajo la misma monarquía. No hay que confundir el régimen monárquico más o menos moderado por Parlamentos (aunque más en la letra de pactos y constituciones que en la práctica) con la persistencia de dominios señoriales locales (de la nobleza, de la Iglesia y de los monarcas) que exigen diversas rentas y exacciones en especie y en dinero. Esta condición de servidumbre persiste y se halla extendida, más o menos según cada país, entre los siglos xv y xx, y caracteriza la Edad Moderna de la historia europea.⁵¹⁸ Los defectos y vicios del sistema vindicatorio se agravan con el régimen señorial amparado por las monarquías absolutas. El absolutismo que caracteriza al Antiguo Régimen pervierte lo que todavía queda del ordenamiento vindicatorio: la plebe carece de la personalidad jurídica que se reconoce con la libertad y la propiedad, apenas consigue algunos derechos con el reconocimiento del dominio útil. En la época medieval, la desigualdad social estaba reconocida y las obligaciones serviles y los privilegios tenían sus límites. Los

517 Tema que Wittgenstein aplicó a la historia: *Una época malinterpreta a otra; y una época mezquina* (eine kleine Zeit) *malinterpreta a todas las demás con su propio estilo grosero*: Ludwig Wittgenstein, *Culture and Value*, Oxford: Basil Blackwell (1980).

518 Las características persistentes del absolutismo señorial son más evidentes en los estudios empíricos localizados que en los pactos entre los monarcas y sus Estados, parlamentos o cortes y que en las leyes o constituciones promulgadas por estos. Cf. Eva Serra i Puig, *La Societat rural catalana del segle XVII: Sentmenat: un exemple local del Vallès Occidental (1590-1729)*, tesis doctoral, Universitat de Barcelona (1978). Sobre la forma concreta de las exacciones señoriales «modernas», véase también Maurice Agulhon, *La vie sociale en Provence intérieure au lendemain de la Révolution*, París: Société des Études Robespierristes (1970), especialmente los capítulos «La société à la fin de l'ancien régime: les classes sociales» y «La société à la fin de l'ancien régime: les structures».

fueros y otros derechos consuetudinarios medievales especificaban con mayor discreción derechos y obligaciones. Podían cumplirse o no, pero siempre estaban a disposición de quejas, clamores y rebeliones. Así se ve en los conflictos, muchos de ellos alineados en patronazgos y faccionalismos.⁵¹⁹ En general, en la Época Moderna, con su peculiar alianza entre el capitalismo y el absolutismo, la condición servil se ve más atropellada por los intereses señoriales; y los estatutos legales locales no rigen con tanta definición como en la Época Medieval. Evidentemente, resulta arriesgado generalizar al respecto, pero sí que podemos decir que el nuevo Derecho civil/penal se desarrolla más allá donde también hay más quejas contra las arbitrariedades del régimen señorial en el absolutismo monárquico. El caso paradigmático es el francés con los *Cahiers de doléances* previos a la Revolución. Los conflictos se dirimen entre protestas corporativas, reformas desde la Corte, motines y rebeliones locales,⁵²⁰ hasta la eclosión revolucionaria en Francia.

Hay toda una serie de elementos que tienen que ver con el absolutismo que pervierten el sistema vindicatorio, porque lo que hacen la nobleza y la realeza es acentuar el régimen de privilegios con sus consecuentes despotismos y desvirtúan así todo lo que el ordenamiento vindicatorio prevé ante conflictos entre iguales en estatutos personales, así como ante

519 Cf., entre varios: Bruno Lemesle, *Conflicts et justice au Moyen Âge*. París: PUF (2008) (sobre el Anjou medieval). Para los elementos vindicatorios medievales en el caso húngaro: Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, *op. cit.* Para el enfoque de clase del campesinado: Rodney Hilton, *The English peasantry in the Later Middle Ages*, Oxford: Clarendon (1975). En el contexto de la historiografía de las mentalidades: Carlos Barros, *Mentalidad justiciera de los irmandiños, siglo xv*, Madrid: Siglo XXI (1990). Acerca de la dificultad para establecer un análisis empírico sobre las proporciones materiales en los conflictos económicos medievales, pueden compararse los planteamientos de Witold Kula en *Problemas y métodos de la Historia económica*, Barcelona: Península (1973), con los posteriores de Pere Benito en «Les crisis econòmiques medievals: entre la teoria dels cicles i la praxis historiogràfica», en Neus Puig i Montse Viader (eds.) *Les crisis a l'Edat Mitjana*, Hostalric: Ajuntament d'Hostalric (2020).

520 Una síntesis provista de bibliografía muy pertinente para dar cuenta de la vida local durante esta época en Inglaterra: «Labouring People (1500-1780)» en J. F. C. Harrison, *The Common People*, Londres: Fontana (1984). Para el conflicto entre el derecho consuetudinario y su economía moral con la economía política (capitalismo comercial) y sus leyes mercantiles: Edward P. Thompson, *Costumbres en común*, *op. cit.* Para comprender la expansión de la explotación y desigualdad capitalista para toda la época moderna: Eric Wolf, *Europe and the people without history*, Berkeley: University of California Press (1982). También resulta útil desde el punto de vista jurídico comprender la cuestión de la persistencia del Antiguo Régimen: Arno J. Mayer *The persistence of the Old Regime*, Londres: Croom Helm (1981).

desiguales, pero con límites específicos para obligaciones y responsabilidades (como en los códigos consuetudinarios altomedievales). El caso extremo es la conversión de la venganza legítima o autorizada en una vindicta pública de crueldad absoluta, para el escarmiento más aterrador de los crímenes contra el poder. Así se instaura el *suplicio* del Antiguo Régimen, el cual pretende ejercer un derecho de represalia absoluta en el que la misma venganza queda superada por la ferocidad de la represión de que es capaz el poder del absolutismo.

Ya en la Baja Edad Media surgen noticias sobre suplicios de muerte, pero adquieren un desarrollo más programático —una tecnología del terror más sistemática, por decirlo en términos foucaultianos— durante el periodo de las monarquías absolutas. Paradójicamente, el Terror revolucionario, con su guillotina, será terror por el número de ejecuciones, pero no tanto por lo terrorífico de los suplicios de agonía antes de infligir la muerte (siempre según la cualidad de los crímenes y la personalidad de los reos).

Porque quien lucha contra el poder absoluto no es reo únicamente de la pena de muerte, sino que debe enfrentarse al terror del suplicio, el cual también requiere un efecto aterrador para el público. Así, se regulariza el suplicio como castigo diabólico y como espectáculo del terror.⁵²¹ Algunos casos paradigmáticos ilustran esa deriva absolutista de la pena, que al margen de las ideas de venganza o justicia apunta al ensañamiento y extrema crueldad de un infierno: el que puede crear el poder absoluto. La fundamentación legal para tal proceder se crea por el crimen de lesa majestad, por el regicidio concebido como el crimen más reprobable y repugnante de todos. El caso del asesinato de Enrique IV de Francia por Jean-François Ravailac desvela esta actitud y sus ideas.⁵²² Se trata además de un crimen planeado y ejecutado individualmente con un móvil religioso manifestado claramente por el reo, un crimen de fanatismo religioso que sufrirá la saña del fanatismo absolutista.

Ravailac venía de una familia empobrecida, de firme confesión católica. Trató de entrar en un convento, pero no superó un corto periodo

521 Sobre esta parte de espectáculo y dramaturgia en los suplicios y sobre su ilación religiosa: Dwight Conquergood, «Lethal Theatre: Performance, Punishment and the Death Penalty» en *Theatre Journal*, 54(3) (2002).

522 Seguimos la exposición de Charles Amson, «Ravailac, ou le procès du fanatisme» en Daniel Amson *et al.*, *Les grands procès*, París: PUF (2007).

de prueba. Consideraba a Enrique IV un usurpador del trono que, «legítimamente», debía ocupar un rey católico. Al parecer, quiso hablar con el soberano para convencerlo o recriminarlo. El rey tuvo conocimiento de su propósito, lo consideraba un visionario lunático y mandó que lo expulsaran lejos del palacio del Louvre bajo pena de flagelación, pero al cabo de un tiempo regresó y se acercó al rey. A las primeras palabras que le dirigió, en nombre —dijo— de nuestro señor Jesucristo y de la sagrada Virgen María, ya se vio expulsado del lugar. Más tarde, después de permanecer un tiempo en prisión por impago de deudas, regresó a París, cuando el rey había declarado que, si el papa lo excomulgaba, él confiscaría los bienes de la Iglesia. La historiografía del caso —consultada por Amson— coincide en pensar que por entonces ya le había surgido la idea de atentar contra el rey, aunque más bien como una tentación. No obstante, la tentación se convirtió en convicción cuando creyó haber recibido el mandato divino para atacar al rey. La «conversión» tuvo lugar en Étampes, desde donde retrocedió otra vez hasta París.

El encuentro final del rey con Ravailac estuvo precedido de malos augurios. Se decía que su hijo le había vaticinado un mal día, que se había encontrado a dos nobles de la facción opuesta y que les había dicho que moriría pronto y que, una vez muerto, lamentarían su desaparición. Su carroza tuvo que desviarse un poco para sortear un accidente que acababa de ocurrir entre un carro de heno y una cuba de vino. Se paró precisamente al lado de un local con este emblema: «Al corazón coronado atravesado por una flecha». Mientras el rey la leía, Ravailac subió a la carroza y le clavó un cuchillo en el pecho, algo por encima del corazón. El monarca reaccionó alertando de que estaba herido, pero a una segunda cuchillada, que le atravesó la cava y la aorta, dijo que no era nada. La crónica de estos hechos indica que murió instantáneamente.

Ravailac pareció no inmutarse. Fue aprehendido inmediatamente y varios de los presentes impidieron que fuera agredido, con el convencimiento de que su ataque contaba con inductores y cómplices. No querían que ocurriera como con el asesino de su antecesor, Enrique III, que murió en el mismo lugar del atentado y no pudo revelar complicidad ni inducción alguna. Tres magistrados dieron comienzo pronto al interrogatorio de Ravailac. Este manifestó sin ambages que el rey no era un buen cristiano. Declaró que solo él era el autor del regicidio, que no había sido inducido por nadie ni contaba con cómplice alguno. Ello no resultaba creíble para los que lo cuestionaban, habida cuenta de la fuerza de las facciones

católicas más fanáticas contra el rey. Se reforzó el interrogatorio con dos obispos, para ver si así confesaba la trama que se sospechaba, pero Ravillac insistía en su autoría exclusiva, toda vez que ya se arrepentía de su acto, reconocía su temeridad y confiaba en la misericordia y el perdón divinos ante la propensión humana por la maldad. Cuando le amenazaron con que matarían a toda su familia si no revelaba cómplices o inductores, no los creyó capaces de tamaña crueldad. Los jueces seguían insistiendo en sus interrogatorios, pero solo obtuvieron una declaración de culpabilidad y arrepentimiento, aceptó haber obrado contra la voluntad de Dios, pero se encomendó a su infinita misericordia y a la ayuda de varios santos intercesores; y, en cualquier caso, esperaba poder acogerse al gran poder de la redención obrada por Jesucristo.

El proceso terminó con una sentencia unánime que le condenaba a muerte por parricidio y lesa majestad. Menos unánime fue la resolución para que se le aplicara la tortura —la *question*— para ver si con este método revelaba finalmente los nombres de sus cómplices o inductores. Seguirían, pues, varias sesiones de tortura y un suplicio que acabaría con su vida entre grandes sufrimientos. La tortura escogida fue la «ordinaria»: con las piernas encajadas entre tablas de madera, se le iban introduciendo en las articulaciones, a golpes de martillo, diversas cuñas que destrozaban músculos y quebraban huesos. Aguantó hasta perder la conciencia y no dio ningún nombre de posible cómplice o inductor.

El suplicio ya fue más complicado, se juntaron pautas medievales con los alardes del poder absoluto. Primero, expuesto encima de un carro frente a la puerta principal de la iglesia de París, Notre-Dame, vestido únicamente con un saco penitencial y sosteniendo una antorcha, debió declarar que cometió *el parricidio tan abominable, detestable y malicioso, habiendo causado la muerte del Señor Rey con dos golpes de cuchillo*, lamentablemente y a traición. Que se arrepentía de su crimen, por el que pedía perdón a Dios, al rey y a la justicia. De la lógica punitiva vindicatoria se mantuvo la amputación de la mano criminal, pero con aditivos modernos: se le quemó totalmente con azufre ardiente la mano diestra, con la que agarraba el cuchillo del crimen. Además, se le atenacearon todos los músculos del pecho y de las extremidades; y se le virtió después sobre las heridas plomo fundido, aceite hirviente, pez ardiente y azufre fundido con cera. La crónica de estos hechos sostiene que, después de estas torturas, el reo estaba vivo y consciente, y que tuvo fuerzas para quejarse de como el pueblo de París no reconocía que lo que había hecho era para su bien; y pidió un

confesor. Al rehusarle este la absolución si no daba los nombres de sus cómplices, Ravaillac la imploró condicionalmente: si su confesión no era verdadera, que fuese directo al infierno al morir.⁵²³ El confesor accedió. Como si no bastara el regicidio para que Dios lo mandara al infierno inmediatamente.

Después vino la segunda parte del suplicio, la cual, además de asegurar la muerte definitiva del reo, profanó su cadáver, troceándolo y quemándolo hasta su total desaparición en este mundo. Para su ejecución se dispusieron cuatro caballos atados a las extremidades del reo. Los animales, con su fuerza —siguiendo el relato de la crónica— tardaron una media hora en desmembrar el cuerpo de Ravaillac. El verdugo troceó aún más con un hacha el cuerpo desmembrado. Los restos fueron arrojados a la multitud de los espectadores que se encontraban en la plaza de la Grève. Se disputaron aún más sus minucias, como en un reparto caníbal. Así, finalmente, no pudo realizarse a la perfección el programa para la aniquilación de Ravaillac: consumir con el fuego todos los restos del cadáver y aventar las cenizas.

Todo el patrimonio de Ravaillac fue confiscado por la casa real, su casa se derruyó (hubo que indemnizar al señor del dominio directo) y se prohibió reedificar sobre aquel terreno. Un edicto, que debía pregonarse en su lugar de residencia, daba quince días a su padre y a su madre para que abandonaran el reino y no volvieran jamás a él, bajo pena de ahorcamiento sin juicio previo. Bajo la misma pena se mandó a todos los parientes que llevaran el nombre de *Ravaillac* que lo cambiaran para siempre.

Es interesante añadir que la responsabilidad del crimen continuó insatisfecha con la exclusiva culpabilidad de Ravaillac. Ello nos sitúa en el tema antropológico de la búsqueda de responsabilidad en las intenciones, cuando estas alimentan un conflicto.⁵²⁴ En este caso, los que querían vindicar la muerte del rey veían el interés que podían tener en el rey de España las facciones que le eran contrarias, especialmente la de los *de Guise*, y todos los católicos más beligerantes contra los protestantes (hugonotes).

523 Solo Dios conocería si la confesión de Ravaillac estaba hecha con reserva mental o no, un tema de amplia discusión en la teología católica de la época.

524 Que en Antropología jurídica ha mostrado el recurso a la brujería como una forma de buscar y atribuir la responsabilidad en el ámbito de la intencionalidad, tal como ya hemos comentado a propósito de Max Gluckman en *The allocation of responsibility*, *op. cit.*

Se intentaron algunos procesos, pero sin éxito; únicamente se condenó la delatora de la facción de los *de Guise*. Francia acabaría revocando, ya en tiempos de Louis XIV (1685), el Édít de Nantes (1598), que había instaurado la tolerancia del culto protestante por los católicos, lo que condenó a los hugonotes al ostracismo e hizo triunfar así lo que antes había sido «solo» el fanatismo de Ravailiac. Fanatismo, intolerancia, superstición y absolutismo que criticaron Montesquieu, Voltaire y la mayor parte de los filósofos de la Ilustración. Beccaria⁵²⁵ proporcionó una parte importante de esa crítica y, por ello, Voltaire comentó inmediatamente su obra. Beccaria mostraba la asociación de la tortura y los suplicios de muerte con regímenes políticos fanáticos, absolutistas, fueran de grandes o de pequeñas dimensiones.

La tortura no perderá vigencia, no irá desapareciendo paulatinamente como consecuencia de irreversibles avances en el respeto a la dignidad humana, sea en doctrina religiosa, de Estado de derecho o de derechos humanos. Tendrá sus fluctuaciones históricas, en consonancia con regímenes más o menos autoritarios que provocarán o disimularán la actividad de los torturadores. Así, tenemos formularios para el tormento del reo⁵²⁶ en la España de la *década ominosa*, con un régimen de restauración absolutista y de favores a los intereses capitalistas de la época; o la vigencia y reinterpretación legal de la tortura por parte del Gobierno Federal de los Estados Unidos en el siglo XXI.⁵²⁷

El absolutismo histórico puede entenderse como una reescritura moderna de otros despotismos antiguos, con elementos de estos y con algunos nuevos. Tanto en el siglo XVIII como ahora, en el XX-XXI, la parte más despótica del poder parece conocerse mejor si nos remitimos a los referentes antiguos. No se atiende tanto a los elementos nuevos, contemporáneos, como a los de raigambre arcaica, que suelen tenerse por más arraigados y poderosos. Así sucede actualmente con la figura del régimen patriarcal, que cuanto más abstracta y poderosa es su influencia, más se sitúa en una tradición antiquísima. En el siglo XVIII, el despotismo de la Antigüedad era el que más orientaba la crítica del moderno, el de la propia época. Tan-

525 Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene e commento di Voltaire, op. cit.*

526 Cf. Vicente Vizcaíno Pérez, *Código y práctica criminal: arreglado a las leyes de España* (1833).

527 Cf. Jamie Mayerfeld, «Playing by our own rules: How U.S. Marginalization of International Human Rights Law led to Torture» en *Harvard Human Rights Journal*, 20 (2007).

to era así que Montesquieu pudo utilizar la figura del *despotismo oriental* para criticar tanto o más la Francia de su época que una Persia imaginaria (a la «orientalista») ⁵²⁸ en sus *Lettres Persanes* ⁵²⁹ de 1758. A pesar de que Montesquieu y otros ilustrados tienen empeño en mostrar los esfuerzos de equilibrio de poderes y moderación del régimen monárquico y señorial en algunos países y periodos de su época, también reconocen sus derivas más despóticas. Es así como Montesquieu sostiene que el régimen monárquico constituye *un estado violento que degenera siempre en despotismo, o en república. El poder no puede distribuirse de modo igual entre el pueblo y el príncipe; es un equilibrio demasiado difícil de sostener; es necesario que el poder disminuya por una parte, mientras aumenta por la otra, pero la ventaja la obtiene ordinariamente el príncipe, que está a la cabeza de los ejércitos.* ⁵³⁰ Solo la moderación puede salvar el absolutismo monárquico; esta, según Montesquieu, consiste fundamentalmente en dejar que gobiernen más las costumbres, *les moeurs*, que los dictados, que ve más bien como caprichos de monarcas y nobles. Le confía al Derecho la salvaguarda de esas costumbres, pero, cuando la arbitrariedad se alza contra el poder del Derecho (que se origina en las costumbres y a la vez las salvaguarda), *el gobierno moderado se precipita al despotismo.* ⁵³¹ Montesquieu considera que la corrupción del Gobierno despótico no cesa porque se corrompe en virtud de su misma naturaleza. ⁵³² Cita el caso del despotismo imperial español como ejemplo de esa corrupción interna: diezmó la población y redujo la capacidad de subsistencia en América, creó y recreó la enemistad contra el dominio español en los Países Bajos, sobornó y se arruinó en Italia... Todos los casos que expone (esp. en su libro VIII) tienen que ver con esa idea de corrupción inherente al despotismo absolutista. Evidentemente, la imagen más recurrida en la Ilustración, como ejemplo de perversión del Derecho y de criminal intolerancia, es la Inquisición.

528 Aunque más discretamente, Pierre Bourdieu también ha utilizado la mitología patriarcal de la Kabília argelina para su crítica de la dominación masculina en Francia y en «Occidente» en general: *La domination masculine*, París: Seuil (1998).

529 Montesquieu, *Lettres Persanes*, París: Gallimard (1973).

530 Lettre CII de sus *Lettres Persanes*.

531 *De l'Esprit des lois*, París: Gallimard (1995) (1748, corregida en 1758), libro VIII, capítulo VIII et passim.

532 Livre VIII, Chap. X.

Absolutismo político y religioso, poder clientelar de facciones, arbitrariedades jurisdiccionales del poder señorial y suma crueldad en la represión de las quejas y para la aserción de los privilegios constituirán el revulsivo para formar el criterio de Beccaria.⁵³³ Su plan de reforma del Derecho penal encuentra a las costumbres vindicatorias ya viciadas por el despotismo absolutista. A estos vicios producidos por el absolutismo sobre la justicia vindicatoria hay que añadir los propios de esta última, que destaca Beccaria: la práctica de las ordalías como una pena preventiva⁵³⁴ cuando se quiere defender, protestar o dar vigencia y eficacia a un derecho. No tiene por qué infligirse una pena aflictiva, dolorosa —como en las ordalías del hierro candente, el agua hirviendo o la inmersión de la persona atada en el agua— a quien presenta una acusación o es acusado injustamente.

Una virtud del sistema vindicatorio que se puede transformar fácilmente en vicio es la amplitud de que goza su poder judicial, con el objetivo de juzgar en equidad y consenso social; si la holgura juzgadora se alía con un poder despótico, como en el Antiguo Régimen, tenemos otro motivo para superar la situación creada. Así quedó muy claro en el periodo previo a la Revolución francesa, cuando a los Estados Generales del reino llegan las quejas de varios sectores contra las arbitrariedades judiciales y, consecuentemente contra la desigualdad y la desproporción penal entre las jurisdicciones. Esta es una de las razones principales para instaurar un ordenamiento legislativo único para todo el reino y alejarse de las «costumbres» como principal fuente de Derecho. La razón revolucionaria, contra los privilegios y el despotismo señorial,⁵³⁵ y a favor del tercer estado, pide códigos legales uniformes para todo el reino. Los cuadernos de quejas (*doléances*) manifiestan buena parte de este descontento y solicitan reformas.⁵³⁶ Con la Revolución se aspira a una justicia más acorde con un derecho natural laico («Derechos del hombre y del ciudadano») y sin

533 Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene...*, *op. cit.*

534 Análoga a la prisión provisional del reo que después es declarado inocente.

535 La mayoría de los jueces están alineados con los poderes institucionales o fácticos del lugar y estos poderes son normalmente los de los señores nobles o eclesiásticos y fallan siempre a favor de los intereses de sus señores, cuando no son también estos mismos los que juzgan.

536 Cf. Jean Egret, *La Pré-Révolution Française, 1787-1788*, París: PUF (1962).

dependencia alguna de privilegios,⁵³⁷ pero, políticamente, el proyecto fracasó y solo se conseguirá en el periodo posrevolucionario del imperio una unidad legislativa con arreglo a un orden social cada vez más consolidado como *burgués*: con una dogmática legal basada en la propiedad, las sucesiones, la familia y los contratos, y una concepción y administración de lo público a favor de este ordenamiento civil.⁵³⁸

La mezcla viciosa entre elementos vindicatorios y absolutismo señorial y monárquico produjo también una banalización de los delitos y de sus penas cuando tenían que recaer sobre personas privilegiadas, quienes, por otra parte, podían estar más a la merced de sus rivales más poderosos; o directamente del Rey. La extrema desigualdad del Antiguo Régimen, con inmunidades y privilegios varios (no solo de nobles y eclesiásticos, sino también de cargos y vicarios de confianza, tanto privados como públicos) generó tanta injusticia como inseguridad entre la población en general. Por eso, la seguridad jurídica era una exigencia tanto o más importante que la igualdad. Era peor no saber bajo qué arbitrariedad se podía caer que mantener la ya conocida y segura conforme a una jurisdicción local y estable. La venalidad de muchos cargos añadía más arbitrariedad a sus funciones⁵³⁹ y conformó un sistema de clases dentro de un mismo estamento (bajo y alto clero, grande y pequeña nobleza).⁵⁴⁰ Sin entrar en contextos históricos muy específicos de la Revolución francesa, sí podemos decir que, en cierta medida, se pasó de la venalidad de los cargos y de la prevaricación señorial a la mercantilización del Derecho, a su dependencia de unos intereses crematísticos, que para distinguirlos de los de la nobleza, clero y menestralía del Antiguo Régimen se reconocieron como

537 Así en Florence Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution*, París: PUF (1992). Obra que conviene oponer historiográficamente a la de François Furet *Penser la Révolution française*, París: Gallimard (1978) y contrastar con esta.

538 Cf. la perspectiva de Louis Assier-Andrieu sobre todo este proceso histórico en «Le passé réprouvé: regard sur le cas français» en *L'autorité du passé*, París: Dalloz (2011).

539 Cf. J. H. Salmon, «Venality of Office and Popular Sedition in 17th Century France» en *Past and Present* (1967).

540 Para todas esas cuestiones remitimos a las numerosísimas investigaciones de diferentes autores que han escrito sobre la Revolución francesa: A. Aulard, A. Soboul, P. Mathiez, M. Vovelle, F. Furet, J. Tulard, A. Fierro... Mi posicionamiento frente a unos hechos y opiniones revolucionarias y sus interpretaciones historiográficas en: Ignasi Terradas, *Revolución y Religiosidad*, Valencia: Edicions Alfons el Magnànim (1990).

«burgueses» y que giraban en torno a los intereses de las inversiones de capital.⁵⁴¹

Fue más el régimen señorial y el despotismo absolutista que el viciamiento del sistema vindicatorio lo que produjo una dejación considerable, a veces absoluta, del principio de responsabilidad. En época medieval, la nobleza tenía el privilegio del juramento para desquitarse de procesos contradictorios y de ordalías, pero por lo menos —según las fuentes jurídicas— debía responder. El Antiguo Régimen causó más perturbación a la normativa de la responsabilidad (civil y penal) que el propio sistema vindicatorio, el cual, precisamente, había hecho de la responsabilidad un principio de justicia universal. Ni nobleza, ni Iglesia ni monarquía aceptaban la responsabilidad de los daños y perjuicios que causaban a súbditos y campesinos. El persistente trato de servidumbre ya equivalía al desconocimiento de la responsabilidad mutua.⁵⁴² Las excepciones se muestran como *exempla* de lo que no era corriente. La irresponsabilidad podía llegar hasta su jactancia.⁵⁴³

Otro vicio característico del Antiguo Régimen era el de la validez de las delaciones, más o menos secretas. Las delaciones funcionaban de un modo similar a la brujería: bastaba que convencieran a la autoridad judicial que las recibía. Así se construía la culpabilidad de una supuesta intención, el perjuicio contra un sector social o religioso, o se suscitaba el recelo o la envidia sobre una fortuna o posición.⁵⁴⁴ Este es otro de los temas que Beccaria echa en cara al Antiguo Régimen; denuncia su despotismo y arbitrariedad.

541 Todas esas transiciones, entre idealizaciones de tradicionales unidades patriarcales, jurisdicciones desiguales, mercantilizaciones de la dogmática jurídica, unificaciones con costumbres hegemónicas y contra costumbres, ficciones jurídicas y jurisprudencia según tradición o equidad, han sido estudiadas por Louis Assier-Andrieu en varias de sus obras. Remito especialmente a *L'autorité du passé*, París: Dalloz (2011); «Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume», *op. cit.*; *Chroniques du juste et du bon, op. cit.*; *Le droit dans les sociétés humaines, op. cit.*

542 En este sentido, no encontramos en los tratos señoriales el respeto y fidelidad mutuas de muchos pactos de vasallaje feudal, y menos la responsabilidad recíproca de las XII Tablas de la Antigua Roma: *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto* (VIII, 21).

543 La obra de Sade recoge también esta parte de jactancia de irresponsabilidad de nobles y clérigos, de inmunidad e impunidad de los delitos perpetrados por la gente de poder por no tener que responder ante un Dios que no existe y ante toda la moral basada en la obediencia a sus leyes (especialmente, los discursos en *La nouvelle Justine*, París: U. G. É., 1978 [1797]).

544 Un gran estudio monográfico sobre estas cuestiones —implicados patronos y criados, jueces y eclesiásticos, nobles y caciques—: Jaime Contreras Sotos *contra Riquelmes*, Madrid: Anaya-Muchnik (1992).

La ruptura que establece Beccaria frente a la validez o eficacia de lo jurídico en el Antiguo Régimen es radical y pertinente, pero no tanto frente a lo que el propio sistema vindicatorio puede viciar, sino más bien frente a cómo el régimen señorial y absolutista lo utiliza para sus propios vicios. Porque, por ejemplo, el problema de la arbitrariedad judicial procede de cómo se organizaba la política jurisdiccional bajo el régimen señorial y absolutista, no de los procesos vindicatorios —que, como hemos visto, se esforzaban en obtener tanto consenso social que parecían mediaciones; y su sustanciación prelativa era la composición, que no solo debía poner fin a un conflicto, sino reconciliar efectivamente las partes—.

La propuesta que va formalizándose —primero en escritos como los de Beccaria y Montesquieu, y luego en quejas más específicas de representantes de la población contra los abusos del Antiguo Régimen— tiene dos objetivos principales: conseguir por una parte una legislación uniforme para toda la jurisdicción de un Reino o Estado, con el mismo criterio jurídico de igualdad ante la ley, el mismo respeto para iguales derechos, las mismas garantías para todos los procesos y proporcionalidad entre la gravedad de cada delito y su pena. Al mismo tiempo, en gran parte para cumplir con lo anterior, derogación de los estatutos de inmunidad y de los privilegios personales ante incumplimientos de obligaciones civiles y ante la impunidad penal. De este modo se va restringiendo el núcleo de la aristocracia privilegiada, lo cual se reformulará con la inviolabilidad y exención de responsabilidad en la persona del rey, con pocas extensiones «de familia». Solo el régimen republicano consigue deshacerse completamente —al menos en la letra— de los protocolos de desigualdad ante la ley.

Cuando se abandona el ordenamiento vindicatorio y se sustituye por un ordenamiento cuya base fundamental es la división entre lo civil y lo penal, en primer lugar, hay que inventar un nuevo concepto de *pena*. La pena ya no es la que se entendía como venganza autorizada, incluyendo la vindicta pública y toda pena de talión; como el cumplimiento con un ritual de expiación (en muchos casos de naturaleza religiosa) o como destierro u ostracismo.⁵⁴⁵ Beccaria inventa la nueva pena con base en una teoría psicológica de la memoria frente al crimen, la culpa y la responsabilidad en general: el recuerdo sensitivo asociado a una constante privación de libertad que aflige la conciencia, recuerdo que establece reiteradamente

545 Obviamente, la composición no es una pena si la interpretamos como hacemos según la ética del don, el reconocimiento de la ofensa y la necesidad de la reconciliación.

la conexión entre el sufrimiento del cautiverio y la iniciativa criminal. Se trata de un proceso psicológico que a través del nexo entre la pasión criminal y la pasión penal (siempre como estímulos sensoriales) debe producir un sentimiento moral constante de autoinculpación. De este modo, el reo debe percibir la pena como algo que adviene por culpa suya, no por voluntad del poder. Dos siglos más tarde, Foucault devolverá la pena a sus autores mediante una teoría mucho más completa sobre el alcance del poder.⁵⁴⁶ Sin embargo, con Beccaria la pena adquiere su dimensión para un Estado «moderno» que eclosionará con el liberalismo: retrotraerá el castigo a la voluntad del reo y desresponsabilizará al Estado del sufrimiento que inflige. Así, el sistema penitenciario beccariano se inaugura como una especie de pabellón de reflexión colectiva (no como el panóptico del poder que disciplina y controla). Este enfoque psíquico beccariano constituye la pena moderna: un paralelo a los ejercicios espirituales del jesuitismo en cuanto a la confrontación plena de la conciencia con los pecados cometidos, su ascunción definitiva para el recuerdo.⁵⁴⁷

La pena beccariana quiere descontaminarse de los procedimientos más crueles para castigar en el Antiguo Régimen: la tortura y la pena de muerte; y el suplicio como síntesis suprema de ambas. Beccaria quiere quitar al máximo el dolor físico y el derramamiento de sangre de las penas, pero que el reo sufra por su delito. Como hemos dicho, lleva este sufrimiento a una autoinflcción que representa el arrepentimiento más perfecto.

546 No solo en su *Vigilar y castigar (Surveiller et Punir)*, París: Gallimard, 1975), sino en todos sus escritos en los que hace referencia a la *disciplina* como distinta de la mera represión y a la sujeción-subyugación (*assujettissement*) también como algo más sostenido que la «dominación», y por lo tanto un poder más permeable sobre la vida (*biopoder*).

547 Gran parte —la más fundamental— del recorrido de Foucault de la acción del poder sobre la conciencia humana se debe a su seguimiento —valga la metametodología— *extraordinariamente disciplinado* de la *disciplina cristiana* que la patristica aplica a la sexualidad. El gran descubrimiento de Foucault es que la Iglesia inventa una nueva sexualidad, no la niega ni la reprime, la inventa: con la doctrina de la castidad en general, de la sexualidad matrimonial y del celibato eclesiástico en particular consigue generar una vida sexual con sus propias sublimaciones, su economía genital, sus desplazamientos y sus perversiones. Así, entre los amores de trances místicos, el cumplimiento del débito conyugal, las eróticas del poder y la homosexualidad más o menos sublimada se entiende toda la efectividad de una *disciplina religiosa*. Para comprender mejor la heurística de Foucault remitimos al último volumen de su historia de la sexualidad: *Les aveux de la chair*, París: Gallimard (2018).

En el joven Beccaria confluye una economía social humanista y una Ilustración antidespótica y de ejercicio sereno de la razón. Su teoría surge al valorar, por una parte, la capacidad del reo para juzgar por sí mismo la gravedad de su delito; por otra, el sentir repugnancia por responder al hecho criminal con otro hecho criminal: aunque el dolo pueda ser distinto, ambos actos quedan equiparados en su facticidad. También se sabe que el castigo —todo castigo cruento y especialmente el desproporcionado— genera una ira en el reo que es como una especie de derecho propio o subjetivo.⁵⁴⁸ Ello va desarrollando un espíritu de venganza contra el Derecho. Cuando el Derecho se comporta con arbitrariedad al juzgar, con desproporción al condenar, con brutalidad al detener y encerrar, con crueldad al escarmentar y se jacta de todo ello, fácilmente genera indignación y desprecio,⁵⁴⁹ no solo en quienes lo sufren, sino también en quienes —como Beccaria— lo observan razonando y valorando.

Para Beccaria, el cambio del sufrimiento físico del reo al sufrimiento psíquico, del que experimenta su cuerpo sensible cuando sufre dolor al que experimenta su mente dotada de razón e imaginación (sin estar estas alteradas por la inflicción de un dolor físico) representa un progreso moral para la civilización. Que este sufrimiento psíquico —que también ha de ser moral— genere un arrepentimiento propio representa también un progreso de derecho subjetivo. De este modo, las penas entran más en la voluntad del reo y la institución se limita a conservar el medio para su realización. Este sería, básicamente, el programa de Beccaria, pero el desarrollo de las instituciones penitenciarias lo desviaría hacia dos objetivos contradictorios: un régimen de disciplina entendido como castigo objetivo para el que un arrepentimiento subjetivo del reo apenas cuenta y una expectativa de rehabilitación social para la que no puede tratarse al reo en estado de castigo ni objetivo ni subjetivo.

La doctrina beccariana de la pena, fundamentalmente psíquica (que se desarrolla fenomenológicamente en la mente del reo), establece la pena mínima para retribuir congruamente un delito. Así surge la idea de la mínima intervención penal y de la suficiencia, también mínima, de la pena.

548 Sobre la importancia psicológica y sociológica de la ira en delitos y penas, resulta muy útil el análisis de Edoardo Fittipaldi: «Norme costituite da ira, indignazione, disgusto e disprezzo», en *Norma. Una proposta di concettualizzazione per la sociología del diritto e le altre scienze sociali*, op. cit.

549 Sobre esta reactividad en el derecho vivido o subjetivo: Edoardo Fittipaldi, Id.

Beccaria no tiene una teoría intrínseca sobre el principio de proporcionalidad entre penas y delitos, pero sí de intervención en la proporción ya establecida, con tal de reducirla a mínimos. Se trata de una reforma que no altera el principio retributivo penal —o, como hemos visto, de institución desplazada de la reacción vindicativa— de la venganza, pero que lo transforma con una nueva dosis en pro de la autorresponsabilidad del reo. Lo ideal sería que el reo se impusiera la pena que piensa que asentará más la convicción de su arrepentimiento, con una eficaz contrición frente a la autoridad de la sociedad y su Estado.

Cuando a partir de la Baja Edad Media desaparecen las ordalías,⁵⁵⁰ la tortura, la *cuestión*, las reemplaza. Como si al no infligir algún tipo de sufrimiento físico al reo, en relación con la verdad fáctica de sus declaraciones, no pudiera instruirse debidamente un proceso.⁵⁵¹

Beccaria criticaba las ordalías tanto como las torturas por su alejamiento de la verdad, pues hacían depender a esta de la resistencia al dolor o de la rendición para evitarlo. Las argumentaciones de Beccaria van dirigidas a las élites dirigentes y, por este motivo, busca convencerlas con razones de economía y eficacia, no de aversión a la crueldad. En este sentido, parece sentar las bases de gran parte del pensamiento utilitarista y liberal⁵⁵² del siglo XIX. Asimismo, también podemos constatar —y ahí es dónde Voltaire remacha— que su propio programa era el de una crítica de ética humanista a una civilización con unas prácticas que, según él —en consonancia con el espíritu filosófico de la Ilustración—, la desmerecían como tal. Esta trayectoria eclosionará con la obra de su nieto —hijo de la hija de Beccaria— Alessandro Manzoni, *Historia de la columna infame*.⁵⁵³ Manzoni condena éticamente a unos jueces sin lo que actualmente llamaríamos una atenuante o eximente por «cultura diversa», la de su época, cuando en 1630 dos inocentes terminaron torturados, vejados y remata-

550 Aunque no con la rapidez prevista por el Concilio de Letrán de 1215: John W. Baldwin, «The intellectual preparation for the Canon of 1215 against ordeals» *Speculum*, 36(4) (1961); Ignasi Terradas *Justicia Vindicatoria*, *op. cit.*

551 La discusión de la temática de la tortura hasta la actualidad prosigue entre la justificación de su aplicación moderada —que se tiene incluso por preceptiva según épocas y países— y su rechazo radical, siguiendo con Beccaria.

552 Al suscribir también la idea de la cesión de libertad que cada ciudadano hace para construir el Estado y cómo este debe procurar que dicha cesión sea mínima y a la vez eficaz.

553 Alessandro Manzoni, *Storia della Colonna Infame*, Milán: Feltrinelli (2015).

dos con un suplicio público de Antiguo Régimen (amputarles la mano criminal, despedazarlos con tenazas, quebrarles los huesos a martillazos sobre la rueda y finalmente degollarlos) a lo que se añadió la erección de la *Columna infame*, decretada en la misma sentencia para conmemorar la gesta jurídica. Todo comenzó con la delación que hicieron dos mujeres contra dos hombres a quienes denunciaron como *untores* de la peste, un barbero y un comisario de Sanidad.

Manzoni trata varias cuestiones de ética y derecho procesal y hace ver, sobre todo, el vicio del proceso debido al uso de la tortura para manipularlo, para obtener confesiones del agrado de los jueces, sometidos a su vez a las exigencias del poder que les pesa, que parece derivar de una interacción histórica entre la élite y la masa, frente a una crisis que no estaba únicamente provocada por la peste, sino por la escasez de subsistencias, el acaparamiento y la especulación internacional y un gasto bélico considerable. Este contexto explica que los jueces no quisieran complacerse a sí mismos, sino más bien a ese poder que los obligaba a encontrar, fuera como fuera, a los responsables de la peste —encontrar a sus brujos— para poderlos castigar como chivos expiatorios y encauzar así el descontento de la población, que ya venía de lejos. Porque la especulación en el precio del grano y otros víveres (fenómeno internacional de la época), junto con la escasez motivada por los eventos bélicos, comenzó antes que la peste. Estas parecen ser las causas principales del empobrecimiento y de la mayor morbilidad y mortalidad de la población del ducado de Milán en los años previos a 1630; y de su consecuente vulnerabilidad ante la peste, según se desprende del minucioso estudio de R. Targetti y otros investigadores.⁵⁵⁴

La fe en la creación de verdad mediante la tortura descansa sobre la fe en la fidelidad al poder: del mismo modo que los esclavos torturados en la Antigüedad revelaban lo que ellos pensaban que sus dueños querían oír, los torturados de la Edad Moderna (y Contemporánea) siguen siendo torturados no para decirles la verdad a sus dueños —los dueños del poder para torturarlos—, sino para que les revelasen lo que los complacía (que

554 Raimondo Targetti *et al.*, «Il movimento dei prezzi nel Ducato di Milán dal 1600 al 1700», *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, (3/4) (1964). Como muestra de la utilidad específica de la historia económica para dilucidar algunos enigmas procesales y en este caso cercanos a la misma época (fin del siglo XVI): el estudio de Germano Maifreda, «*Io dirò la verità*». *Il processo a Giordano Bruno*, Bari: Laterza (2018).

los torturados deben acertar con independencia de su saber y voluntad: para eso se los tortura). A veces la verdad que complace al poder es conocida de antemano por el torturado, a veces no. Cuando el recurso a la tortura obtiene más redundancia es cuando los desgraciados torturados no conocen bien «la verdad» que complace al poder. Entonces, como ocurrió en este caso, siguen dudando entre declarar la verdad o buscar lo que complace al poder, hasta creer que han descubierto esta última y la confiesan en tortura y la repiten después, de acuerdo con la ley rituarial de entonces.

La peste sería el añadido más truculento y visible, y más interclasista, a las anteriores desgracias. Achacar todo el empobrecimiento, la morbilidad y la mortalidad a la peste y poder encauzar toda la ira popular contra los brujos propagadores de esta, los *untores*, podía ser un recurso político interesante. Por eso el predicamento otorgado a la delación de aquellas dos mujeres podía tener la eficacia política de lo que Maquiavelo en sus *Discorsi* atribuía al *buen uso de la religión*, según algunos ejemplos romanos. En este caso, se trataba de revivir una superstición con fanatismo propio: la creencia en la eficacia contaminante de los actos de maleficio o brujería. Se trataría de una magia contaminante *à la Frazer*, pero dotada en casos como este de una sustancia material eficaz de por sí (el uso de unos unguentos preparados a modo de pócimas venenosas). Ello podía encauzar divinamente todo el furor popular frente a la carestía y la inflación de precios debida a la especulación.⁵⁵⁵ Los chivos expiatorios serían, principalmente, Guglielmo Piazza y Giangiacomo Mora, acusados de haber diseminado la peste con unos unguentos o tintes untados en un muro del rincón milanés de la Vetra, como en la difusión de un hechizo poderoso.

Manzoni se enfrenta al contexto histórico para encontrar una verdad ética frente a un proceso que le parece profundamente viciado. Él, que procede de una vocación poética, se encuentra pronto con una duda frente a la historia. Por una parte, se ha comprometido en la escritura de una

555 Sobre este punto, Manzoni, en sus *Promessi Sposi* se muestra menos ético y más liberal-económico, menospreciando el intento de la autoridad española de mitigar el hambre y el acaparamiento. Quizás si hubiera podido estudiar el movimiento de precios y sus actores principales como estudió el proceso de la *Columna infame* se hubiera percatado mejor de la injusticia en el mercado de entonces. Goethe ya percibió claramente el liberalismo de Manzoni, diciendo que la tendencia entera de la obra favorecía al pensamiento liberal, aunque con alguna moderación (21 de julio de 1827: J. P. Eckermann *Conversaciones con Goethe*, Barcelona: Acanalado, 2005).

novela histórica. Por otra, su interés por la verdad le dificulta la conjunción entre el estilo literario —imbuido de sensibilidad poética— y la exposición de la veracidad histórica según fuentes documentales. No encuentra un estilo con el que pueda comunicar ambas cosas a la vez. Creo importante destacar esta cuestión, porque no atañe solo a esos extremos más evidentes que opondrían el novelista al escritor, sino también a los que se dan en el interior de la historiografía, el Derecho y las ciencias sociales. Se desarrollan estilos de discurso que constituyen la «poética» de una disciplina o subdisciplina (en el sentido de *poiesis*: de hacer, disponer, fabricar, elaborar alguna cosa de acuerdo con un oficio, cargo o arte). Lo cual genera lenguajes supuestamente especializados (algunos autorreferenciados) o transversales (como si fueran intertextuales) y crea graves problemas semánticos. La información contenida en los lenguajes especializados, o en los que discurren entre varios de ellos, adolece fácilmente del mismo defecto: deviene demasiado vaga o simplificada, porque las palabras y su sintaxis la sitúan mucho más en lo implícito, en lo evocado o connotado, que en lo explicado radicalmente (dicho semánticamente: apurando su significado). Entonces se entienden las cosas de un modo provisional y condicional, porque solo se comunican con palabras y sintagmas abstractos que no revelan claramente su significado.⁵⁵⁶ El defecto contrario radica en el uso restringido a un lenguaje descriptivo y radical (que no puede definirse más ni puede esconder más significados), el cual impide reconocer significados válidos para cualquier acción hermenéutica o pragmática: datos que no pueden interpretarse ni pueden tenerse en cuenta a la hora de actuar. El caso que atañe a Manzoni plantea la dificultad que tiene un estilo literario para presentar datos que expliquen con razonamientos un posicionamiento ético. Es decir, que Manzoni necesita exponer una serie de datos y explicarlos de acuerdo con una razón crítica. La poesía puede a veces lograr esa síntesis, pero en muy pocas ocasiones. El estudio empírico (de ciencia natural y social) simultáneo a la modelación poética de los famosos olivos de Miguel Hernández resulta excepcional, incluso para el mismo poeta. Lo mismo sucede con otros casos.

556 Si ahora mismo entrara en toda la discusión sobre este tema desarrollada en los ámbitos académicos y publicistas —altamente especializados y a la vez pretendidamente interdisciplinarios— perderíamos la cuestión principal que nos atañe: el sentido de la opción ética y analítica de Manzoni ante la historia del Derecho.

De ello se da perfectamente cuenta Goethe, el cual, a diferencia de Manzoni, es de la opinión de purgar la parte de «crónica» de los *Promessi Sposi*, porque ello obliga a una *prolijidad de detalles de una descripción seca y más propia de una crónica, que se vuelven insoportables*. A Goethe le molesta precisamente el repertorio de estilo descriptivo-empírico que ofrece Manzoni sobre los tres temas destacados por la historiografía económica: la guerra, las hambrunas y la peste.⁵⁵⁷ Goethe considera que Manzoni, *como historiador que era, sentía demasiado respeto por la realidad*. Que ello le dejaba en suspenso como poeta; inexplicablemente, según Goethe, porque se trataba de un poeta de una cualidad excepcional. Pero Manzoni se sentía con otra responsabilidad frente a la verdad histórica y renunciaba a su interpretación poética cuando veía que precisaba de un lenguaje más capaz de transmitir toda la información que exigía la crítica ética del caso. Trató, por una parte, contra la estética goethiana,⁵⁵⁸ de introducir buena parte del análisis histórico en los *Promessi Sposi*, pero lo juzgó insuficiente. Así, emprendió su análisis crítico más detallado en una obra eminentemente historiográfica, pero de una historiografía comprometida con una ética crítica del Derecho y concretamente de la administración de justicia. Ello no invalida un resultado paradójico, del que podemos ser conscientes más tarde: La *Storia della Colonna Infame* puede producir una impresión estética superior a los *Promessi Sposi* (para quien no filtra según los cánones estéticos de la literatura), como ocurre con otras obras análogas, dotadas de gran lucidez y tenacidad ética. Los diversos comentaristas de Leonardo Sciascia sobre Manzoni y otros autores apuntan en esa dirección.⁵⁵⁹

En su elección, Manzoni coincide con las corrientes positivistas que irán desarrollando la historiografía y las ciencias sociales a lo largo del siglo XIX; pero parece adelantarse al rigor neopositivista en su tajante resolución de la cuestión: cada campo de conocimiento y expresión tiene

557 Goethe, siempre según Eckermann, llega a proponer al traductor alemán de Manzoni una manipulación considerable de la obra: *tendría que refundir un buen trozo de la descripción de la guerra y de las hambrunas y dos terceras partes de la peste, de manera que quede justo lo necesario para involucrar a los personajes* (en Eckermann, *op. cit.* p. 309).

558 Sin embargo, el mismo Goethe no vacila en intercalar discursos lógicos, sobre la psicología del carácter, sobre la teoría estética y una gran analogía química en la trama poética de sus *Afinidades electivas*, racionalizando gran parte de la pasión romántica de sus personajes, con sus consecuencias en la estética narrativa.

559 Cf. Leonardo Sciascia, *Opere, op. cit.*

un lenguaje propio y no conviene mezclarlos. Manzoni quiere establecer los hechos históricos con el máximo realismo posible, por ello, huye de la metafísica que sería la propia del lenguaje literario y especialmente del más poético. La *Storia della Colonna Infame* juega un papel parecido a gran parte del *Zibaldone* de Leopardi en relación con su obra poética. Este también había reflexionado sobre la disociación entre la poesía y los *altri studi men dolci*, los que estudian la verdad de las cosas: *che conosciuto, ancor che tristo, ha suoi diletti il vero*.⁵⁶⁰ Leopardi presenta la investigación de este *vero* como fatalmente destinado a la incomprensión, a la ingratitud de las gentes o a su banalización. Aun así, parece que ve su futuro más abocado a las letras del *Zibaldone* que a la poesía de sus *Canti*. Con todo, insistimos en la paradoja antes señalada de que un *Zibaldone* puede causar una impresión estética superior a los *Canti* por el efecto de la lucidez crítica con su profundidad reflexiva. Quizás su autor también lo intuye, debiendo defender lo sobrio convencional para no forzar lo *ingenuo* a caer en lo *sentimental* (atendiendo a la división establecida por Schiller).

En definitiva, Manzoni, que había proyectado en principio *La Storia della colonna infame* como un apéndice de los *Promessi Sposi*, creía que una investigación histórica profunda no podía presentarse a través del estilo y la imaginación literaria tal como se concebía en la cultura de su época.⁵⁶¹

Con esta disociación entre historiografía y novela histórica —con Leopardi y Manzoni— se abre una opción a la crítica de la relación entre Derecho, justicia y sociedad que se renovará con Sciascia,⁵⁶² después de la

560 «Al Conte Carlo Pepoli», en *Canti*, Milán: Garzanti (1981).

561 Las reflexiones de Manzoni no han hecho pensar suficientemente en los límites del estilo «narrativo» a la historiografía que ha defendido su revitalización (Cf. el artículo de Lawrence Stone, «The Revival of Narrative», *Past and Present*, 85 (1979) y la réplica de Eric Hobsbawm en la misma revista en 1980). Porque hay que tener en cuenta que la disociación convencional todavía prima, a pesar del reconocimiento de la impresión estética allí donde no debiera existir o ser mucho menor según ese canon disociativo. En la historia cultural de larga duración corresponde más claramente a los presocráticos el no haber disociado lenguajes de indagación de la realidad de lenguajes mitológicos y poéticos.

562 La obra de Leonardo Sciascia es muy relevante para la Antropología jurídica, tanto en su vertiente literaria como en la ensayística e historiográfica, tanto en su recreación verista de tramas y personajes frente a la justicia como en sus análisis y reflexiones sobre la acción del Poder en diversas relaciones sociales y situaciones históricas. Ennio Amodio y Elena María Catalano han puesto de relieve dicha relevancia: *La sconfitta della ragione. Leonardo Sciascia e la giustizia penale*, op. cit.

solución dada al problema por parte de los veristas (o deberíamos decir de cierto verismo).⁵⁶³ Porque con Verga, De Roberto, Capuana, Arrighi y hasta Tomasi di Lampedusa se ensaya en la dirección de construir unos personajes y tramas muy asentados sobre la base y los detalles del orden económico, jurídico y político de la sociedad, pero sin describirlos; o, mejor dicho, haciendo que esos mismos personajes los describan con sus actitudes y acciones: esta es la elocuencia sociológica del laconismo que Verga consagra, sobre todo, en los *Malavoglia*. En esta dirección verista, Pérez Galdós haría un recorrido similar: con personajes hechos (cuando no atrapados) según las contradicciones entre el derecho vivido (subjetivo) y el Código Civil y el Penal. Su *Fortunata y Jacinta* revela este gran conflicto histórico en el que un adulterio, paradójicamente, es el más capaz de producir una filiación natural y legítima. O bien su *Tristana*, con el estigma contradictorio de la honestidad y la libertad de la mujer, que Galdós soluciona en resignación decadente, muy acorde con el orden económico, jurídico y social de su época; y que más tarde Buñuel —en su filme— resuelve en rebelión criminal.

No obstante, esas soluciones veristas generan un problema con el paso del tiempo. Los personajes y las tramas dejan de tener sentido, porque se desconoce el orden social, el sentido de las normas y valores de una época ya pasada. Entonces, Sciascia, por ejemplo, que también escribe sus relatos como verista,⁵⁶⁴ se ve precisado a hacer de exégeta de Verga y de otros, a la vez que analiza críticamente determinados hechos históricos.⁵⁶⁵ Porque ya no se entiende en la actualidad la profundidad social y cultural de aquellas

563 Sin embargo, el proyecto manzoniano de los *Promessi Sposi* se mantiene y desarrolla en obras recientes como *La scuola cattolica*, *op. cit.*, en la que Edoardo Albinati alterna la opción verista de unos personajes y trama que deben explicar por sí mismos todo el reglaje de una sociedad (con especial énfasis en el clasismo y la misoginia) con diversas reflexiones, dotadas de un rico análisis, sobre los hábitos y normas que rigen objetivamente e intersubjetivamente la sociedad de un lugar y una época. La narración literaria se halla «interferida» por esas concienzudas reflexiones (algunas le han dado pie a libros específicos de incisiva crítica social: *Velo pietoso*, *op. cit.*; *Cronistoria di un pensiero infame* (Milán: Baldini & Castoldi, 2018).

564 Cuestión destacada —aunque bajo la débil ficción de una correspondencia entre Sciascia y Pirandello— por Ottorino Gurgo y condensada con una cita de Sciascia cuando alerta sobre la impostura, no cuando esta se revela simplemente como la contraria de la verdad, sino cuando engaña con el recurso a la verosimilitud, un gran tema pirandelliano (*La Verità. Sciascia e Pirandello. Un dialogo immaginario*, Sanremo: Leucotea).

565 Cf. Leonardo Sciascia *Opere*, *op. cit.*

obras; faltan las claves que procura el conocimiento histórico de la economía, la jurisprudencia y la política, sin olvidar la religión.

Sciascia sigue con la disociación inaugurada por Leopardi y Manzoni, pero modificada singularmente a partir de Verga: escribe sus relatos con personajes y tramas que describen el poder y el orden que intima la mafia sobre la sociedad, sin exponer en esos relatos un análisis histórico y sociológico de dicha realidad. Al mismo tiempo, escribe su *Zibaldone*, con análisis detallados y algún libro entero (*L'affaire Moro, Il teatro della memoria...*), y hace unos análisis críticos de la realidad desde su punto de vista eminentemente ético.⁵⁶⁶

Volvamos a la *Storia della Colonna Infame*. Manzoni resume la descalificación fácil de la justicia entonces impartida con el tópico de la *ignoranza de' tempi e la barbarie della giurisprudenza* (del Derecho, en contexto italiano), pero no queda satisfecho con esa descalificación general. Indaga en el tiempo de las cosas y en las cosas que trascienden el tiempo.

El análisis de Manzoni verifica tres vicios que cuestionan el proceso y la condena de los dos *untores* de un modo más radical, tanto ética como jurídicamente, tanto frente a los valores que se supone que —incluso en aquella época— debían dominar el proceso como frente a la normativa procesal que debían seguir los jueces para la validez jurídica de este. Se trata del montaje para hallar unos primeros culpables, del uso generalizado de la tortura que es capaz de hallarlos indefinidamente y de la promesa de impunidad para conseguir delaciones.⁵⁶⁷

En primer lugar, Manzoni destaca que, aunque se creyera en la eficacia de las unciones pestíferas, entendido esto como superstición, respetando dicha creencia, no valía como prueba para la inculpación de los dos reos, porque no se pudo demostrar que fueran ellos los *untores*, nunca pudo probarse —al margen de las reiteradas torturas hasta conseguir la confesión de la falsa autoría—. Tuvieron que «buscarlos». Luego, a pesar de que la tortura estaba en vigor y tenía validez jurídica, ni era necesario

566 Sciascia opinaba que Manzoni había tratado primero (1827) de componer una obra mixta (Novela e Historia) con los *Promessi Sposi*, mientras ya iba viendo su provisionalidad y preparaba la disociación de ambos géneros que se consolidaría al redactar la *Storia della Colonna Infame* (Sciascia *Opere, op. cit.* p. 601).

567 Cf. sobre este punto y sobre los contextos históricos de la *omertà* y la delación o la denuncia: Maria Pia Di Bella, «Manquer de parole: omertà et dénonciation en Sicile» en *Le genre humain* (número dedicado a la traición) París: Seuil (1988).

que la sufrieran todos los acusados ni que fueran declarados culpables todos a quienes se les había aplicado. Manzoni describe un vulgar montaje inquisidor que, injustamente, se vale de la tortura y la alterna con la promesa de impunidad hecha al reo delator.⁵⁶⁸ Sigue las andanzas de un proceso en el que la tortura sirve para la autoinculpación de unos reos inocentes, para improvisadas delaciones (bajo tortura se puede delatar con el primer nombre que viene a la cabeza),⁵⁶⁹ y en el que el mismo tribunal incumple una promesa de impunidad con la coartada de que la confesión no había sido totalmente verdadera; es decir, que esperaban una patraña delatora todavía más extensa por parte del torturado, como si no hubiera improvisado ya bastante infamia durante la tortura.⁵⁷⁰ Manzoni revela toda la corrupción del proceso, que solo puede explicarse por su dependencia de un poder acuciante. Necesita unos chivos expiatorios frente a otras responsabilidades que el pueblo podría atacar. Manzoni atribuye ese poder al mismo pueblo en general, sin relacionar el desplazamiento de su ira desde las situaciones de acopio y especulación de subsistencias que él mismo describe, pero se percata de que hay una necesidad o utilidad de la injusticia por parte del tribunal sentenciador de los *untores*. La obstinación de los jueces va en la dirección de satisfacer un poder capaz de alterar todas las disposiciones legales de la época sobre el uso de la tortura y sobre la reserva de impunidad (solo para indultos decretados por las máximas autoridades gubernativas). Es decir, se trata de una prevaricación sostenida⁵⁷¹ para complimentar con una expectativa del poder (sea del Gobierno, sea de las élites o de la mayoría de la población): encontrar, condenar y abatir en suplicios de vindicta pública a los que pueden ser acusados de *untores*, de autores de un maleficio con una sustancia contaminante.

568 *Laccanimento, la perfidia di coloro che, riguardando come una calamità, come una sconfitta, il non trovar colpevoli, tentarono quella debolezza con una promessa illegale e frodolenta*: Alessandro Manzoni en *Storia della Colonna Infame*, op. cit., p. 101.

569 Cf. *Ibid.*, p. 95

570 Manzoni explica como buena parte del proceso se sustancia tratando de combinar los efectos de las torturas con la promesa de impunidad al delator, sustrayéndose al cumplimiento de dicha promesa valiéndose de la misma tortura (pudiéndole atribuir incompletitud a su delación) y reconduciendo con sucesivas torturas los desmentidos del reo después de la tortura, así hasta conseguir que coincidiera su declaración firmada después de la tortura con la confesión bajo la misma.

571 ... *il delitto stesso non era che una congettura, bisognava violare più svelatamente, più arditamente, ogni principio di giustizia, ogni prescrizione di legge*, *ibid.*, p. 101.

En cuanto a la tortura, Manzoni culmina el proceso que la condena iniciado por su abuelo Beccaria, porque hace ver con qué facilidad puede aplicarse la tortura para prevaricar, a pesar de todas las disposiciones legales y doctrinas jurisprudenciales que alertan sobre su abuso y tratan de que se use excepcionalmente y con moderación: pero intrínsecamente la tortura es la intromisión de un poder extraprocesal en el proceso, un poder que dispone de la verdad judicial fuera y por encima del proceso. Ese poder dicta su criterio prevalente: que la confesión lo satisfaga, que surja la «verdad» que más satisface al poder que está torturando para que cese el sufrimiento. Entonces, la verdad judicial viene impuesta por ese poder no resulta de la indagación, de los indicios, de los testimonios y sus contradicciones, de las calificaciones jurídicas de los hechos ni de la sentencia congruente, cosas que ya se daban en aquella época y mucho antes. La tortura tiene por sí misma un inconveniente compartido por la ordalía: crea la verdad que procede de un sufrimiento frente a un poder extraprocesal: se atribuye a Dios, pero es su intérprete en la tierra, un juez episcopal, un archidiácono o un inquisidor, quienes juzgan y hacen también de verdugos anticipados.

Manzoni destaca, además, la terrible inercia de la corrupción procesal dirigida a satisfacer aún más al poder que la genera. Las delaciones —mediante torturas y promesas de impunidad— pueden multiplicarse. Así, los jueces podían ampliar su ambiciosa misión: alcanzar a todo un grupo de conjurados para esparcir la peste contra los milaneses. El grupo ya tendría líderes con significado político: que si era para vengar a don Gonzalo de Córdoba, que si era otra facción..., pero en su carrera desenfadada no se percataban de que ya estaban alcanzando al mismo poder que querían satisfacer. Tuvieron que declarar, finalmente, la inocencia de los que habían sido delatados y juzgados como líderes de la conjura para apestar Milán, sobre todo a uno de ellos. Entonces, Manzoni interroga esta guinda del *pasticcio* de injusticias: si el líder que habría instigado el atentado contra la salud pública había sido declarado inocente, ¿no habían condenado injustamente a sus cómplices?⁵⁷² Sin embargo, gracias a ese mismo poder se pudo seccionar perfectamente el conjunto del drama procesal: los primeros procesos serían justos y ejemplares, y no tendrían nada que ver con los

572 *Assolvendo insomma, come innocente, il capo, conobbero che avevan condannati, come complici, degl'innocenti? Tutt'altro, almeno per quel che compare in pubblico: il monumento e la sentenza rimasero*, *ibid.*, p. 109.

segundos. El poder establecía una perfecta solución de continuidad entre las dos partes. Con ello, Manzoni muestra aún mejor todo el alcance de la arbitrariedad judicial secundada por el poder de unas élites a las que ha servido con sumo celo; tanto que incluso iba a tocarlas, pero bastaba una discreta advertencia para que el entusiasmo juzgador, entre torturas, engaños y suplicios, diera por acabada su misión. El poder les rendía reconocimiento y una extraordinaria conmemoración, una columna para recordar la hazaña de aquella justicia. Manzoni la califica, hacia el final de su obra, como un engaño *divenuto più caro e prezioso che mai*; porque, si antes no perdieron la ocasión de condenar a unos inocentes, ahora, al declarar la inocencia de los nuevos culpables y supuestos inductores, tendrían que admitir una culpa terrible. En palabras de Manzoni: los jueces debían reconocerse autores de un horrendo asesinato. Con todo, pudieron engañarse con la coartada que les daba y celebraba el poder: hicieron recta justicia en la primera fase del drama procesal, lo que vino después ya era otra cosa. El poder les daba el don de la creencia en su propia verdad y poder. Para Manzoni, el engaño del poder no era solo el de las élites, sino también de las masas; juntas, ambas partes reificaban la justicia y la patria:

Un inganno finalmente, mantenuto e fortificato da un'autorità sempre potente, benché spesso fallace... voglio dire l'autorità del pubblico che li proclamava sapienti, zelanti, forti, vendicatori e difensori della patria.⁵⁷³

Leonardo Sciascia⁵⁷⁴ fijará con mayor rigor histórico el sentido de la *Storia della Colonna Infame*, de Manzoni, tanto para la literatura como para la historiografía. Constatará el contraste entre la Baja Edad Media y el siglo xvii en cuanto a la causación de la peste, junto con otras calamidades. Durante el Medioevo, se oscila entre la causación por parte de la providencia divina o por un inescrutable orden cósmico. En cambio, en plena Edad Moderna se acude a la autoría humana, con una certeza admitida tanto por la medicina como por el derecho.⁵⁷⁵ La figura del *untore* aparece ya en la peste de 1576; y un hombre —un anónimo entresacado de la multitud— acaba ahorcado.

573 Ibid., p. 110.

574 «Storia della Colonna Infame» en *Opere* [vol. II], Milán: Adelphi (2019).

575 Aunque Sciascia ve que algunos personajes mantienen la duda entre la autoría divina y humana de esas calamidades.

Respecto a Manzoni, Sciascia señala su perspectiva crítica enfocada en la responsabilidad de los jueces. Añade —evocando el tema de la banalidad del mal en los campos de exterminio nazis— «la burocracia del mal» como un componente ya ordinario del Estado: la prevaricación ejecutada por hombres probos ante la sociedad, con celo administrativo y laboriosidad jurídica, con la habilidad de pacientes trabajadores de la ley.

Sciascia remarca —frente al «relativismo» de Fausto Nicolini, que Sciascia califica de *historicismo pedante*— que la crítica que se alza desde Pietro Verri y Alessandro Manzoni es contra la corrupción de la justicia, la cual, tanto en una época como en otra, se vale del Derecho, lo abusa y lo desvirtúa. No se trata, pues, de justificar el uso de la tortura y de las falsas promesas como recurso ordinario de «aquel tiempo», sino de ver la prevaricación de los jueces y percatarse de la cantidad de signos de, por lo menos, incomodidad ética y jurídica que producía la tortura en «aquel tiempo». De ahí todos los consejos sobre la prudencia y moderación en su aplicación, observaciones que muestran la inseguridad ética y jurídica con que un juez de buena fe podía confrontarla (y decidir no aplicarla). Más evidente es la cuestión de prometer impunidad a cambio de confesiones deladoras bajo la misma tortura, lo cual es un negocio en principio anti-jurídico para cualquier época. Solamente en un contexto de guerra (sea internacional o civil), las confesiones motivadas por un cambio de bando justifican lo que ya no se entiende como impunidad, sino como recompensa por la afiliación al propio bando, al «bueno».⁵⁷⁶

Sciascia encuentra que la crítica ética de la corrupción de la justicia tiene sentido para cualquier época. A esto se refiere Manzoni. Por este motivo puede criticar no una época, sino una forma de corromper la justicia que se da en todas las épocas: abusar de un recurso jurídico (procesal, en este caso) creando el delito, para dictar luego una sentencia injusta a

576 Sciascia extiende la cuestión hasta los *pentiti* de la mafia. También ocurre con los arrepentidos de la lucha armada o terrorismo: aunque la justicia del Estado trate estos conflictos como delitos comunes o comunes agravados (con leyes especiales sobre el terrorismo), los hechos remiten a márgenes de negociación más propios de una guerra entre fuerzas militares (de ahí la indignación de muchas víctimas del terrorismo) que atienden a los cambios de bando, valorando la regeneración de los reos en este sentido (por pasarse de la facción armada al Estado). Cuando este trasvase se lee como una conversión sincera y decisiva a favor del orden social que defiende el Estado, entonces la negociación entra en la racionalidad del perdón y la reconciliación, cosa que puede ser del agrado también de las víctimas. Más adelante hablaremos de esta cuestión a propósito de la justicia restaurativa o reparadora.

sabiendas. Sciascia aprovecha la validez de esta crítica —que no se hace en «una época» contra «otra época», sino desde un principio que se da en todas las épocas (calificar jurídicamente a partir de verdades fácticas, lo que serían hechos probados)— y apunta a que lo que sí ocurre es que, en determinadas épocas, por cómo se impone el poder, es más fácil que se produzcan imposturas y prevaricaciones. Entonces, una de estas épocas puede utilizarse para signficar su prevalencia. Es así como puede hablarse de la época absolutista moderna o del fascismo como paradigmática de ciertos abusos y corrupciones. En palabras de Sciascia:

... il passato, il suo errore, il suo male, non è mai passato: e dobbiamo continuamente viverlo e giudicarlo nel presente, se vogliamo essere davvero storicisti. Il passato che non c'è più —l'istituto della tortura abolito, il fascismo come passeggera febbre di vaccinazione— s'appartiene a uno storicismo di profonda malafede se non di profonda stupidità. La tortura c'è ancora. E il fascismo c'è sempre.

Dicho de otra manera: se continúa torturando, persiguiendo y manipulando a inocentes porque la administración de justicia sigue desafiando la verdad. Más o menos; y también con mayor o menor disimulo. La crítica no es de un presente superior contra un pasado inferior en ética y Derecho. Al contrario: se ejerce la crítica de una corrupción de la justicia en el pasado, precisamente, porque también se atisba en el presente, puede que con menor gravedad o solo en apariencia. Vitaliano Brancati destacó la restauración de la censura, incluso con los mismos censores, en la Italia de la democracia cristiana procedente de la Italia fascista.⁵⁷⁷

Sciascia destaca también que la revelación más importante de la crítica de Manzoni es que todos los reos, todos, eran inocentes. Que solo la reincidencia torturadora y el engaño de la impunidad hizo a bastantes de ellos reos de un homicidio de masas. Que esta conclusión no es de un moralismo fuera de contexto, sino de una crítica ética que en Manzoni supera una supuesta docilidad al orden social por su condición de católico.⁵⁷⁸

⁵⁷⁷ Lo hizo con profusión de datos empíricos y con su propia experiencia como autor: *Ritorno alla censura*, *op. cit.* Más adelante trataremos este asunto.

⁵⁷⁸ La cuestión tiene cierto paralelismo con la crítica ética de Bernanos a la hipocresía del catolicismo hegemónico francés, al que pone contra las cuerdas por su inconsecuencia ética y doblez según los mismos principios cristianos del catolicismo. Uno de los puntos sobresalientes de su obra concierne la experiencia católica de la guerra civil española en la que el cristiano y católico Bernanos considera la idea de «Cruzada» como una blasfemia y prevé

Si en una época la tortura pudo servir para construir una impostura criminal (¿una de tantas o de tantas pocas?) en un juzgado, en un Gobierno y en una ciudad, y hacer desaparecer la verdad conmemorando incluso su derrota, en otra época las imposturas pueden descartar la verdad por su fastidio y por el deseo de presentar otra más útil al interés del poder (siempre con alguna coartada de verosimilitud unida a ese interés). Sciascia también dedicó uno de sus relatos a ese tema.⁵⁷⁹ Enno Amodio⁵⁸⁰ lo destaca por dos cuestiones: una (a la que ya hemos hecho referencia), la negación autoritaria del error judicial, y otra, la del inconveniente de la verdad hallada por la policía y la conveniencia de sustituirla por una verosimilitud política que sirva al poder.⁵⁸¹ Este no quiere enfrentarse a los hechos que va probando el inspector de policía: que el autor de los homicidios de varios jueces es el reo a quienes ellos condenaron por error. El poder no quiere admitir de ningún modo ese error y quiere aprovechar el cargo o función estatal de las víctimas, unos jueces, para atribuir los crímenes a la influencia de la «izquierda». Amodio remarca cómo se criminaliza la protesta política, a la vez que se oculta la *devastación del sistema judicial* por la actitud altiva y fanática de unos poderosos jueces.

Resulta comprensible que, ante los vicios y abusos del derecho cometidos por la conjunción del Antiguo Régimen (entendiéndolo siempre con base en el régimen señorial) con los elementos del sistema vindicatorio, se dieran cambios a favor de la igualdad ante la ley, la proporcionalidad de las penas y la salvaguarda de los conflictos civiles. Ello dio lugar a una separación más tajante entre el ámbito penal y el civil (que se consolidaría con los nuevos códigos decimonónicos). Simultáneamente, se dio un nuevo esfuerzo legislativo, que se apuntaló como poder frente a los procedentes de diversas jurisdicciones (reducidas y disciplinadas como poder judicial

el olvido consecuente al desprecio por *las evidencias morales*, el olvido para *poner paz en los cementerios*, cuestión candente en España, entre leyes de *Memoria histórica*, *Memoria democrática* y la expectativa de su derogación: Georges Bernanos, *Les grands cimetières sous la lune*, París: Points (2014 [1936-37]); cf. especialmente: pp. 156-57, 198-201, 209-210.

579 Leonardo Sciascia, *Il contesto. Una parodia*, Milán: Adelphi (2006)

580 «L'ispettore Rogas e l'apologo sull'errore giudiziario» en *La Sconfitta della ragione*, op. cit., p. 66

581 Antes, Pirandello ya había señalado el conformismo (convencionalismo) de la verosimilitud frente al revulsivo, absurdo o disidencia de la verdad. Cf. Luigi Pirandello *Sei personaggi in cerca d'autore* Milán: Feltrinelli (2018 [1921]).

único para el Estado)⁵⁸² y frente a los Gobiernos públicos y privados (distinguiéndolos y reservando el poder gubernativo a lo público). Todo esto ya se reivindica con Montesquieu y Beccaria, entre otros autores ilustrados que refieren, por lo menos parcialmente, la misma problemática. Así se abre el camino hacia un régimen de mayor separación de poderes y de mayor democratización de la legislación y del poder ejecutivo. Todo, según periodos distintos para cada país, con fluctuaciones o altibajos, a lo largo de los siglos XIX y XX, con algunas «crisis» nunca resueltas, ni en el siglo XXI.

Con los abusos del despotismo absolutista, el sistema vindicatorio, al irle asociado históricamente, queda completamente desprestigiado. Tanto que, cuando el sistema penal resulta cada vez más criticado por sus límites y contradicciones, ya no hay recuerdo de lo que realmente era el vindicatorio. Incluso la nueva justicia restaurativa o reparadora lo ignora. Solamente allí donde existe la presencia de grupos indígenas con algunos elementos de dicho sistema (reconocidos como de «justicia comunitaria») lleva a reconocer paralelismos o recreaciones del sistema vindicatorio en la justicia restaurativa. Tiene, pues, mucho sentido que se reivindique el sistema vindicatorio como precedente de la nueva justicia restaurativa que trata de regenerar o superar algunos límites de la penal. Recordemos que el principio más importante, prelativo, en el sistema vindicatorio es la universalidad de la reparación, la búsqueda y atribución de responsabilidad por todos los medios, para que ninguna persona reconocida como víctima quede sin reparación. La «contrapartida» que hace menos aceptable el sistema vindicatorio para la cultura jurídica contemporánea es la venganza autorizada, pero ya hemos ponderado esta cuestión, valiéndonos sobre todo del análisis de Paliero. Y más adelante estableceremos la realidad de un pluralismo jurídico en nuestra propia sociedad, al tener en cuenta toda la cultura jurídica, incluyendo el derecho vivido o subjetivo, y a todas las normativas de carácter jural.

582 Cf. los comentarios de Louis Assier-Andrieu al «Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil» de Portalis en Louis Assier-Andrieu, *Le Droit dans les sociétés humaines*, op. cit.

21. LA RAÍZ VINDICATORIA (COMPOSICIONAL) DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA LLAMADA A UNA RESPONSABILIDAD UNIVERSAL

Si, tal como hemos visto, el sistema penal no puede desprenderse de la venganza, más patente en los resultados que produce la pena, también el mismo sistema deja asomar la composición en su apéndice de responsabilidad civil.⁵⁸³

En algunas ocasiones —no sin arduos empeños— se ha llegado a imponer una ética vindicatoria en los propios juicios y decisiones judiciales de nuestro ordenamiento jurídico; y se ha alcanzado una satisfacción composicional sin un claro recorrido penal. Como ejemplo, lo podemos apreciar en el caso italiano de las muertes de Ustica, donde, después de un periodo de cuarenta años, ha prevalecido el imperativo composicional, la congrua reparación a las víctimas, a pesar de la enorme dificultad para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de los autores con sus respectivas responsabilidades.⁵⁸⁴ Este sería un caso claro en el que el sustrato vindicatorio aparece con su prelación composicional, a favor de la universalidad de la responsabilidad. Solamente en los auténticos actos de conciliación y en las derivaciones que tolera o encauza el mismo Derecho penal, dirigiendo las partes hacia encuentros restaurativos o reparativos, se da algo análogo a las prelações de la justicia según los antiguos ordenamientos vindicatorios.

El 27 de junio de 1980, un avión de la compañía Itavia que debía aterrizar en Palermo cayó al mar, a unos cien kilómetros al norte de la isla

583 Reiteramos el valor de completitud filosófica sobre la composición en la obra de Riccardo Mazzola, *Componere, op. cit.*

584 Es decir, con más incertidumbre y «hechos no probados» que en la mayoría de los atentados terroristas.

de Ustica.⁵⁸⁵ En principio, toda la culpa y responsabilidad recayó sobre Itavia, la empresa a la que se atribuía un deficiente mantenimiento del aparato. Pronto, la empresa se arruinó al perder todas sus concesiones. Sin embargo, su presidente se defendía señalando un misil como la causa de la caída del aparato. Ello le valió, antes de que finalizara un año desde la tragedia, una imputación judicial por sostener esa idea, la cual significaba el derribo de un avión comercial por parte del ejército en tiempo de paz. Dos días después de dicha imputación, el Estado mayor de la aeronáutica desmentía toda sospecha de ataque o de explosión, tanto interior como exterior, que pudiera haber hecho caer el aparato.

Sin embargo, desde entonces se abrió un proceso de procesos que, cuarenta años después, todavía no puede darse por terminado, puesto que no se ha llegado a conocer lo que sería la verdad judicial, a pesar de que judicialmente se han dictado y ejecutado diversas responsabilidades civiles. Esto es lo que significa el afloramiento vindicatorio: la realización de la responsabilidad a pesar del fracaso de la imputación. Para conseguir esta finalidad, han hecho falta varias iniciativas políticas y sociales, y muchas acciones de oficio: una comisión ministerial (que concluye a favor de la hipótesis de una deflagración producida por un artefacto) dos comisiones periciales (que no concluyen sus informes con total unanimidad, aunque prevalece la tesis del misil) el Comité por la Verdad sobre Ustica (con diputados, senadores, exmagistrados y un sociólogo, Franco Ferrarotti) la Asociación de Familiares de las Víctimas del Estrago de Ustica y también un filme-denuncia de Marco Risi sobre la dificultad para hallar la verdad de lo acaecido. En 1989 se imputa a 23 oficiales y aviadores que estaban de servicio en estaciones de radar del Ministerio de la Defensa cuando ocurrió la catástrofe, por falso testimonio y trato de favor. En 1992, otros trece altos oficiales de la aeronáutica con la acusación de haber obstruido —despistado— las indagaciones judiciales. Habrían incurrido en un atentado contra la acción del Gobierno con la agravante de alta traición y falsos testimonios. Un juez señalará, además, la desaparición de documentos relevantes y doce muertes sospechosas, en las que se incluían el «suicidio» del piloto que podría haber lanzado el misil y el de un destacado militar que iba a testificar. En 1999 la OTAN accede a colaborar con un peritaje

585 Para la sucesión de los hechos que a continuación refiero, he utilizado el seguimiento del archivo histórico del *Corriere della Sera*. Compendio «La strage di Ustica, 40 anni fa: la battaglia nei cieli e le bugie di Stato», de Andrea Purgatori (s. f.).

sobre las verificaciones de los radares y se concluye que el avión de Itavia había sido alcanzado por un misil que en principio tenía que dirigirse a otro objetivo. El secreto de la operación militar (supuestamente para derribar un avión libio o en el que viajaba el presidente de Libia) explicaría toda la obstrucción y acciones para despistar que habrían llevado a cabo los militares como cumplimiento de su deber jurado. A esta obligación castrense, y al interés del Estado sobre la operación secreta de los países de la OTAN, habrían contribuido todas las autoridades involucradas, actuando con *omertà* o con intención de desorientar la investigación. Desde entonces, el procesamiento judicial tuvo que centrarse en el obstruccionismo a la justicia, no pudo hacerlo —precisamente por el éxito de dicho obstruccionismo— sobre la autoría del estrago. Es así como la responsabilidad se fue atribuyendo al Estado, que de hecho entró en el conflicto con su razón de Estado para justificar lo que el juez consideraba ya un acto de guerra, pero este proceso terminó entre una absolución y la prescripción de los delitos (2004-2005). En el 2006 se creó el Museo de la Memoria de Ustica, en Bolonia. En el 2007 (en firme en 2010 y en 2011, ante distintas apelaciones) el Tribunal de Palermo confirió una indemnización a algunos de los parientes de las víctimas, por la responsabilidad civil resultante de la condena contra los ministerios de Transporte y de Defensa, por no haber garantizado la seguridad de aquel vuelo y haber ocultado la verdad con pistas falsas y destruyendo documentos. Dichos ministerios fueron condenados a abonar cien millones de euros a los familiares de las víctimas. Un nuevo recurso hizo que hasta noviembre del 2012 no se confirmara la validez de dicha sentencia y se procediera a su ejecución. Asimismo, hasta abril del 2020 no se hizo efectiva la indemnización (330 millones de euros) a los herederos de la compañía Itavia por los daños causados con la revocación de sus concesiones. En el año 2015, el Tribunal de Palermo condenó a los susodichos ministerios a una nueva indemnización (12 millones a 31 familiares). Las sentencias de Palermo no daban con la autoría del estrago, se limitaban a señalar la «elevada probabilidad» de haber intervenido un misil o bien la «casi colisión» con otro avión.

Lo que queremos destacar es que, en este largo proceso, que engloba varias instrucciones y procesos —junto con otras iniciativas sociales para mantener el interés sobre la cuestión—, después de cuarenta años, acaba por prevalecer la voluntad de reparar, bajo la figura jurídica de la responsabilidad civil, aun cuando no se han podido determinar los autores culpables de la catástrofe. El conjunto del proceso revela una acción de

justicia sin esclarecimiento de la verdad, ni judicial ni histórica. Se impone la reparación, aunque no se pueda atribuir la autoría, solo cierta responsabilidad al «Estado». La responsabilidad viene atribuida anónimamente a dos instituciones estatales, las cuales se defienden con todos los recursos posibles, para acabar cediendo al alto mandato judicial. La cuestión no reside únicamente en que la autoría se halle próxima a esos ministerios o dentro de ellos, sino en que el Estado, ante algo que puede indemnizar por justa vindicación, es compelido a hacerlo. Del mismo modo que podría indemnizar a víctimas de un acto terrorista que le puede ser no solo ajeno, sino totalmente enemigo. Se trata de vindicar la aflicción de unas personas y que la sociedad, a través del Estado, pueda socorrerlas. Algo que solamente el concepto de una *responsabilidad pública* puede resolver y cuya legitimidad se remonta a un valor vindicatorio que aún recogen los códigos civiles (el italiano en su artículo 2043): la obligación de reparar los daños injustos.⁵⁸⁶ Obligación que, como tal, solo puede calibrarla y ordenarla un tribunal. Ciertamente, en el caso de Ustica la autoría culpable y responsable se hallan muy cercanas a la responsabilidad civil solicitada como responsabilidad pública, pero en un sistema jurídico civil y penal en el que la autoría individual es preceptiva, llama la atención la posibilidad de ejercer la responsabilidad sin pasar por una autoría, ni colectiva ni individualizada. Esto es lo que invoca otro fundamento, que no puede ser sino el vindicatorio: el principio universal de la reparación cuando hay víctimas. Se trata de buscar una atribución razonable de responsabilidad, aunque no sea verdadera causalmente.⁵⁸⁷ Lo público como bien común y el Estado como concreción que reconoce y desarrolla su poder para preservar dicho bien se imponen sobre la conducta legal y ejecutiva del Estado en su ficción de persona privada.⁵⁸⁸

586 El concepto de *daño injusto*, por oposición a daños causados en estado de necesidad o por legítima defensa, lo encontramos ya en códigos vindicatorios como en los de la antigua Grecia (Cf. su proceso de *Blábes dike*: Paul Vinogradoff, *The Jurisprudence of the Greek City (Outlines of Historical Jurisprudence, op. cit.*

587 Cf. Max Gluckman (ed.), *The allocation of responsibility, op. cit.*

588 Temática suscitada críticamente por Thurman Arnold, *The Folklore of Capitalism, op. cit.*

22. LA RESPONSABILIDAD, LAS ÉLITES Y LAS MASAS

Ya hemos mencionado que Iris Marion Young⁵⁸⁹ ha desarrollado una teoría de la responsabilidad universal. Esta viene a ser en gran parte una reformulación de la responsabilidad ante la injusticia social en sociedades estructuradas según la desigualdad y la explotación, en el sentido marxista y de aprovechamiento de desventajas, ignorancias y necesidades de unos por otros. En estas condiciones, la relación que cada persona tiene con la estructura o sistema social general, según Young, es de una responsabilidad que apenas suele ser percibida y representada. No lo es, sobre todo, por su distancia con la culpa (según la normativa penal), pero, por lo menos éticamente, Young discurre que la responsabilidad viene antes que la libertad. La responsabilidad —que supone un estado de relaciones sociales— se presenta como la primera figura de la conciencia, antes que se plantee la acción que requiere la libertad, o más concretamente la liberación de lo que aflige a la conciencia. Así, el planteamiento coincide con la ética existencialista,⁵⁹⁰ por lo menos en la medida en que el despertar de la conciencia percibe un estado de relaciones sociales, un impulso para actuar frente a estas y el mínimo de libertad para poder hacerlo. El compromiso o chantaje que sufre la misma existencia humana con el estado de esas relaciones hará que en términos realistas la iniciativa ética resulte a menudo ambigua, puesto que no puede o no sabe cómo afrontar ese estado de cosas con libertad. De este modo, entre otras limitaciones, se verá tratando a los demás como sujetos, pero también como objetos, por más que no lo pretenda, y verá también su conciencia chantajeada por afectos, valores o intereses a los que no puede o no quiere renunciar. De aquí que su existencia discurra por una moral un tanto ambigua que no puede trascender. Esta es la tesis existencialista, reacia a las éticas metafísicas con

589 *Responsabilidad por la justicia*, op. cit.

590 Cf. Simone de Beauvoir *Pour une morale de l'ambiguïté*, París: Gallimard (1947).

valores unívocos trascendentales y a las racionalizaciones idealistas de la propia existencia y de la de los demás.

Esencialmente, Young trata de desarrollar algo más la idea de *complicidad* de Christopher Kutz, procedente de un ejemplo: la responsabilidad por el bombardeo masivo de la ciudad de Dresde durante la Segunda Guerra Mundial. Young la quiere trasladar a todo lo concerniente con la producción y mantenimiento de la injusticia social, pero incluyendo una conciencia de obligación por haber adquirido responsabilidad. Parte del ejemplo del bombardeo de Dresde como una actividad en la que participaron miles de personas, desde su proyecto y programación hasta su ejecución. Considera que, ciertamente, la acción se corresponde con los roles y desempeños de muchas personas con distinta relevancia y eficacia en todo su desarrollo. Esto también significó distintas iniciativas de limitación y de exceso en los bombardeos. Para Kutz, todos los que de un modo u otro cooperaron o colaboraron con la «misión» del bombardeo deben ser considerados cómplices de un acto injusto. Todos tenían una *intención participativa*. La teoría de la complicidad extendida de Kutz abarca también los casos de *daños colectivos desestructurados*: cuando hay participantes que ni mandan, ni coordinan ni buscan los resultados. Para Young, estos equivalen a *injusticias estructurales*: causadas por participar de un sistema o estructura que uno ni ha diseñado ni lo siente suyo de ningún modo, pero que en el que normalmente se ve «obligado» a participar. Así es como se concurre en un sistema que contamina el mundo o que hace aún más vulnerables a los explotados y marginados, privándoles de recursos vitales. Este recorrido ético-normativo alcanzaría un terreno jurídico —siempre referido a la individualización de sujetos activos y pasivos de los delitos, a autores y víctimas— entre varias cualificaciones penales que ya de por sí ofrecen muchas dudas: situación de culposa inercia, culpa levisísima o inconsciente, culposidad negligente, participación de extraños en delitos especiales, omisión no dolosa, negligencia por estrés sobrevenido y sin intención dolosa... Con todo, el objeto de Young es el «sistema» o «estructura» con el que interactúa cada individuo: no se trata, pues, de buscar la autoría y responsabilidad de daños y perjuicios sobre personas concretas, sino otro tipo de responsabilidad. No como una «obligación débil» o como la complicidad que atenúa la responsabilidad penal, sino como algo que Arendt apunta con su concepto de *responsabilidad política*. En palabras de Young:

En la medida en que participamos en el funcionamiento actual de una sociedad en que se produce la injusticia, se nos debería tener por responsables. Esto, sin embargo, no nos hace culpables ni merecedores de culpa ni nos obliga directamente a resarcir del daño a las víctimas.⁵⁹¹

Para Young, en la *injusticia estructural* la responsabilidad debe concebirse como compuesta de dos partes, una es la responsabilidad que no queda excluida, la de ser culpable de alguno de los hechos que constituyen la *injusticia estructural*; y la otra, la que por el solo hecho de *habitar en esas estructuras* de injusticia estructural hay que sentir la responsabilidad de las injusticias causadas por dichas estructuras, aunque nadie sea *específicamente culpable del daño en sentido legal*. Esta responsabilidad deriva de la participación en los diversos procesos institucionales que provocan la injusticia estructural. La propuesta de Young parece ir en la dirección de la toma de conciencia de *la clase para sí* y adquirir la solidaridad universal que propugnó el marxismo y que no surtió el efecto deseado. Es decir, descubrir la injusticia universal de una condición de opresión social y actuar consecuentemente en solidaridad y ayuda sin fronteras. En la práctica, estar atentos a las mil y una formas en que la *injusticia estructural* oprime a las personas y atender con responsabilidad moral, con la empatía del «hacerse cargo» de las situaciones de los demás, de lo que estos sufren y tratar de remediarlo. La propuesta resulta a la postre más vaga que la solidaridad de clase marxista y sin un análisis claro de en qué consiste la *injusticia estructural*. Parece dejarse en parte a las teorías marxistas de desposesión, alienación y explotación, y en parte a las de reforma del mercado capitalista ante los derechos humanos y devastación del medio.

Por otro lado, esta visión de Young, aunque muy enfática con la solidaridad social y la moral altruista, descuida su significado en el proceso histórico que precisamente instaura la injusticia social como injusticia estructural. Porque forma parte de esta injusticia el derivar la responsabilidad de las élites a la masa. Si leemos *La Elite del Poder* de Wright Mills, publicada en 1956, ya nos percatamos de una configuración moral y material de las élites con larga duración histórica. Son unas élites privadas y públicas⁵⁹² que gobiernan la vida de los ciudadanos y son altamente res-

591 *Op. cit.*, p. 115.

592 Arnold Thurman ya destacó antes la importancia del gobierno privado, además del público, en la realidad de la vida de los ciudadanos norteamericanos, dando lugar a una ideología y mentalidad especiales: *The Folklore of Capitalism*, *op. cit.*

ponsables de lo que ocurre en su vida. Wright Mills las expone: familias poderosas, individuos muy ricos, celebridades por distintas funciones en la sociedad, altos directivos, propietarios de inversiones y de activos, militares con capacidad decisoria sobre el curso de las guerras, militares influyentes sobre políticos, empresarios diversos y también, evidentemente, los gobernantes públicos.

Estas élites, según el modelo del libre consumidor en el mercado, tratan de trasladar parte de sus responsabilidades a la ciudadanía. Promueven una representación en la que la ciudadanía puede ser incluso más responsable que ellas en lo que controlan más directamente. En general, se trata de que la ciudadanía se congracie con las élites privadas y públicas —sin que estas apenas cedan en sus intereses— en una escenificación de responsabilidades compartidas. A este objetivo contribuyen varias representaciones simbólicas de comunidad y solidaridad entre élites y masas. No vamos a tratar aquí la cuestión compleja y camaleónica de las relaciones de clase, de élite y masa, de patronazgo y clientelismo, etc. Solamente queremos advertir de que el concepto moral y jurídico —jural— de *responsabilidad* recibe varias racionalizaciones en política, moral y derecho simbólicos. Así, la célebre frase presidencial americana del «no te preguntes qué puede hacer América por ti, sino qué puedes hacer tú por América» es una representación simbólica que corresponde en realidad a «no te preguntes qué puede hacer el Gobierno por ti, sino qué puedes hacer tú por el Gobierno». En los EE. UU. se ha propagado más la convicción de una participación democrática eficaz, a pesar de la hegemonía de una cultura política de liderazgos y élites con espíritu de superioridad, quizás por el mantenimiento de algunas leyes y costumbres de elección y participación democráticas —destacadas en su momento fundacional por Tocqueville—, pero absolutamente frenadas ante cualquier interés elitista, como nos recuerda Arnold, en nombre de una libertad que a duras penas es capaz de crear algo más que antisocialismo. En la Europa latina ha sido más fácil apreciar el poder de las élites y sus responsabilidades, pero la «cultura global» marcada por el individualismo de mercado hipercapitalista trata de convencer, a través de representaciones de gran poder simbólico, de que las responsabilidades van compartidas.

La mentalidad que defiende una democracia supuestamente igualitaria con un individualismo exacerbado, a pesar de su sometimiento a la dominación de unas élites, fue caracterizada por Thurman Arnold como

el *folklore* del capitalismo,⁵⁹³ asumiendo más bien el sentido peyorativo de *folklore* como superstición, costumbre irracional o fanatismo popularizado. En este *folklore*, la responsabilidad queda desplazada hacia «el público» y hacia «la gente», hacia cada ciudadano con sus recursos; se pretende así liberar a las élites de su propia responsabilidad, precisamente en un sentido próximo al de Kutz y Young: no solo por responsabilidad directa, sino también por complicidad y por falta de solidaridad o de atención a lo que puede perjudicar o dificultar la vida. En contrapartida, la responsabilidad civil privada adquiere una gran dimensión legal y judicial. Prueba de ello son las admirables indemnizaciones norteamericanas por daños y perjuicios entre particulares y desde lo público a favor de los valores patrimoniales privados, que son los que merecen más respeto moral y protección legal en el *folklore* capitalista expuesto por Thurman Arnold; pero en general el capitalismo exige una cultura de la irresponsabilidad en nombre del valor de su audacia inversora.

En la época de Arnold (años 1930) el *folklore* capitalista se manifestaba —y sigue manifestándose— con complejos razonamientos, supuestamente científicos, de economistas y juristas⁵⁹⁴ para atacar la responsabilidad pública y la organización estatal en la provisión de bienes y servicios, y defender el acaparamiento de dicha iniciativa por parte del sector privado. Esta idea se defendía con fanatismo y temor supersticioso: todo lo que podía poner al Estado al frente de una cuestión económica se atacaba esgrimiendo el miedo a perder el orden constitucional, el carácter americano y los principios de la civilización. Así, por *folklore* entendía Arnold lo que en el lenguaje ordinario —no en el de los folkloristas— podía entenderse como el repertorio de ideas básicas de Derecho y economía que defendían el capitalismo privado como una fe inasequible a la realidad vivida por la gente. Con el calificativo de *folklore*, Arnold pretendía poner al descubierto la esencia metafísica o irreal de dichos principios. Hacía ver

593 Expongo aquí algunos extractos de lo que desarrollé más en *Antropología jurídica de la Responsabilidad*, *op. cit.*

594 *The folklore of 1937 was expressed principally by the literature of law and economics... Of course, this literature was not called folklore. No one thought of sound principles of law or economics as a religion. They were considered as inescapable truths, as natural laws, as principles of justice, and as the only method of an ordered society. This is a characteristic of all vital folklore or religion* (Arnold, *op. cit.*, p. 46). Arnold cita a Polibio cuando dice que las convicciones religiosas romanas que otros pueblos juzgaban supersticiosas eran las que precisamente mantenían la cohesión del Estado romano.

que se manejaban del mismo modo con que en el folklore aparecían los motivos supersticiosos, fanáticos o fóbicos de las creencias mágicas, con sus amuletos, lugares encantados, apariciones, adivinaciones, fantasmas, demonios, ángeles... Es decir, no guardaban una relación empírica con la realidad material y con la solución práctica de los problemas sociales.⁵⁹⁵ A corto plazo, solo beneficiaban materialmente a una élite de poder y prometían la felicidad al resto en un futuro intangible.⁵⁹⁶

Al utilizar, pues, el concepto de *folklore* en un sentido un tanto peyorativo, Arnold se refería a los dogmas de la economía y el Derecho que influían de modo análogo a lo que el «hombre racional capitalista» vería en otras sociedades como supersticiones o fanatismos, hábitos o costumbres irracionales.⁵⁹⁷ Es decir, ideas e iniciativas que tenían un sentido metafísico en sí mismas, pero que implicaban el respeto, muy físico —de hecho, positivamente crematístico—, a los intereses inmediatos de la élite capitalista. Arnold lo comparaba con dogmas religiosos en el sentido de que eran creencias fanáticas inasequibles en la realidad vivida de las personas; pero, al igual que las creencias de muchas religiones, beneficiaban de un modo material e inmediato a una élite. Arnold no se preocupaba tanto por los intereses aliados con las ganancias capitalistas a corto plazo, que se

595 *Mystical attacks on practical measures achieved an astonishing degree of success...The operation of this legal and economic folklore which paralyzed organizations with the name «government» attached to them will make a fascinating study for the future historian. He will note a striking resemblance to the medieval myths which impeded medical knowledge for hundreds of years. He will observe men refusing benefits obviously to their practical advantage when tendered by the Government, because they violated current taboos* (Arnold, *ibid.*, p. 47).

596 *The effect of the peculiar folklore of 1937 was to encourage the type of organization known as industry or business and discourage the type known as government. Under the protection of this folklore the achievements of American business were remarkable... With respect to political government, however, our superstitions had the opposite effect. They were not a cohesive force, but a destructive and disintegrating one. The pioneer efforts of the Government were timid, indecisive, and ineffective* (*ibid.* p. 47). Lo mismo puede decirse de las tímidas políticas de contención de los abusos del capitalismo en la actualidad. En otra parte de su libro Arnold sostiene que para los americanos de su época existía la creencia común de que la democracia real era la autocracia empresarial (*ibid.*, p. 358)

597 De hecho, Arnold proponía el estudio de la sociedad según un método holístico de «Dinámica política»: *A science about society which treats its ideals, its literature, its principles of religion, law, economics, political systems, creeds, and mythologies as part of a single whole and not as separate subjects, each with its own independent universe of principles... It represents the easiest transition I can think of from the term «political economy» which described an individualistic era* (*ibid.*, p. 349).

escondían tras el folklore como por los firmes y desinteresados creyentes en las supersticiones de este folklore; es decir, en la psicología de élite y masa del capitalismo. En este sentido, Arnold advertía que existían muchos creyentes y practicantes del folklore capitalista que no tenían parte en sus beneficios más conspicuos. Es decir, que entre la parte interesada y la parte subyugada por las creencias folklóricas⁵⁹⁸ se afianzaba la cultura del individualismo agresivo del «hombre de negocios», frente al mundo de las responsabilidades sociales.⁵⁹⁹

Lo que venimos a decir es que la llamada a una coparticipación en la responsabilidad por parte de la población que menos controla lo que unas élites han causado y siguen causando no puede desligarse del afán de esas mismas élites para soslayar su responsabilidad. No puede separarse de toda una política privada y pública, con gran énfasis en lo simbólico, encaminada a sustraer de responsabilidad a las élites.⁶⁰⁰ Debemos inquiri-

598 Arnold mencionaba reacciones a «ultrajes», «violaciones de grandes principios», «catastrofes», «indignación y tristeza» toda vez que el gobierno amenazaba con intervenir en un negocio privado, por más aterrado y maltrecho que estuviera. Arnold aventura que *this sincere indignation and gloom had its roots not in selfishness nor in the pursuit of the profit of the moment, but in pure idealism* (ibid., p. 48).

599 En este sentido, Arnold sostiene que en realidad la lucha simbólica del neoliberalismo por la libertad la niega en la realidad con su dictadura de mercado, afianzando oligopolios o monopolios de todo tipo: *The use of the individualistic ideal to justify dictatorial business institutions is also one of the greatest obstacles to considering the real problems of freedom of the individual* (ibid., p. 347).

600 De un modo análogo, el individualismo autocrático se sustrae de su responsabilidad atribuyéndola a circunstancias y fatalidades que juzga ajenas: así lo caricaturiza Edoardo Albinati a partir de una cita: *En el incidente (o accidente) que me ha llevado a realizar un acto de extrema violencia y me ha hecho vivir la experiencia de la cárcel, la explosión de rabia me ha empujado a ejecutar un gesto insensato que ha conllevado la pérdida de una vida humana*. Albinati reconoce inmediatamente una provocadora perífrasis eufemística que le incita a preguntar: *¿Y eso? ¿Has matado a alguien?* Albinati remarca el efecto discursivo de estos eufemismos: el sujeto de las acciones, el responsable que influye en todas ellas, no es el reo sino el «hecho accidental». El reo queda retóricamente reducido al rol pasivo de un objeto de complemento. Albinati concluye que se trata de un discurso *desresponsabilizador*: *No he sido yo, parece querer decir, más bien las circunstancias, y la misma rabia viene presentada como una fuerza superior, irresistible, externa al individuo, que lo posee y lo guía hacia una decisión... Como la ira funesta de Aquiles al comienzo de la Ilíada...* (Edoardo Albinati, *Velo pietoso*, op. cit. El derecho penal apreciará en parte esa superación pasional de la conciencia en la atenuante de *arrebato y obcecación* y también tendrá en cuenta el grado de provocación en la comisión de la ofensa. Pero no llegará a responsabilizar solo a un «incidente» y a una «pasión», desresponsabilizando totalmente al reo de un homicidio.

rir sobre los porqués de esta nueva introyección de responsabilidad sobre las masas —por parte también de las ciencias sociales— después de una época muy crítica con las élites que delataba sus responsabilidades. Parece como si Kutz y Young cayeran en una trampa: sí, todos somos responsables, pero esto no significa —dadas las relaciones de poder también en lo simbólico— que la gran responsabilidad (junto con la *gran inmoralidad* en palabras de Wright Mills) no sea de las élites. Estas, de un modo masivo, sostenido y cínico, no han cesado en sus actividades depredadoras de todo recurso vital y humano para satisfacer una táctica hipercapitalista (Piketty): sacar más valor de mercado a cualquier precio; pero volvamos al bombardeo de Dresde para concluir esta argumentación con un contraste más empírico.

Con Kutz y Young, la responsabilidad se esparce por toda la población en nombre de la solidaridad y la justicia social. Bien. Eso ya lo planteó el existencialismo —Beauvoir y Sartre—⁶⁰¹ frente al compromiso político válido para todo el mundo, pero parece que se ha entrado en otra moda que debe olvidar a las anteriores y así aparecer más original. En cualquier caso, nos movemos entre una concepción del poder de las élites sobre las masas, incluyendo el poder practicado como acto reflejo dentro de «la masa» (que obedecería al concepto de *poder* de Foucault y de *control* de Deleuze), o en otra de un poder más compartido, aunque de manera desigual. Ahora bien, esta desigualdad en el poder (muy grande en determinados temas) se representa más igualada en cuanto a la responsabilidad: por poquísima complicidad o por mucha resignación ante el poder, se considera responsable al ciudadano. Nuestra hipótesis es que esta versión obedece más bien a una propaganda que construye la democracia simbólicamente, una democracia que trata de convencer del poder del pueblo mediante actos de poder simbólicos, con políticas de gran relieve simbólico y de poco o de ningún cambio social.

Vayamos a los bombardeos de Dresde. Precisamente se trata de un ejemplo histórico que recibió la consideración de Ronald Frankenberg en una investigación elaborada entre 1963 y 1967, y publicada en la recopilación de 1972, hecha por Max Gluckman,⁶⁰² sobre responsabilidad. Lo que

601 Es paradigmático el caso que plantea Sartre en *Existentialisme est un humanisme*, París: Gallimard (1996 [1946]); y los dilemas morales según Beauvoir en *Pour une morale de l'ambiguïté*, *op. cit.*

602Max Gluckman (ed.), *The allocation...*, *op. cit.*

quiero destacar de esta aportación es que a Frankenberg⁶⁰³ no se le ocurrió de ningún modo presentar la responsabilidad de aquellos bombardeos como algo extendido a gran parte de la población —como hizo Kutz—, sino que observó el modo preciso de generarla y de sacudírsela por parte de una élite. Cómo la responsabilidad surgió en *petit comité* y cómo en *petit comité* también la élite trató de deshacerse de ella. Así pues, la historia de esa idea política de responsabilidad tiene dos momentos diversos: un primer momento en que se tiene empíricamente muy claro que la responsabilidad es de un grupo que decide, porque tiene un determinado poder que otros no tienen. Este grupo es el responsable de todo lo que decide. Entonces solo tiene la posibilidad de que, como grupo, trate de transferir dicha responsabilidad a otro grupo, pero dejando un rastro objetivo y empíricamente verificable. En cambio, en otra época posterior se da una representación de la responsabilidad más difusa y compartida —en cierto sentido, más democratizada— que, vista desde el análisis anterior, aparece como aquella transferida, pero resulta menos objetivable. Queda difuminada entre el grupo (élite) autor del hecho que crea la responsabilidad y la población partícipe de esta a través, más bien, de cargas simbólicas de culpabilidad (a modo de pecado original) que de participaciones eficientes, aunque mínimas. Otra cosa muy distinta es la que se da cuando la responsabilidad por la agresión de una élite sobre otra o sobre una entera población recibe la adhesión de una masa que simpatiza con dicha agresión (como en la persecución y exterminio de judíos).

Frankenberg considera que la atribución de responsabilidad implica unos procesos, unas formas sociales que son independientes de su contenido. Fijarse en esos procesos significa exponer los actores que sustentan la responsabilidad y cómo la manejan (en este caso hasta sus desplazamientos). Es decir, todo lo contrario de partir de un estado de cosas con una responsabilidad compartida por toda una sociedad, todo un país, todo el mundo; o casi. El análisis de la forma general de construcción y atribución de responsabilidad revela que no se trata de un proceso únicamente jurídico o ético, sino extendido a todos los ámbitos —más o menos relevantes para el orden social, desde un Gobierno hasta un club deportivo— que asignan tareas, esperan resultados y «piden cuentas». Frankenberg trata la

603 El título alude directamente a la transferencia de responsabilidad en el sentido coloquial de «cargar la culpa a otro»: *passing the buck*. Ronald J. Frankenberg, «Taking the blame and passing the buck, or, The carpet of Agamemnon» en Gluckman, *The allocation... op. cit.*

cuestión de la estrategia en la ofensiva aérea aliada contra Alemania durante la Segunda Guerra Mundial como una tragedia clásica. Se desarrolla en múltiples niveles, con grandiosas consecuencias causadas por decisiones tomadas de forma trivial y con grandes decisiones que operan solo a niveles de importancia superficial. Este proceder se manifiesta, insiste Frankenberg, tanto en ámbitos sociales de mucha relevancia como en otros de menor importancia para el Estado o para las relaciones internacionales; y en este caso para el curso de la guerra. No se encuentra una cultura supuestamente «superior» para la discusión de intereses muy importantes para los Estados. Cuando los intereses están en juego, los argumentos y contraargumentos toman las formas más vulgares y socorridas de cualquier disputa en cualquier ámbito social. La confrontación que cuenta únicamente con los intereses propios de cada parte no es capaz de elevar formalmente el argumentario de la disputa. No ocurre al proceder con una formalización —como la de un Derecho procesal— que impone una determinada subordinación retórica, formal y jerarquizada en todas las intervenciones.

En estas circunstancias, Frankenberg descubre que pueden pasarse por alto los procesos propios de estas interacciones discursivas y creer que de lo que se trata es de la influencia de unas personalidades más potentes sobre otras, pero no es así. Se trata de unos fenómenos sociológicos que transcurren tanto en las discusiones de comités deportivos como en las de ejecutivos político-militares. Los resultados desastrosos —valga la redundancia— de las guerras se deben a estas formas chocarreras de defenderse, atacar, vengar, represaliar, escarmentar, etc. Por eso, reiteradamente, las ofensivas bélicas tienen tantos puntos de contacto entre sus ideaciones y sus resultados; y la banalidad no trasciende en la crueldad y estupidez de los asesinatos masivos. Ni la «guerra justa» ha sido capaz de generar una forma bélico-procesal que trascienda, como trata de hacerlo el Derecho procesal, la toma de decisiones por meros cálculos de fuerza e interés, según oportunidades y apuestas. Casi no hay principios indisponibles para las guerras. En una de tantas de los últimos años, aún no se tiene claro si prevalecerá la indisponibilidad nuclear. La cual parece que sigue prevaleciendo más por cálculo que por principio.

Siguiendo a Frankenberg,⁶⁰⁴ para comprender la controversia de 1942 sobre el futuro del bombardeo estratégico hay que partir de un elemen-

604 Que utiliza varias fuentes sobre esta cuestión, convenientemente citadas en su artículo.

to *metaestratégico*: si la guerra desde el aire debía considerarse como una estrategia *sui generis*, específica de la fuerza aérea, o si, en su cometido, debía primar el apoyo a las fuerzas navales y al ejército de tierra. Aquí, por cálculo de intereses —como si de grupos con intereses sociales diversos se tratara— venía la primera disputa que apuntaba hacia un nuevo cálculo favorable a los intereses de la fuerza aérea: obtener un resultado decisivo (o espectacular, como si fuera decisivo) para ganar la guerra, minimizando el riesgo de pérdida de aparatos y pilotos. Sin embargo, ello no resultaría del agrado de las fuerzas terrestres y marítimas, que temían verse más desprotegidas en sus acciones. Esta disyuntiva debía encararse con el estado de la guerra en 1942: evacuación en Europa frente al avance alemán, disolución progresiva del Imperio británico ante el avance japonés y fracaso del *Blitzkrieg* alemán en el frente ruso. En estas circunstancias, Churchill parecía adherirse al interés de la RAF (Royal Air Force): *Hacer añicos Alemania bombardeándola*; pero la estrategia del bombardeo tenía un margen estrecho de maniobra: estaban los objetivos que se podían bombardear y los que se querían bombardear. Los bombardeos nocturnos, que esquivaban mejor la respuesta antiaérea, fracasaban en su precisión. En febrero de 1942 se redactó una nueva directiva sobre bombardeos que suponía una nueva distribución de responsabilidades de la que pronto hablaremos. En esta directiva se establecía que el objeto principal del bombardeo era el de minar la moral de la población civil del enemigo; y especialmente la de los trabajadores industriales. Este punto lo había subrayado el jefe del Ejército del Aire, especificó que los nuevos objetivos eran las zonas urbanas, no los muelles de los puertos o las fábricas de aviones.

Los jefes de las fuerzas navales no estaban de acuerdo con esa nueva directiva. Al contrario, solicitaban más refuerzos para bombardear tácticamente los frentes abiertos. Sostenían que esto debía hacerse independientemente de lo que pudiera significar para la RAF la estrategia aérea contra Alemania. En cambio, el mando de la RAF quería reducir al mínimo su apoyo a las fuerzas navales. La cuestión radicaba en que habían visto una ofensiva de mayor éxito destructivo y menor riesgo de pérdidas en esos bombardeos en zonas urbanas, mientras que los ataques contra naves de superficie y sumergibles representaban menos éxito y más riesgo. No obstante, para que prevaleciera la solución del bombardeo masivo sobre zonas urbanas había que sentar bien el valor de la derrota infligida al enemigo sembrando la muerte y la destrucción de la población civil, especialmente de la población trabajadora. Para ello, debía defenderse de un

modo objetivo dicha opción y atribuir su responsabilidad a quienes sustentaran de modo directo dicha objetividad. Es así como los mandos militares y políticos encontraron en la ciencia el foco para revestir de mayor objetividad el plan de la RAF. Un científico, que era amigo de Churchill, defendió la propuesta, la cual tuvo, naturalmente, sus detractores, que disintían de este giro estratégico. La fuerza del representante de la ciencia venía aliada con un espíritu de venganza que le desautorizaba como científico y militar frente a las posiciones de otros militares que parecían más *sensatas*, pero le hacía *popular* en una concepción de la guerra como enfrentamiento entre pueblos.

Lo que destaca Frankenberg en cuanto a la atribución de responsabilidad es que la presencia del científico no vino suscitada realmente por una cuestión de mayor pericia, sino por su condición de extraño a la contienda: para tomar la decisión y esquivar la responsabilidad sobre esta. En ello también jugó un papel importante, sin duda, la coincidencia entre la opinión del científico, los intereses de la RAF y la representación *popular* del enemigo en la opinión pública (en la propaganda de los periódicos). Así, varios agentes entraban en la responsabilidad para decidir los bombardeos sobre la población civil alemana, se desplazaba la responsabilidad de unos a otros, pero en el poder para tomar la decisión subsistía *su* responsabilidad, por más desplazamientos que hubiera.

Para Frankenberg, el punto decisivo en esa traslación de responsabilidad —y que sucede en muchos otros ámbitos— es la elección de un extraño (o extraños) a la contienda y su encaje con el interés que políticamente toma hegemonía. Frankenberg lo muestra también con los avatares de un club de fútbol galés. El científico aparece como el *extraño* a la disputa entre militares, entre la RAF y la RN (Royal Navy), pero útil para su resolución, no solo porque su propuesta agradara al primer ministro, a la RAF y a buena parte del Gobierno, sino porque también cargaba con su responsabilidad. Frankenberg caracteriza el punto crucial de este proceso: en estas situaciones, con un conflicto patente entre dos posicionamientos opuestos,

se da el uso de científicos «extranjeros» y de mitos matemáticos para expresar opiniones y legitimar decisiones, que de hecho vienen tomadas según el

poder político relativo del Ministerio del Aire y del Almirantazgo, y según el curso de los acontecimientos [de la guerra].⁶⁰⁵

De hecho, la decisión ya estaba tomada por el poder político, que solo buscaba una legitimación «externa» a lo que convenía en gran parte como propaganda de guerra: un gran golpe ofensivo después de una afrentosa retirada, aunque el objetivo de destrucción urbana y masacre de civiles (que el reich alemán también decidiría sobre varias ciudades británicas) no fuera de gran eficacia contra los dispositivos militares que mantenían su capacidad ofensiva. El caso es que, mientras todavía se discutía sobre la conveniencia de tales bombardeos, de modo muy deliberado se ordenó el primer *raid* de más de mil aparatos para bombardear Colonia; hubo unos 20 000 muertos y siguieron aún otros mientras se estaba aún discutiendo la mejor estrategia de ataque para la RAF. A Frankenberg le resultaba claro que, según los datos historiográficos de estos acontecimientos, *los científicos acuden manipulados por los acontecimientos y por las instituciones, mucho más de lo que ellos las influyen*. Siguiendo con los datos historiográficos, Frankenberg deduce fácilmente que la decisión se había tomado y además de forma sostenida: seguirían esos bombardeos a gran escala a pesar de que la discusión continuaba con pros y contras. Para el ministro del Aire y para el jefe mayor de la RAF se trataba de una motivación *simple, clara y convincente*: la del científico a favor del bombardeo «popular», un físico que se declaraba experto para valorar el estado de la «moral civil» de la población alemana. Aunque para otro científico —un químico que, entre otras contribuciones, desarrolló el sistema de radar y que tuvo más acierto en evaluar el progreso de la ciencia alemana y en dotar a la inglesa de mayor eficacia experimental y aplicada— esos bombardeos producían evidentes daños masivos a la población, eran sin duda *catastróficos*, pero no *decisivos* para alterar el curso de la guerra. Decía que la RAF no tenía los medios para que se infligiera un daño sistemático tal que obligara a la rendición alemana. Que mientras se optara por esos bombardeos singulares se podía perder la guerra por la disminución de la capacidad defensiva en otros frentes, especialmente en el naval.

Las opiniones pretendían basarse en cálculos numéricos imposibles. En realidad, se trataba de un enfrentamiento entre intereses secundados por cálculos intuitivos que coincidían o no con las políticas que iba deci-

605 Ronald Frankenberg, *op. cit.*, p. 266.

diendo el Gobierno. Así, mientras que, por un lado, no solamente la decisión, sino también el debate sobre cómo bombardear al enemigo podían atribuirse al enfrentamiento entre científicos (que, aunque fueran expertos en colaborar con los ejércitos, no formaban parte de estos), por otro lado, se iba imponiendo una línea de pensamiento político decisiva que se congraciaba con una intuición (y sentimiento) popular: que *la política de dejar sin casa a la población trabajadora alemana* (obviando la necesaria mortandad de la población al ser bombardeada) *con el objetivo de bajar su moral y su voluntad de lucha se tuvo por uno de los mayores esfuerzos de guerra británicos*.⁶⁰⁶ Así, una especie de desahucio bélico se entendía perfectamente como una violencia que necesariamente desmoralizaba a los trabajadores residentes.

El rol de los científicos estaba dividido en dos apariencias: la que les dotaba de mayor independencia y credibilidad, vinculada a sus contribuciones a la tecnología militar, y la que resultaba más controvertida, cuando daban opiniones no estrictamente tecnológicas sobre la guerra. Estas adquirirían más o menos predicamento según el poder político con que se alineaban o que las secundaba.

Otro extraño al cuerpo militar fue llamado para el debate. Un juez que elaboró un informe en el que concluía que la controversia no podía resolverse con más estudios y cálculos de probabilidad estadística, sino verificando resultados en el campo de la acción. Lo cual significaba un añadido más para la continuidad de la decisión político-militar que ya se había tomado y que perseveraba. La simple exhibición de cada destrucción masiva singular efectuada por los bombarderos era suficiente para levantar la moral británica frente al supuesto bajón que sufría de la otra parte.

Según la exposición de Frankenberg, se da protagonismo a los extraños (los científicos en este caso) para que se les pueda hacer cargar con la responsabilidad de lo que en realidad ya está siendo decidido por la élite del poder político. La disputa «entre iguales» ya parte desequilibrada en poder. Uno de estos está mejor alineado con el poder del Gobierno. Ahora bien, y para mostrar aún más la distancia entre el verdadero poder decisorio y la atribución más «popular» de responsabilidad, Frankenberg acaba su relato con la guinda del verdadero poder político-militar: cuando

606 En Frankenberg, *op. cit.*, p. 269.

ya se había impuesto la política británica de los bombardeos catastróficos, el Gobierno británico tuvo que ceder a la demanda del presidente de los EE. UU. de que un escuadrón programado para bombardear Berlín se pusiera a las órdenes de la Vigilancia Costera para asistir a las fuerzas navales.

Así pues, frente a una decisión y responsabilidad de los poderes máximos, se hace intervenir a extraños («expertos») cuya función parece ser más la de acarrear con la responsabilidad de mayor repercusión popular que la de convencer con argumentos objetivos al poder que toma las decisiones.

Frankenberg explora situaciones análogas en otros ámbitos. Los psiquiatras forenses y los jurados realizan un cometido similar en los tribunales. Son los que quedan como responsables de lo que se asigna en términos de una responsabilidad legal, no psicológica o jurídica. Los jurados actúan entre la dirección de los jueces y la ignorancia de las posibilidades de la jurisprudencia. Para Frankenberg, el caso del jurado es extremo, porque asume decisivamente una responsabilidad judicial y, sin embargo, no tiene facultad jurídica para juzgar; además, su permanencia en la institución es efímera y superficial. Frankenberg lo resume así:

la cualificación de los jurados es su falta de cualificación, pero representan el sistema primordial del pueblo para pronunciarse. Los razonamientos que han servido a las decisiones que han tomado quedan completamente ignorados, y no solo eso, sino que además hay mandatos que prohíben indagarlos.⁶⁰⁷ La existencia del jurado como grupo es totalmente efímera, y una vez que ya han llevado a término su tarea imposible e irracional, desaparecen entre la multitud de dónde proceden, inmunes a la crítica y ya oscurecidos para la venganza.

La conclusión de Frankenberg enlaza con las observaciones de Peter Laslett⁶⁰⁸ sobre el hecho de que la toma de decisiones y responsabilidad de actos que repercuten sobre grandes masas de población, vienen tomadas por órganos de poder que deliberan a modo de *petit comité*:

the grand concept of responsibility in taking major decisions which settle the fate of the world may in fact always be subordinate to responsibility to the

607 De aquí el interés para indagarlos.

608 Su ensayo «The Face to Face Society», en la obra coordinada por Laslett que cita Frankenberg (*Philosophy, Politics and Society*, Oxford: Balckwell (1956).

small group of close and equal associates with whom open dispute must be avoided.

Lo único que falta añadir al análisis de Frankenberg es la existencia de una jerarquía de poder bajo la cual se representa primero la liberación más entre iguales (ministros, jefes de la Administración y del Ejército, magistrados de los altos tribunales...) y, luego, la participación de los científicos o expertos sobre los que recae la mayor representación simbólica de las decisiones tomadas y, consecuentemente, la asunción de responsabilidad, especialmente ante el público en general. Frankenberg anticipa también el hecho de que la disputa dentro de la élite desemboque en un conflicto gravísimo: en una primera fase, las reglas del «club de élite» mantendrían la etiqueta y cordialidad que solidifica la élite frente a la masa; sin embargo, en una segunda fase de grave conflicto de intereses, la disputa podría alcanzar hasta el mismo crimen. Ejemplo de ello son los cargos y excargos atacados con los variados recursos de la violencia del Estado, desde la acción criminal de los servicios de inteligencia hasta el *lawfare* de la magistratura.

En cualquier caso, en primer lugar, hay que reconocer la responsabilidad real de los actores teniendo en cuenta el alcance de su poder y la ejecución de sus decisiones. Luego, la participación de agentes externos a esta responsabilidad, que les viene más bien desplazada. Finalmente hay que poder hacer una evaluación crítica de las atribuciones o representaciones de responsabilidad.

Los desplazamientos de responsabilidad entre las élites están más cerca de la realidad del poder sobre los hechos que la asunción o atribución difusa de responsabilidad a las masas. Dado el reparto del poder, esta segunda opción, lejos de incidir sobre las causas del daño, promueve aún más la dejación de responsabilidad por parte de quienes ostentan mayor poder frente al daño. La solidaridad en una desigualdad de poder solo puede aspirar a una representación simbólica, desprovista de eficacia. En cierto modo, parece que el escrito de Frankenberg fuera posterior a los de Kutz y Young, en el sentido de buscar aclarar con mayor conocimiento empírico el origen de las decisiones y actos de responsabilidad dañina (para defenderse del enemigo y conseguir la victoria en la guerra, por supuesto). Por el contrario, se ha representado una responsabilidad más extendida y a la vez más dispada (en las masas), incluso como más co-

lectivizada.⁶⁰⁹ No obstante, el análisis de una toma histórica de decisiones (bombardear a una población civil) resituía la responsabilidad sobre autores más concretos. Apunta a unos discursos elitistas que se han mostrado capaces de apartar la responsabilidad de la autoría directa para descargarla o, por lo menos, hacer que la compartan actores sin poder de decisión y ejecución efectivo. La cuestión de cultura ético-jurídica podría formularse en los siguientes términos: en un proceso de *desresponsabilización* de las élites⁶¹⁰ ¿no sería un desacierto para conocer y reconocer la responsabilidad de unos actos el enfatizar la responsabilidad en que incurre también la masa social? Eso, en vez de debilitar la acción dañina de las élites, ¿no fortalecería su condición de inmunidad e impunidad? La verdad de la situación ante la responsabilidad depende de la desigualdad real ante el poder, no de una igualación simbólica. Quien ha tenido el poder que le hace responsable de lo hecho con ese poder es quien debe responder más íntegramente. La responsabilidad debe ser proporcional al poder efectivo para contraerla. Cuando se representa una gran responsabilidad simbólica para quienes tienen un poder efectivo mínimo, el objetivo es más bien *desresponsabilizar* a las élites con poder efectivo que imputarlas y procesarlas por su responsabilidad directa sobre los hechos, sean de política financiera, sanitaria, energética, etc.

609 Cosa que no hay que confundir con la responsabilidad más universalizada: no se trata de buscar al responsable por un mínimo de culpa porque no hay responsables más dolosos, sino de desplazar la responsabilidad de la autoría directa hasta que una «culposidad» muy marginal llegue a ocultar la culpabilidad de esa autoría directa.

610 Desde hace ya bastantes años, la cultura jurídica de las grandes empresas se distingue por contratos de exención de responsabilidad (de un modo casi automático en todos los contratos con sus clientes) y por el *efficient breach of contract*: por el incumplimiento de lo contratado, porque a pesar del cumplimiento con sus cláusulas penales la empresa sale ganando.

23. EL PLURALISMO ÉTICO Y JURÍDICO O LAS DIFICULTADES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA O REPARADORA

Comenzaremos con una evocación etnográfica que puede parecer una digresión, pero que me parece que se dirige directamente al quid de la cuestión: los *Toda* del sur de la India (que se encuentran en las montañas Nilghiris, en el estado de Tamil Nadu). Vivían principalmente como pastores de búfalas. Crearon un ritual funerario junto con un mito que explica el porqué de su origen.⁶¹¹ Este mito habla de la primera muerte humana, la cual aconteció a un hombre de la *jati* (subcasta) dedicada al sacerdocio y a la producción de leche y de *ghi*.⁶¹² Un día se encontró el primer cadáver humano y nadie supo qué hacer con esa muerte original. Hubo una primera reacción que consistió en mostrarlo a toda la comunidad: lo expusieron sobre un túmulo de piedras. Entonces, frente a la visión colectiva del primer cadáver humano, se dieron diversas reacciones. Unos lloraban dolorosamente la pérdida de la vida de un pariente o de un amigo. Otros los consolaban. Otros sintieron el deseo de danzar y cantar. A otros les vinieron ganas de luchar con las búfalas, correr a su encuentro, sujetarlas y, finalmente, sacrificarlas en una fiesta. Otros, simplemente, prosiguieron con sus trabajos y ritos cotidianos sin apenas perturbarse. A otros les vino el ferviente deseo de hacer el amor, incluso con personas con quienes les estaban prohibidas las relaciones sexuales. Estaban allí también presentes algunas gentes de los pueblos vecinos y extranjeros de paso, unos colaboraron como músicos para la danza y otros se quedaron acompañando aquella congregación social ante la muerte. Estas eran las reacciones que se dieron ante la primera muerte.

611 Cf. Ignasi Terradas, *Requiem Toda*, Barcelona: Edicions UB (1995).

612 El *ghi* es una especie de mantequilla de leche de búfala clarificada.

La Diosa, hermana de Dios,⁶¹³ creadora de gran parte del mundo de los *Toda*, se acercó a toda aquella gente. Primero, ella misma sintió vivamente el dolor de los que lloraban e inmediatamente pensó en poder devolver la vida al muerto. Lo podía hacer con su poder de Diosa, pero se entretuvo un poco observando las diferentes reacciones de la gente y no le parecieron reprobables. Todos hacían alguna cosa, aunque muy diversa, frente a la primera muerte. Entonces pensó que quizás sería mejor dejar las cosas en aquel estado cada vez que aconteciera una muerte humana. Es así como ordenó que, para el futuro, se observara una costumbre funeraria hecha de una variedad de conductas. Así quedó instituido el ritual funerario de los *Toda*. En él, gentes diversas con sus variadas acciones formaban un mismo rito y participaban en él.

El Dios, hermano de la Diosa, había creado la vida de los hombres y los animales más ordinarios, luego abandonó el mundo de los vivos para seguir a su hijo en el mundo de los muertos. No pensó en la vida de los que quedaban en el otro mundo, sino que se comprometió únicamente con el país de los muertos. En cambio, su hermana, que también había creado muchas cosas del mundo de los vivos (su sistema de castas, sus relaciones de reciprocidad, su sistema de gobierno y justicia, y la división del trabajo de los *Toda*) se ponía del lado de los vivos y admitía la diversidad de reacciones de los vivos frente a la muerte de una persona. La Diosa de los *Toda* organizó un ritual funerario complejo con la característica especial de la participación de toda la comunidad y de parte de las comunidades vecinas. Cada uno participaba en el rito según una función dictada por su pertenencia de *jati*, de parentesco, de familia y de pueblo; según, también, la posición que ocupaba en el trabajo sagrado de las lecherías. La edad y el sexo, del mismo modo, dictaban las funciones de los participantes. Tanto si se asistía más directamente al cuidado del cadáver y a la compañía más íntima de este como si se participaba en la procesión funeraria con las búfalas, en el llanto colectivo o en hacer el amor, todos —paisanos del mismo pueblo, vecinos, miembros de otras *jatis* y también forasteros más lejanos— estaban convocados a la misma ceremonia y participaban en ella.

613 Los *Toda* tienen un sistema dravidiano de parentesco basado en los matrimonios preferentes entre primos cruzados, descendientes de un hermano y una hermana. En otro mito, el Dios hermano decidió suicidarse trasladándose al mundo de los muertos cuando conoció la muerte de su hijo.

Podríamos decir que la creación del rito funerario por parte de la Diosa fue un esfuerzo de voluntad realista. Un compromiso con la realidad de la vida humana. No hizo una selección de actitudes y discriminó solo a favor de los allegados del difunto o de los que más dolor sentían por aquella muerte. Tampoco dejó las cosas tal como habían acontecido, sino que las unió en un proceso ritual, con gestos, palabras y ceremonias que tenían muy en cuenta la irrupción de la muerte. No obstante, el rito no parece haber forzado sentimientos o deseos que serían extraños o incluso ofensivos para las emociones de quienes sentían más directa e íntimamente aquella muerte. Hizo de los funerales una manifestación de la diversidad de reacciones humanas que ocurren ante la muerte de alguien, desde el dolor y su duelo hasta la indiferencia y la fiesta más gozosa, pasando por el trabajo y el ocio ordinarios: todo transcurre así cuando alguien muere. Muchos ritos solo incorporan para los funerales la parte más directamente relacionada con la muerte: su duelo y las creencias que se le vinculan. Los *Toda* no; ellos quisieron incorporar todo en una misma celebración, sin que esta quedara aparte del resto de la vida de la población.

Sabemos que frente a la muerte se dan diversas reacciones, algunas pueden parecer extrañas o contradictorias. Lo que para una civilización significa una falta de respeto, incluso una profanación del cadáver, para otra es una forma de piedad y de consuelo. Quemar el cuerpo, dejarlo como presa de las aves rapaces, sepultarlo, momificarlo, etc. Cada una de estas cosas puede expresar piedad para una civilización y sacrilegio para otra. Incluso nosotros, en una misma época, tenemos diversas modalidades para tratar el cuerpo humano una vez muerto: sepultarlo, incinerarlo o entregarlo a la ciencia; y también hay quienes se hacen momificar o congelar... También conocemos varias actitudes en los cortejos fúnebres: desde los que lloran desconsoladamente hasta los que cuentan algún chiste, pero no todos estos comportamientos quedan integrados como una parte explícita, reconocida, en el rito funerario. Sucede más bien todo lo contrario: se considera correcto únicamente lo que muestra solidaridad e intimidad con el dolor y el sufrimiento de los más propincuos al difunto. Una conducta opuesta puede dar lugar a reacciones de escándalo y considerarse como frívola y falta de respeto. Así, nuestros ritos funerarios, en contraste con los de los *Toda*, no poseen aquel espíritu de integración y participación que nos puede parecer excesivo. Nuestra moral no encontraría digno incluir actividades de carácter frívolo o «indecente» en una ceremonia funeraria. Sin embargo, esto no es exactamente así. Porque, como diría

Meyer Fortes, podemos comprender aquello que en otras sociedades se exterioriza públicamente, mientras que en la nuestra permanece privado y encerrado en lo subjetivo. Algunas excepciones en nuestros propios funerales, sobre todo en aquellos multitudinarios, pueden acercarse un poco a la variedad de participaciones que se han dado tradicionalmente entre los *Toda*.

Me ha parecido necesario hablar de este ejemplo de los *Toda* porque lo que quiero decir sobre la justicia restaurativa o reparadora en nuestra sociedad tiene que ver con ello. Hay que tener en cuenta que nosotros tenemos una realidad hecha de reacciones diversas, incluso contradictorias, ante otros fenómenos sociales que no son la muerte. La realidad tiene una variedad de elementos jurídicos, políticos, religiosos e incluso estéticos que podemos entender mejor con el espejo etnográfico de los *Toda*.

Al mismo tiempo, hemos de partir del paradigma vindicatorio⁶¹⁴ que posee extremos que no tenemos en nuestro ordenamiento jurídico, civil y penal; ni tampoco están presentes en la *Resoluciones alternativas de disputas* de la sociedad euro-americana. Recordemos que en los sistemas vindicatorios se da una venganza autorizada, normalmente ordenada por los cabezas de una comunidad, y también una composición con reconciliación que difícilmente puede darse en nuestra sociedad.⁶¹⁵ Esto se debe a que nosotros tenemos la responsabilidad (penal y civil) normalmente individualizada en el autor del delito y un Estado que responde a los de-

614 A lo largo de este libro ya he mencionado varios trabajos sobre la cultura jurídica vindicatoria. Cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, op. cit.; Paolo Di Lucia y Riccardo Mazzola (eds.), *Vindicta. Studi e testi sulla giustizia vindicatoria*, Milán: LED. (2019); Raúl Márquez et al. (eds.), *Vindictory Justice... op. cit.*

615 Para una descripción etnográfica de la reconciliación en la composición, aparte de las que se citan en Ignasi Terradas, *Justicia Vindictoria*, op. cit., puede seguirse la que describe Mariona Rosés (especialmente en el cap. 7 de su tesis doctoral *Responsabilitats adjudicades, compromisos heretats*, UB: Barcelona, 2013) para una tradición malgache según la cual la reconciliación de las partes en disputa se orienta hacia la restitución del *fihavanana*. Siguiendo a Rosés, el *fihavanana* significa un orden de vida social y un valor cultural de extensión amplia en la semántica cultural malgache. El *fihavanana* significa también un criterio de integración social —sobre todo a través del parentesco— y también significa una norma fundamental y procesal para obtener la reconciliación en la resolución de conflictos. Se trata de un valor preventivo y resolutorio de conflictos, análogo a la moral de la armonía que describe Laura Nader en *Ideología armónica...*, op. cit.

litos con diversas penas (incluyendo la de muerte y las que aumentan su riesgo).⁶¹⁶

En cambio, recordemos que en las sociedades con ordenamiento vindicatorio hay decenas, cuando no centenares, de personas que participan en la composición. Por otra parte, no se trata propiamente de una víctima con su familia, sino de todo un clan o de una comunidad local que se tiene como parte ofendida. De este modo, lo que para nosotros sería una víctima es alguien —o un grupo de personas— que goza de una integración y solidaridad sociales que normalmente desconocemos. Además, el reo pertenece a una colectividad social que asume toda la responsabilidad respecto a la colectividad contraria. Como ya hemos mencionado anteriormente, en las sociedades vindicatorias se puede dar la reconciliación sin composición, pero esta sin la otra no resulta suficiente, incluso se consideraría ilegítima. Creer que basta con pagar, indemnizar a heridos o a muertos, para conseguir una verdadera composición que reconcilia a las partes significa corromper el sistema. A veces, específicamente, como lo leemos en la Biblia hebrea,⁶¹⁷ en algunos ordenamientos vindicatorios está establecida la responsabilidad del ofensor de cuidar de modo personal y directo a la persona que ha herido hasta su curación.

Cuando el individualismo penetra en el sistema vindicatorio le hace perder el sentido de la responsabilidad, porque en este sistema es siempre colectivo. Ninguna responsabilidad u obligación que derive de una ofensa se considera individualmente, sino siempre de manera colectiva. Por esta razón no se puede hablar propiamente de reo, culpable y víctima, sino más bien de una colectividad ofendida y de colectividad que ha ofendido. Cualquier ofensa compromete siempre a un colectivo con su responsabilidad. También puede alcanzarse el punto en el que la reconciliación se efectúa con la comunidad entera, sin distinción para la parte ofendida. Como ya hemos dicho, esto suele ocurrir cuando la parte ofensora se hace responsable de organizar una fiesta para toda la comunidad. Hecho que anticipa la idea de Durkheim de una justicia concebida para satisfacer a toda la sociedad, no solo a la parte ofendida; pero Durkheim no reconoció

616 Sobre la invisibilización y normalización del sufrimiento en las penas afflictivas y en general en los tratos jurídicos y de moral social que causan sufrimiento: Antonio Madrid, *La política y la justicia...*, *op. cit.*

617 Cf. en Ignasi Terradas, *Justicia Vindictoria*, *op. cit.*

esta idea en la reconciliación vindicatoria, sino que la aplicó únicamente a la pena según el derecho penal.⁶¹⁸

Lo que quiero destacar ahora es la variedad de recursos normativos que ofrece el sistema vindicatorio, tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el procesal: venganza autorizada y reconciliación (con o sin composición), vindicta pública o perdón, proceso verbal contradictorio, ordalías y combates judiciales; todo esto puede darse al mismo tiempo y en los mismos países. Las mismas personas pueden adoptar itinerarios de justicia que ahora nos pueden parecer contradictorios. Al final de este capítulo vamos a reconsiderar esta cuestión.

Imaginemos ahora a quien le sea familiar el sistema jurídico vindicatorio y, a la vez, el esfuerzo realista de los *Toda* para conservar todas las reacciones sociales en el ámbito de un mismo ritual ¿Qué ocurriría en el caso de las víctimas de la *lucha armada* o *terrorista*? ¿Cómo alcanzar algún diálogo, quizás siquiera alguna armonía, entre las distintas reacciones que han despertado —y siguen despertando— las experiencias de la *lucha armada* para unos y la *terrorista* para otros? Para responder a esta pregunta tengo, principalmente, presentes tres casos —Italia, España e Irlanda del Norte— con referencia a tres publicaciones respectivas.⁶¹⁹

Conviene decir que nos encontramos frente a un sistema penal que no satisface a muchas de las personas relacionadas de un modo u otro a estos crímenes de gran interpretación cultural: según tragedias personales, enemistades políticas (y religiosas en algunos casos), estragos civiles y compromisos con el poder legislativo y judicial.

Por otra parte, hace ya bastante tiempo que frente a la aplicación estricta del Derecho penal han surgido diversas iniciativas de tipo reconciliador para ayudar más a la reparación de las víctimas y a la reinserción de los delincuentes. Estas iniciativas, que tuvieron su inicio en los Estados Unidos ya en los años 1950, han desembocado en instituciones de justicia restaurativa o reparadora que recuerdan al antropólogo la reconciliación

618 Además, Durkheim creía que la justicia en los pueblos primitivos era básicamente represora. Cf. Émile Durkheim, *De la división du travail social*, op. cit.

619 Estas son *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, de Guido Bertagna et al., Milán: il Saffiatore (2015); *Los ojos del otro: Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA* de Ester Pascual Rodríguez, Santander: Sal Terrae (2013); *No diguis res: Una història real de violència i memòria a Irlanda del Nord*, de Patrick Radden Keefe, Catalunya: Periscopi (2020).

de los sistemas vindicatorios primitivos, antiguos o medievales. Así, se plantean, incluso para la criminalidad más cruel y desconcertante (terrorismo de Estado y contra el Estado, interétnico o racista, de enemistad religiosa y de clase social, y con varios matices para todo ello según lugares y épocas) encuentros personales entre víctimas y agresores con finalidades de reconciliación moral y reparación social.

Sin embargo, si vamos a la realidad sociocultural, de actitudes y representaciones más o menos compartidas sobre el fenómeno del terrorismo, nos encontramos con una variedad aún mayor. Existe toda una serie de reacciones que vamos a enumerar como si se tratase del caso del primer muerto de los *Toda*, que sería como la primera muerte por terrorismo, o bien de unas muertes que golpean la mente y el corazón de las personas como si fueran las primeras, por el terrible impacto que caracteriza la muerte acaecida como consecuencia de un acto que se reconoce como terrorista, y porque el ataque terrorista supone una iniciación especial a la violencia para fines políticos. Por eso se distingue de la considerada *común*.

De entrada, hay que tener en cuenta que el término *terrorismo* (como opuesto al de *milicia armada*) tiene un enorme efecto simbólico, el cual trasciende incluso la semántica jurídica manifestada en las leyes y en la jurisprudencia dedicadas especialmente al terrorismo. Es por este alcance trascendente, de enorme fuerza simbólica, de la muerte causada por actos terroristas, que su impacto equivale a una primera vivencia de la muerte o de daños y traumas físicos, psíquicos y morales relacionados con una violencia máxima. Se trata siempre de una de estas experiencias excesivas en la realización de la ofensa que encajan con la tradición griega resumida con el concepto de *hybris*.

Así, valorando este aspecto específico de la violencia terrorista, proceda de donde proceda, pero pensando especialmente en el terrorismo que con posterioridad ha dado lugar a encuentros entre víctimas y perpetradores del acto terrorista, vamos a considerar la variedad de reacciones que produce en la sociedad. Hipotéticamente, me parece que es posible distinguir por lo menos ocho posicionamientos o actitudes en relación con el terrorismo, teniendo en cuenta que con el tiempo se mezclan entre sí y que sus detentores pueden oscilar entre dos o más de estos posicionamientos a lo largo de su vida. Así pues, desde el punto de vista de la asunción y de las reacciones frente al terrorismo, enumeramos los siguientes posicionamientos y actitudes generales que los caracterizan:

- 1) Los que creen en la validez política y moral de la lucha armada frente a un sistema social o político radicalmente injusto. En este caso el estímulo para esta lucha, que será terrorista para sus víctimas, sería el de un sentimiento muy fuerte de justicia social o nacional. Resulta significativo que en *Il libro dell'incontro* esta posición sea únicamente evocada por un cardenal católico, Monseñor Martini.⁶²⁰ Desde la perspectiva de la legitimidad de la lucha armada, el fracaso del terrorismo se interpreta como la derrota en una guerra, pero en una guerra justa y dotada de un correcto sentido de la historia. Con estas ideas, no hay que avergonzarse de los hechos que otros posicionamientos califican como *delitos terroristas*. En su derrota, los militantes de la lucha armada consideran que ha vencido una injusticia social o nacional. Suele creerse, asimismo, que necesariamente regresará la lucha armada cuando vuelva a resurgir y a expandirse un sentimiento análogo de combate por la justicia social o nacional, sobre todo si se presenta la oportunidad de una revolución más amplia que se tenga por legítima. Sin embargo, esta posición no explica la eficacia de la estrategia terrorista para llevar a término una revolución triunfante. Se trata más bien de un estadio de lucha pendiente de unas guerras eficazmente revolucionarias que todavía no tienen lugar. En este sentido, cabría pensar en un aspecto desesperado en la lucha armada —cuando es terrorista para sus víctimas—, porque nunca alcanza los objetivos socio-políticos que la motivan, a menos que forme parte de un proceso que luego va a superarse con la victoria de un ejército regular o nacional.⁶²¹
- 2) La actitud y posicionamiento ideológico de los terroristas arrependidos y vencidos. Para ellos se acepta, finalmente, que no se

620 Arzobispo de Milán y hombre destacado en otras iniciativas análogas de compromiso político y social evangélico. El papel de la Iglesia italiana en estos conflictos contemporáneos hace pensar en el que tenía en las composiciones medievales: en ambos casos se consignaban las armas a la Iglesia.

621 Como en las organizaciones de resistencia, guerrillas o maquis que luego fueron absorbidas por ofensivas de ejércitos regulares y masivos, como ocurrió en la Segunda Guerra Mundial; o bien de un modo más efímero con la ilación entre terrorismo islamista y un Estado Islámico.

ha tratado una guerra, sino de una serie de asesinatos. Que tampoco se ha tratado de una acción racional y heroica, sino de un impulso cruel y repleto de irracionalidades, por más cálculo que se haya aplicado en su efectividad material. Desde esta posición se plantea la necesidad de arrepentirse de crímenes y de los fanatismos que han inspirado dichos crímenes. Se acepta la pena de cárcel como un castigo justo y el arrepentimiento se demuestra colaborando eficazmente con la justicia y mostrando una preocupación seria por el estado de las víctimas. Hay que remarcar que, especialmente en el caso italiano, este recorrido del arrepentimiento asimila los que han participado en la lucha armada con fines políticos a los que lo han hecho motivados por el lucro en diversas organizaciones mafiosas de persistente arraigo local. Tanto para unos como para otros, el arrepentimiento y la aceptación de la justicia penal significan una mutación radical de su solidaridad social. Han pasado de la pertenencia y lealtad a una facción criminal a la pertenencia a un Estado de derecho.

- 3) Para las víctimas y gran parte de la sociedad se está de acuerdo con la acción de la justicia penal. Se consideran correctas las penas temporales impuestas, si bien se prefiere para bastantes casos el *ergastolo* (en Italia) o la prisión permanente revisable o de cadena perpetua del siglo XXI (en España). Esto mientras no se reponga la pena de muerte, pensada para los criminales más abyectos, autores de asesinatos crueles y masivos. En general, este posicionamiento está de acuerdo con que la responsabilidad criminal quede extinguida con la ejecución de la pena. Se cree en la validez jurídica y en la eficacia moral y social del proceso, así como en la rehabilitación y en la reintegración social del reo. Aunque es probable que esta idea de adecuación casi perfecta entre la pena y el delito esté únicamente sostenida por la ética asociada al Derecho penal vigente. En términos de filosofía penal, se cree que se está frente a la mejor reacción de la razón humana contra el crimen, que el Derecho es el que tiene el mayor y mejor sentido reactivo para tratar cualquier crimen, incluido el terrorista. En lo penal, esta posición encaja perfectamente con la idea de la pena como retribución congrua a la ofensa o daño que causa el delito. Sencillamente, la justicia penal resulta suficiente

para confrontar todos los delitos de terrorismo, aunque con los matices de quienes consideran que el sistema puede evolucionar hacia penas mayores.

- 4) Los que ven la persistencia del estigma a pesar del cumplimiento de la pena y la consiguiente extinción de la responsabilidad penal. No se busca necesariamente algo cercano a la venganza, pero se cree que «un terrorista» será siempre un terrorista. Que su persona y sus ideas estarán siempre empapadas de criminalidad. Se piensa que la opción violenta, hasta el asesinato más premeditado, deja una huella imperecedera en la personalidad de su autor y que el motor que impulsó tal conducta sigue en marcha. Este tipo de condena que estigmatiza; crea, además, una criminalización sostenida en toda la vida posterior del reo. Se considera que queda marcado para siempre por la opción que tomó quizás solo una vez en su vida. El estigma se extiende a todos los que han mostrado alguna simpatía, aunque fuera únicamente en el terreno ideológico, con la lucha armada. Esta condena con un estigma persistente va asociada a la idea de *irredención*. La culpabilidad del terrorista no tiene una expiación posible. Normalmente el pensamiento se detiene aquí, sin que se piense en la condena real o se busque alguna alternativa para el reo. Se trata más bien de una condena de autor en que el reo queda estigmatizado de tal modo que, aunque obtenga alguna rehabilitación, esta no es nunca reconocida por los que lo han estigmatizado. De este modo, el reo de terrorismo será siempre un ser despreciable y que debería quedar marginado en la sociedad. Quienes juzgan así al reo de terrorismo tienen por escándalo verlo rehabilitado en la política o en cualquier medio de comunicación. Se desea eliminarlo de cualquier presencia social. Debería vivir como en un arresto domiciliario perpetuo, con pocos recursos vitales y sin ningún protagonismo social.
- 5) La apuesta por el encuentro restaurativo o reparador. Este se presenta como una superación ética, con un valor intrínseco. Su racionalidad pretende superar la del proceso penal. Concede un reconocimiento recíproco a las víctimas o a sus parientes, así como a los culpables. Se busca la verdad en el compromiso entre unos y otros, una verdad que no se refiere únicamente a

los hechos. Para los encuentros restaurativos es muy importante hallar una comunión de actitudes, principios o ideas y disposiciones de conducta. La ética juega con la psicología, el Derecho y la jurisprudencia. Se busca la voluntad de participación y de comprensión de todas las actitudes y comportamientos en torno al hecho terrorista. El proceso reparativo cree en la participación de los culpables más allá de la cárcel. Se confía en la reconciliación, el arrepentimiento, la generosidad y el perdón de las víctimas. Se apuesta por una escucha social perenne y en la posibilidad ética de restablecer una convivencia civil. El encuentro reparador o restaurativo busca una eficacia de reintegración social, con el fin de obtener una paz en la conciencia y en la convivencia de quienes se habían mostrado con una absoluta enemistad. Estos procesos restaurativos tienen varios límites. El más importante es el de que, a pesar de intentar una socialización efectiva del conflicto e involucrar algún tipo de comunidad en esta, el individualismo que rige la sociedad en su conjunto impide sus realizaciones propiamente dichas. Porque el individualismo no admite una responsabilidad colectivizada y la autoría penal domina cualquier tipo alternativo de responsabilidad. No es posible tampoco desarrollar una búsqueda universal de responsabilidad: el Estado lo hace, pero de un modo bastante limitado. En contraste con la justicia restaurativa, la justicia vindicatoria establece la composición y la reconciliación integradas a sujetos colectivos de derecho, de los que nuestra sociedad carece.⁶²²

- 6) El olvido puro. Otro grupo de personas tiende al olvido, a pasar página. Se considera la opción más útil y sana. Su posicionamiento se basa en la necesidad de cerrar lo más pronto posible tanto el sufrimiento relativo a los hechos como las ideas que están siempre pendientes de ellos. Se trata, por lo tanto, de un olvido psicológico y a la vez político. Se plantea un futuro con referencias y parámetros totalmente nuevos. En el caso es-

622 Riccardo Mazzola «'To Restore' versus 'To vindicate'», en Raúl Márquez *et al.*, *Vindictory Justice. Beyond Law and Revenge*, Chaim: Springer. 2022; Ignasi Terradas, «Limits and possibilities of restorative justice» 6th Biennial Conference of the *European Forum for Restorative Justice*, Bilbao (2010).

pañol, este argumento está presente entre quienes, después de la Guerra Civil y de la amnistía de 1977 (Ley 47/1977, 15 de octubre), consideran que hay que fijarse en la paz obtenida y no fomentar el conflicto anterior. Gran parte de la transición de la dictadura a la democracia se ha realizado bajo una amnistía legal y también de carácter sociopolítico. Ahora bien, la Ley de Amnistía de 1977 se negoció, antes que nada, para amnistiar a los vencidos ante el inmenso poder de los vencedores de la guerra, con su represión sucesiva. Es decir, amnistiar a las víctimas de la represión legal y política del periodo de la dictadura. Con todo, en el último instante se pensó en incluir también una amnistía por los crímenes que habrían cometido los vencedores y represores en nombre del *Movimiento Nacional*. Si bien esta provisión podía complacer a la «derecha», en su momento, el grupo antecesor al Partido Popular se abstuvo en la votación, porque al parecer apostaba por continuar con la represión. En cambio, el Partido Comunista no solicitaba la depuración de los criminales del Franquismo (menos una represalia) y votó a favor de la amnistía. Las cosas han cambiado en los últimos años cuando se ha ido conociendo cada vez mejor el alcance criminal de la represión del *Movimiento Nacional*. Con este nuevo conocimiento la «derecha» se acoge a la amnistía y la «izquierda» quiere anularla o contrarrestarla con nuevas leyes de *memoria histórica* y *memoria democrática*.⁶²³ La cuestión de fondo es si se aprecian crímenes de guerra, de lesa humanidad o incluso algún proyecto genocida frente a los cuales debería revocarse la Ley de Amnistía o compatibilizarse con procesos para crímenes imprescriptibles. Por el momento, el debate parece estar más protagonizado por partidos políticos que por juristas.

- 7) El perdón sin ningún encuentro. Este posicionamiento coincide casi con el anterior, pero difiere en que no se trata de olvidarlo todo, sino de reconocer los crímenes del terrorismo, sea del Estado o contra el Estado, y de obtener un perdón sinceramente

623 Cf. José Antonio Ramos Vázquez, «Mi hermano y mi enemigo: la gestión de la memoria histórica en la legislación penal franquista y la Ley de memoria histórica de 2007» en *AF-DUDC*, (13) (2009).

solicitado. Esta actitud es la más opuesta a la estigmatización y victimización perennes. En principio, se cree en un perdón como acto y actitud subjetivos, privados, unilaterales, o bien basados en un acuerdo bilateral más bien implícito. Puede corresponderse con la amnistía política. Se considera que la mayoría de la población desea, ante todo, una convivencia pacífica, que es partidaria de ese perdón. Ahora bien, si no se realiza en un proceso de tipo restaurativo, el perdón queda como un acto mudo, por más que sea tácitamente conocido por una mayoría. Es decir, por una parte, el perdón quedaría absorbido o articulado con los procesos de justicia restaurativa y, por otra parte, quedaría implícito en la búsqueda de la convivencia pacífica después de la disolución de los grupos terroristas o de lucha armada.

- 8) La venganza, privada o mediante la pena capital. Sobre este extremo se ponen de acuerdo todos aquellos que buscan el castigo más terrible contra los terroristas, que no aceptan las resoluciones penales por considerarlas castigos débiles ni tampoco aceptan de ningún modo la reintegración social de los criminales.⁶²⁴ Además, ven con buenos ojos que las consecuencias de las penas impuestas afecten también a las familias de los terroristas. El deseo de venganza puede ir más allá, sobre todo por la desproporción que implica la pasión vindicativa, de castigo feroz contra los culpables. Y puede extenderse a todo lo que se cree que les da vida o que constituye su cultura. Es así como en casos como, en el caso vasco, se ha cultivado una ideología vindicativa contra lo que se ha representado y sigue representándose como una extensión étnica, cultural o racial de la ETA. Incluso la cadena perpetua no se considera suficiente y se contempla benignamente la creación del terrorismo de Estado contra la ETA y «su entorno»; asimismo, se considera también necesaria la práctica ordinaria de la tortura contra los terroristas.

624 A esto se puede añadir un *lawfare* o redundancia y ampliación de la persecución judicial sobre los «enemigos del Estado»: cf. Gabriella Petti «Enjuiciar al enemigo después del 11 de Septiembre» en *AFDUDC*, (13) (2009).

Al mismo tiempo, del otro lado, se considera que el terrorismo de Estado no para de producir víctimas y que, si no todas, muchas de las víctimas de la lucha armada habían merecido morir por su compromiso con el poder. Un poder que deseaba y continúa deseando la destrucción del País Vasco como nación. Desde la legitimación de la lucha armada se ha tenido por legítima defensa la lucha contra la criminalidad del Estado español. Aquí habría que recordar que el asesinato de las víctimas de ETA era celebrado o, por lo menos, no era repudiado por los enemigos del Estado español, de igual manera que ocurría al revés con los enemigos de la ETA y de la nación vasca. En la lucha ideológica posterior al desarme de la organización ETA, se notan todavía vivos los sentimientos de venganza; y puede que en ambos lados, aunque se conoce más la ideología represora del nacionalismo vasco, que fácilmente puede desvirtuar la represión legal del enaltecimiento del terrorismo.⁶²⁵

En general podemos partir de estos ocho posicionamientos para establecer una realidad hecha por un pluralismo bastante conflictivo; he tenido que simplificar para abordar su existencia. El objetivo ahora no es el de precisar o matizar dicho pluralismo, sino observar lo más relevante en sus confrontaciones. Quiero decir que, frente a la matanza de personas como consecuencia de lo que para unos es lucha armada y para otros es terrorismo, se dan por lo menos estas ocho posiciones. Las expongo hipotéticamente para poder entender las dificultades de comprensión y resolución de los conflictos creados por estas mismas posiciones. La función antropológica en este caso consiste primero en determinar todo lo que se puede separar y analizar como partes constitutivas de un conflicto y, en segundo lugar, acercarlas para ver lo que pueden tener en común, o bien lo que puede hacer pasar de un posicionamiento a otro. Sabemos, en principio, que los procedimientos o conferencias de justicia restaurativa no tienen por qué interpretarse por oposición a la justicia penal, sino como un perfeccionamiento, quizás uno de esos perfeccionamientos de equidad, que pueden preparar a la justicia penal para nuevas iniciativas o

625 Jurídicamente, la cuestión es compleja, con mucha infusión político-ideológica y dificultad para seguir las delimitaciones penales frente a crímenes y frente a derechos: cf. José Antonio Ramos Vázquez, «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo» y «Sobre el delito de amenazas con finalidad terrorista» en *AFDUDC*, (12) (2008).

reformas. Mientras, se trata de una necesidad vital para quienes cooperan a este propósito: obtener en la medida de lo posible comprensión mutua y reconciliación. En el proceso restaurativo italiano, inspirado en valores cristianos, se habla incluso de *comunión*. Sin alcanzar una cota mística en estos procesos, sí se puede hablar de apoyo mutuo con consecuencias morales y psicológicas relevantes.

La perspectiva de la Antropología jurídica, insisto, es la de separar en principio estos posicionamientos para luego irlos acercando y plantear por lo menos la posibilidad de su diálogo. Es en este sentido, y aquí regresamos a la digresión del principio, que se trata de aceptar primero una realidad hecha de aparentes posiciones incompatibles y entrar de lleno en esa incompatibilidad. Es decir, comprender a fondo cada posicionamiento, si cabe en su robustez y simplicidad, sin debilitarlo. Una vez realizada esta tarea, se puede pasar a tender puentes o, simplemente, a que alguien que defiende uno de estos posicionamientos sea capaz de comprender otro y darlo a conocer. Este sería el principio de reconciliación, fiel a la función antropológica del Derecho, es decir, a entender el Derecho en constante convivencia social, con todos los recursos y posibilidades con que se crea y recrea dicha convivencia. Desde este punto de vista, no es justo imponer uno de estos posicionamientos y excluir todos los demás, por más que uno vea muy favorablemente alguno de ellos. De entrada, parecería que el Derecho penal y la justicia restaurativa pueden ir de la mano con más facilidad que ambos juntos con el espíritu de venganza o con el olvido total de la problem tica conflictiva. Ciertamente es así, pero es necesario, a partir de estas oposiciones más claras, perseguir un resultado más homogéneo, aunque ello nos obligue a buscar la paradoja de una fácil transición de la venganza a la reconciliación o de la estigmatización a la rehabilitación. Porque se trata de una paradoja que ya se da en la realidad. Baste por el momento fijarnos en que una persona que desea la venganza con todas sus fuerzas sabe perfectamente lo que es el perdón y la reconciliación, y hasta es posible que para otros fines haya puesto en práctica estos conceptos con anterioridad. No se trata de confrontar experiencias totalmente alienadas del curso habitual de las vidas humanas, sino más bien de hacer ver que en este curso dichas experiencias se dan sin que ello suponga una contradicción imposible de superar.

Para cada uno de estos ocho posicionamientos se debe ofrecer una escucha paciente, lo contrario a los que sostienen que no se debe ofrecer ninguna comprensión al «enemigo». Es importante que cada posición se

sienta comprendida y, al mismo tiempo, pueda explicar bien su racionalidad y sus objetivos. Se trata de mantener, insisto, la función antropológica en el Derecho, no de forzar la realidad a disolver su complejidad en favor de un polo. Por lo tanto, tampoco se trata de caer en la tentación de una metamediación o de un metaproceso que los jerarquice. Es imprescindible que mientras existan obtengan su consideración y comprensión por separado.

Consideremos el acercamiento entra la justicia penal, el deseo de venganza y la justicia restaurativa. Estas tres posiciones presentan más elementos en común que en oposición. Acerquémonos a ellas: las tres posiciones reflejan constantemente las posibilidades y los límites de la responsabilidad. La justicia penal es la más respetuosa y, al mismo tiempo, la más lejana para la responsabilidad reparadora del Derecho vindicatorio,⁶²⁶ porque, si bien la distingue y la respeta como *responsabilidad civil*, al mismo tiempo esta pierde eficacia ejecutiva cuando dicha responsabilidad recae sobre criminales habitualmente insolventes. La responsabilidad individual no tiene los recursos económicos que tiene la responsabilidad colectiva en los sistemas vindicatorios. Esto se debe a la prioridad penal para tratar el delito y su autor. El proceso penal produce principalmente el castigo, la pena; luego, como un apéndice, se añade la responsabilidad civil. En cambio, en el ordenamiento vindicatorio primero se da aquello que para el penal sería la responsabilidad civil, esto es, la composición —la cual viene acompañada de reconciliación— y luego, y solo en algunos casos, una expiación que puede interpretarse como pena. En el sistema penal hallamos los delitos reconocidos por la ley con su correspondiente pena (Beccaria), mientras que en los códigos vindicatorios (desde la Antigua Mesopotamia hasta el Alto Medioevo) encontramos las ofensas reconocidas en los ofendidos y las composiciones para su reparación. Este orden, primero penal y después civil en un caso y lo contrario en el otro, conlleva toda una sistemática jurídica y moral muy diversa, con profundas y amplias consecuencias sociales.

Lo que tienen en común la justicia penal, el deseo de venganza y la justicia restaurativa o reparadora es la centralidad del homicidio como el tipo más problemático de todos. No se puede restituir la vida de los muer-

626 «Refrescamos» aquí sus prelações. Para su comprensión más detallada, aparte de lo ya expuesto con anterioridad, remito a mis dos estudios básicos previamente citados: Ignasi Terradas, *Justicia vindicatoria; La justicia más antigua*.

tos; es obvio, pero hay que recordarlo. Recordemos también que la primera reacción de la Diosa de los *Toda*, fue la de devolver la vida al muerto. Esta sería la idea primera de la restauración o restitución en sentido más estricto, así como de la reparación o del resarcimiento como algo más subsidiario. En realidad, como no se alcanza la restauración o restitución perfecta del *statu quo*, cuando hablamos de *justicia restaurativa* en realidad estamos hablando de *justicia reparadora* o de *resarcimiento*: ofrecer cierta compensación para los daños causados, sin pretender la restauración perfecta del *statu quo*. El homicidio es el hecho más evidente para esta cuestión, debido a la irreparabilidad de la muerte. La justicia que se encara con la muerte y que trata de remediarla no puede aspirar más que a una reparación: puede llegar a hacerla tan sustancial que aparezca como casi devolver la vida al muerto. Este *casi como si* utópico es importante: porque su imposibilidad real constituye la base material para la doctrina vindicatoria de la composición. Es por este motivo que las composiciones para los muertos se establecen con altos valores —en correspondencia con el valor de la vida humana y su dificultad para ser devuelta—. Así es como pueden generarse incluso deudas perpetuas. La justicia reparadora, en su objetivo perfectible, muestra un objetivo *open-ended*, una constante apertura dialógica, sin la clausura que otorga una sentencia. Para la justicia reparadora, el caso implica a personas que establecerán una nueva relación con un grado de apertura y de reciprocidad que se desconocía hasta entonces. La misma apertura ocurre en el deseo de venganza: muerte por muerte, pero siempre con una satisfacción amarga, porque el muerto no llega a la resurrección. La venganza de sangre sabe que no va a conseguir su propósito utópico (devolver la vida a la víctima). Por este motivo queda caracterizada por una insaciabilidad oscura y profunda. Si el deseo de venganza conoce mejor la eternidad que la reparación o la composición, también puede transformar mejor el deseo de eternidad —de memoria de la vida perdida— en la apertura de la justicia reparadora y en la composición conmemorativa de la justicia vindicatoria. Por ello, en las civilizaciones primitivas, observamos la venganza como algo más próximo a la reconciliación que restituye la convivencia, mientras que la pena la quebraría.

La justicia vindicatoria, la justicia penal y la justicia reparadora o restaurativa creen en la virtud del proceso, en su capacidad para transformar los conflictos; y pueden dialogar entre ellas para explicar sus características, las cuales transforman el conflicto en lo que se entiende por

justicia. La filosofía de la justicia ha destacado la autonomía del proceso, incluso hasta lo que puede enfatizarse como *misterio* (Salvatore Satta): lo que transforma el conflicto en justicia. Su institución es independiente de otros procesos sociales, de aquí su validez como hecho jurídico y también su eficacia para la sociedad. Los fundamentos filosóficos del proceso penal se pueden comparar con los de los procesos vindicatorios. Ambos tienen una base ritual que encontramos explícitamente en la *sacramenti actio romana, la vindicatio*, y aún más en las ordalías, en las que se pide la intervención divina y la autoridad religiosa interpreta un juicio de Dios. En la justicia restaurativa, a pesar de la informalidad que la caracteriza, sobre todo cuando trata de alejarse de la formalidad penal excesiva, se observa también el curso de un proceso independiente que transforma el conflicto en una forma de justicia.

La justicia vindicatoria tiene en común con la reparadora el hecho de no concluirse con un proceso en sentido estricto. Porque, por ejemplo, en el ordenamiento vindicatorio el proceso acaba con un rito de reconciliación que debe sostenerse más allá de la vigencia institucional del proceso. El aspecto ritual y trascendente del proceso estricto aparece también en la justicia reparadora. Si bien, por una parte, se produce un encuentro separado de la vida cotidiana, por otra parte, sus resultados establecen continuidad en futuros encuentros entre las partes o bien entre personas que representan las mismas posiciones que las partes del conflicto.

No es casualidad que la Iglesia haya protagonizado varias iniciativas de justicia reparadora. No solo por su familiaridad con un ritual de reconciliación que puede compararse hasta cierto punto con la eucaristía, sino también por la gestión de elementos espirituales o metafísicos propios del proceso restaurativo. La Iglesia tiene una tradición de familiaridad con el perdón, con los sentimientos asociados al dolor, con el consuelo ante la muerte y con el altruismo reconciliador. El caso más conocido de esta contribución de la Iglesia —o del cristianismo en general— a los procesos de la justicia reparadora, es el de Sudáfrica, con su Comisión de Verdad y Reconciliación. También una parte de la Iglesia española (casi herética para otras posiciones) ha tenido la iniciativa en organizar encuentros restaurativos o reparadores. Uno de los libros⁶²⁷ más destacados sobre este tema está publicado por una editorial católica con el *Imprimatur* del obis-

627 El ya citado de Ester Pascual Rodríguez, *Los ojos del otro...*

po. En el caso italiano, se revela una espiritualidad católica —centrada en la cristología evangélica— en *Il libro dell'incontro*. Los encuentros o conferencias restaurativas entre partes que han estado sometidas a violencia y sufrimientos extraordinarios poseen varios elementos próximos a la espiritualidad del sacrificio eucarístico, con énfasis en la confesión previa y en la comunión. Incluso en este mismo libro se habla de efectos comparables a la recepción de la gracia divina por el aura de bondad que irradia la decisión de una reconciliación.

Se habla también frente a un fenómeno que se dice inconmensurable y que está presente en todos y en cada uno de los presentes (como la gracia divina). También hay un ofertorio, un don del propio ser para transformarse en un proceso litúrgico. Hay también una conmemoración de la víctima o víctimas, aunque transformada por la expiación de sus sacrificadores. Las víctimas obtienen una virtud próxima al misterio de la redención. De este modo el sacrificio de las víctimas se convierte en una conmemoración que el Encuentro o comunión transforma. Así se obtiene un poder análogo al de un Sacramento: otorga la salvación, la gracia para vivir en una nueva ciudad, que en este mundo se traduce en la perfecta convivencia civil, en la democracia. La confesión de los reos permite que los mediadores escuchen las culpas sin otro castigo que la oración del arrepentimiento. Ocurre un acto de *atrición* (frente al Estado, considerado un órgano potente de salvación que ha sido ofendido) y otro de *contrición* (ya que la ofensa se ha considerado irracional, sin sentido para la razón de ser del Estado democrático). Incluso se puede vislumbrar algo similar a la liberación de la mancha del pecado con la absolución concedida por todos los participantes, a modo de confesión pública. En el caso italiano se organiza también el banquete eucarístico y todo el proceso tiene lugar en el ámbito propio de un retiro espiritual, incluso en lugares en los que se celebran.

Toda esta involucración de la religión en el proceso restaurativo no es casual. Responde a la cuestión de si puede darse una reconciliación verdadera, una convivencia sin engaño, sin que no se comparta algún tipo de espiritualidad. Esta es una antigua cuestión antropológica a la que Raymond Firth respondió positivamente, diciendo que no parece que se pueda hacer de otro modo:⁶²⁸ resulta necesario compartir alguna espiritualidad para

628 Cf. Raymond Firth, *The work Gods in Tikopia*, *op. cit.*

creer y practicar un orden social que impone sacrificios y reconciliaciones al mismo tiempo.

El objetivo de esta propuesta de reflexión antropológica sobre todos los posicionamientos o actitudes que se dan frente al fenómeno del terrorismo es la de no aniquilar ninguna posición. Se trata de comprender cada una de ellas en su contexto y transmitir la propia a los que tienen otra distinta. Se trata de renovar la capacidad de tolerancia conociendo mejor la conciencia de los demás cuando se hace valer la propia. Así, es bueno que los jueces conozcan mejor todas las posibilidades y límites de la mediación penal; y también la complejidad del sentimiento social y de la idea normativa de *venganza*. Es necesario mostrar la especificidad descriptiva de cada proceso reparativo frente a la justicia penal, más bien atenta a la aplicación de normas. Asimismo, los participantes de los encuentros deben conocer mejor toda la cultura jurídica y las ideas morales que tienen los jueces, pero que no pueden comunicar en sus sentencias. Se debe aprender a conocer mejor y respetar el deseo de venganza. Porque, si no es así, el poder para conceder el perdón no es verdaderamente un poder, sino una concesión de la debilidad, la tristeza o el miedo.

La reconciliación entre partes desiguales política, económica, social y culturalmente puede ser una ficción. Puede desarrollar un guión de personajes ajenos a la realidad de las personas. En el caso Sudafricano se han visto víctimas sin recursos y muy vulnerables que concedían el perdón a prepotentes. Estos realizaban un acto —como en la costumbre cristiana— de arrepentimiento y de petición humilde de perdón, pero en una situación de desigualdad de poder que viciaba las condiciones reales para la petición y concesión del perdón, para garantizar una reconciliación auténtica. Porque quien perdona no puede permanecer ofendido, no puede continuar sufriendo los efectos de la ofensa. Esto ya ha sido señalado en Sudáfrica por Louise Du Toit,⁶²⁹ a partir de unos ensayos de Jacques Derrida sobre el perdón.

En la búsqueda de la verdad y la reconciliación es muy importante la igualación política de las víctimas para conseguir la igualación jurídica. Pocas veces proceso y sentencia tienen en cuenta este condicionamiento. Sin embargo, hay algunas sentencias que incorporan una finalidad reparadora de la desigualdad y de la absoluta o relativa impunidad que

629 Louise Du Toit, «Feminism and the Ethics of Reconciliation». En Scott Veitch, *Law and the Politics of Reconciliation*. Aldershot: Ashgate (2007).

pudo haber favorecido la comisión de los crímenes. Así, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocida como del *Campo algodonero*,⁶³⁰ se autocalifica como acto de reparación hacia las víctimas. La reparación consiste en una declaración de la verdad opuesta a la verdad que fue proporcionada por la instrucción del Estado. Se trata de una sentencia cuya verdad condena a un Estado. Es una verdad más próxima a la de las comisiones de verdad y reconciliación. El Derecho penal internacional lleva ya algún tiempo reaccionando contra la prepotencia de algunos estados respecto a víctimas de determinados crímenes. Es importante conocer sus sentencias —del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de la Haya o de la Corte Interamericana—, que condenan a los Estados con perspectivas muy próximas a las de la justicia reparadora.

Al mismo tiempo, se debe conocer mejor el poder del estigma y trabajar para darlo a conocer a quienes estigmatizan a los reos. Los criminólogos deberían divulgar más estudios sobre la reincidencia y la reiteración criminal para mostrar su verdadera realidad, mostrarla justo con la utilidad de la justicia restaurativa tal como han hecho varios criminólogos británicos,⁶³¹ entre otros.

Una de las costumbres más arraigadas en las sociedades de justicia vindicativa es la búsqueda universal de responsabilidad ante cualquier ofensa, ante cualquier daño. Que ninguno quede sin reparación: no importa si no se conoce su autor ni ninguna responsabilidad en relación con los hechos. La premisa es otra: no dejar ningún daño, ninguna ofensa sin reparación. Como ya hemos indicado anteriormente, por este motivo incluso se puede recurrir a la brujería,⁶³² se trata de apurar la responsabilidad en deudas morales, inhibiciones algo groseras o faltas de atención.

Sería conveniente que la justicia restaurativa conociera mejor a la vindicativa, especialmente para darse cuenta de que sus límites no proceden de las exigencias de la justicia penal, sino de la deficiente integración social que se da en una sociedad como la nuestra. El individualismo excesivo, la competitividad para los recursos y la rivalidad en el consumo, características de la ideología y práctica de un capitalismo desmesurado en

630 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras («Campo algodonero») vs. México, Sentencia de 16 de Noviembre, 2009.

631 En distintos números del *British Journal of Criminology* pueden leerse artículos de diversas tendencias sobre *restorative justice*.

632 Cf. Max Gluckman, *The allocation...*, *op. cit.*

desigualdad y depredación, antagonizan la armonía social que pretende la justicia restaurativa.

Beccaria inauguró la teoría del *minimalismo penal*, que siempre ha tenido un vivo antagonismo con el populismo penal o ideología de los excesos penales. Ya hemos citado los trabajos de Denis Salas, Loic Wacquant y Didier Fassin al respecto. El fenómeno es evidente y no se puede sostener la realidad del Derecho penal sin la contradicción entre su postulado minimalista y la presión política para maximizar penas. El problema de la expansión del penalismo no es únicamente un problema de validez ética y jurídica, sino también de eficacia productiva de la pena; y aquí merecen destacarse tres ideas importantes que suscita *Il libro dell'incontro*:

- 1) El castigo del delincuente raras veces tiene correlación con el resarcimiento de la víctima. Solamente en algunos países, como en los Estados Unidos, algunos juristas ven la participación de los familiares de las víctimas en las ejecuciones de los reos como una forma de satisfacer su sed de venganza. Así el personaje del verdugo adquiere —ya desde siempre— la apariencia de ejecutor de una venganza ofrecida a los familiares o allegados de las víctimas. Asimismo, hay que decir que, en el ordenamiento vindicatorio, la presencia de familiares de la víctima en las ejecuciones del reo tiene que ver con el eventual perdón que pueden concederle. No están presentes únicamente para gozar del espectáculo de la ejecución, sino también porque el proceso vindicatorio aún no ha terminado y en el momento de la ejecución se da la posibilidad del perdón, junto con la composición que debe seguirle. No se trata de un indulto, sino de la continuación de un proceso: el acto de llevar el reo al patíbulo es un acto más cercano a la ordalía del juicio vindicatorio que a la ejecución capital del Derecho penal. Así pues, esta provisión vindicatoria refuerza y otorga continuidad procesal a la acción de la parte de la víctima. Se trata de una característica que no es ajena a las preocupaciones de la moderna victimología.
- 2) Beccaria meditó profundamente y con gran ingenio psicológico sobre la inflicción de una pena aflictiva pero incruenta: la privación de libertad. Pensó sobre los constantes efectos de esta privación en la mente del reo. Para comprender bien el porqué de esa pena es necesario conocer el contexto histórico. El objetivo

de Beccaria era el de convencer a los partidarios del punitivismo sanguinario y de intensos sufrimientos físicos, haciéndoles ver su ineficacia. Sabía que no le bastaría la crítica moral. Así que emprendió un razonamiento de ciencia criminal contra los fanáticos del punitivismo. De este modo puede explicarse su itinerario psicológico: trató de convencerlos con el argumento de la eficacia del sufrimiento psíquico causado únicamente por la privación de libertad. Así se sustituía la intensidad del castigo afflictivo físico por la conciencia dolorosa asociada al pensamiento continuo sobre la privación de libertad. Es decir, la confrontación constante de la condición carcelaria con la comisión del delito. Así puede comprenderse mejor la doctrina penal beccariana, tal como Voltaire hizo en aquel tiempo: como un antídoto de racionalidad frente al fanatismo punitivo. Hay que entender que Beccaria no pensó intrínsecamente sobre la pena privativa de libertad sino en sustitución de penas mucho más atroces. Este es el logro ilustrado que Voltaire destaca y que Foucault, ya en otra época, parece pasar por alto. El sistema carcelario moderno debe confrontarse al punitivismo de la época en que surgió y apreciar debidamente la confrontación de Beccaria. Entonces, podríamos extrapolar la actitud de Beccaria en la actualidad: su posicionamiento se revelaría crítico con el populismo penal. Es muy probable que su espíritu de reformismo humanista tomase la dirección de la justicia restaurativa o reparadora, ya que en su época se opuso precisamente a la racionalidad penal más cruel. Incluso, podemos establecer una genealogía de parentela y de ideología entre Beccaria y su nieto, Manzoni, que ya tratamos en otra parte de este libro.

Así, la pena beccariana estuvo pensada para sustituir los castigos más crueles ejercidos con violencia física; y sobre todo contra la tortura y la pena de muerte, penas que por otra parte no han desaparecido en el ámbito penal actual. Sin embargo, actualmente, el humanismo penal de la *Edad de los Derechos* (Bobbio) nos ha hecho ver la contradicción entre el sentido restringido de la pena beccariana y la pena posbeccariana con sus objetivos de rehabilitación y reintegración social del reo. En este sentido, la justicia restaurativa o reparadora ofrece más garantías para eliminar el estigma que el sistema carcelario.

- 3) De manera análoga, Foucault ha puesto en evidencia la inhumanidad, el ejercicio de crueldad, incluso psicopático, de la obsesión punitivista, del control disciplinario del cuerpo y de la sujeción de mente y cuerpo a varias formas de poder sobre la vida en general. La indagación sobre la pena carcelaria, teniendo en cuenta especialmente las condiciones más inhumanas de prisión, ha suscitado varias críticas desde Cervantes, Dostoievski o Wilde. Es lógico que se piense en la abolición de las cárceles —un lugar solo para criminales juzgados irrecuperables para convivir en la sociedad democrática— o en su reducción drástica.⁶³³ En la perspectiva más optimista de la justicia restaurativa, la solución vendría dada por la expansión de sus procesos sin penas. Ello se acerca más a la realidad de los casos de justicia infantil y juvenil. Si las formas de justicia restaurativa se aplicasen a muchos más casos, se piensa que, en general, el encarcelamiento disminuiría considerablemente. Con todo, continúa existiendo un problema muy difícil de resolver para los delincuentes con graves adicciones delictivas, psicopatologías traducidas en conductas muy agresivas y compromisos con fanatismos de carácter político o religioso.

Desde la perspectiva de la cultura jurídica vindicatoria, no hemos de olvidar que la composición es siempre prelativa, que la parte de la víctima no pierde poder social como tampoco lo hace la parte del ofensor (porque son colectivas) ni que el sistema vindicatorio no renuncia a la venganza autorizada ni tampoco al talión o a la vindicta pública. Esto es, a los castigos crueles y ejemplares para algunos casos. Decimos esto para las personas que se sitúan en la parte de la venganza. Es decir, que tenemos un antecedente claro en la cultura jurídica vindicatoria de coexistencia entre composición y venganza. Para entender mejor las posibilidades de conciliar posicionamientos aparentemente irreconciliables, vamos a terminar este capítulo con un ejemplo proporcionado por la obra de un autor más bien humanista y de gran delicadeza moral como fue Dante Alighieri.

En el canto 29 del «Infierno» parece que hace compatibles la institución de la composición y reconciliación con la de la venganza en una

633 Cf. Iñaki Rivera, *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel*, Valencia: Tirant lo Blanch (2017).

faida. La exégesis literaria del canto 29 de la *Divina Comédia* está dividida entre quienes piensan que, efectivamente, Dante solicita la venganza para un antepasado suyo y los que creen lo contrario. Esto último se debe a que Dante había escrito mucho a favor de la paz y la reconciliación y, además, no había ni desafiado ni vengado a un ofensor de su padre. Ambos posicionamientos parten de la idea de progreso positivista de la moral y del derecho a la que Dante iría encaminándose. Sin embargo, podría suceder que Dante hubiera sostenido contemporáneamente ambas posiciones según los casos, tal como se da en la cultura jurídica vindicatoria. Esto es, que Dante estuviera familiarizado con una ideología y una actitud en la cual coexistían venganza y reconciliación. Es cierto que la prelación por la composición es inherente al sistema vindicatorio: incluso las *faidas* se regulaban de modo tal que facilitaban la composición y la reconciliación, pero esta prelación no anula la autoridad de la venganza. De esta manera, podemos proponer que Dante escogía la venganza o la composición según la naturaleza y gravedad de las ofensas; o que por lo menos tenía conciencia de la legitimidad de ambas acciones.

Dante, en su época, no tenía por qué sentirse obligado a efectuar el recorrido moderno del positivismo jurídico según el cual, forzosamente, tendría que haber preferido siempre la paz en todos los conflictos y rechazado la *vendetta* como algo bárbaro. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, precisamente donde él vivía, la *vendetta* existía y estaba regulada oficialmente. De hecho, en el año 1281⁶³⁴ —cuando Dante tenía dieciséis años— se promulgó en Florencia una disposición legal sobre la proporcionalidad en la *vendetta*: *de non inferendo maiorem iniuram vel offensam quam accepta fuerit*.⁶³⁵ Tal como explica el historiador Andrea Zorzi:⁶³⁶

La ley se limitaba a regular, no a impedir, la *vendetta*; esta debía de ser congrua... también es verdad que el texto se preciaba en advertir «quod per hoc capitulum nullus intelligat incitari ad vindictam».

634 Para todo lo que sigue: Dante nace en 1265. Compone la *Divina Commedia* en los primeros años del siglo XIV. Geri del Bello cae asesinado entre 1290 y 1295. Dante muere en 1321. En el año 1342 su hermano Francesco firma la paz entre los Alighieri y los Sacchetti.

635 Se trata del mismo criterio de prudencia y proporcionalidad que encontró Pigliaru para los pastores sardos de la Barbagia, y en otras partes (cf. Terradas, *Justicia vindicatoria*, op. cit.).

636 *La trasformazione di un quadro politico. Ricerche su politica e giustizia a Firenze dal comune allo Stato territoriale*. Firenze: Firenze UP (2008).

Zorzi establece el contexto político para esta provisión jurídica. Se trata de consolidar

il potere della Podestà per inquisire e punire i perturbatori dell'ordine pubblico... collegate alle pacificazioni dell'anno precedente che avevano visto la composizione anche di molti paci speciali, vale a dire, tra famiglie.

Es decir, tal como se corresponde con el ordenamiento vindicatorio, el énfasis recae sobre la composición para poner fin a las *faidas* existentes.

Al mismo tiempo, Zoizi muestra que la prelación por la composición no anula el derecho a la *vendetta*. Y que esto resulta válido para todos los estamentos sociales, no únicamente para los magnates. El podestà podía intervenir para asegurar el respeto a las treguas (para consolidar la paz), pero, a la vez, no era legítimo establecer una tregua para evitar una obligación de *vendetta*: se mantenía el derecho de *vendetta* para responder a la ofensa que la mereciera según la convencionalidad moral y política. Por este motivo añade muy significativamente Zorzi que: *Chiunque avesse commesso un'offesa «in personam alicuius» non poteva infatti richiedere e ottenere tregua, per non precludere l'eventuale consumazione della vendetta*. El análisis documental de Zorzi muestra, además, la importancia que tenía la responsabilidad de todo el grupo familiar para las garantías y las composiciones: en una sociedad dominada por las relaciones de patronazgo y con abusos por parte de los magnates sobre los humildes.

Así pues, el pasaje que vamos a referir del canto 29 se puede interpretar⁶³⁷ en el sentido de un respeto por el derecho de *vendetta* que permanece en suspenso y que no queda derogado por un derecho o valor moral superior. Quizás Dante lo suscribe, por lo menos, para sostenerlo a favor de un pariente consanguíneo, a pesar de que él mismo se hubiera pronunciado en otros de sus escritos contra las *faidas* y las *vendettas* en general. Sin embargo, en el contexto florentino de la legitimidad, tanto del derecho a la *vendetta* como del derecho a la paz, podía ser que el mismo Dante respetara ambas según el caso; o también según una edad o periodo de su

637 Entre muchas interpretaciones retengo las de Giovanni Fallani y Silvio Zennaro en la edición de la *Divina Commedia* de la editorial Newton de Roma (2014), otra de Paolo Costa en la edición ilustrada por Gustavo Doré, versión española de Aranda y Sanjuan, Barcelona: Maucci (1921); y la de Josep Maria de Sagarra junto a su traducción al catalán (Barcelona: Edicions 62, 1985). Los primeros comentaristas no creen que Dante fuese favorable al cumplimiento del derecho de venganza en su familia, mientras que Sagarra opina que Dante se avergüenza precisamente porque no se había cumplido con el derecho de *vendetta*.

vida. También es importante tener en cuenta el posicionamiento de sus parientes respecto a una deuda de sangre, porque tanto la iniciativa para la *vendetta* como para la composición afectaba a todo el grupo de familiares consanguíneos.

Un antepasado de Dante, un primo de su padre, Geri del Bello, parece que había sido un personaje conflictivo, un matón o *bully*; un pariente bastante molesto para la misma familia, ya que con sus excesos violentos la ponía en dificultades. Por este motivo, Dante no duda en situarlo en el infierno, en el noveno foso, entre los sembradores de discordia. Geri del Bello murió por *vendetta* entre el 1290 y 1295 por parte de uno de los Sacchetti en plena *faida* con los Alighieri. Esta *faida* no terminará hasta 1342, cuando Francesco, hermano de Dante, en nombre de todos los Alighieri, firmará la paz y acabará con la *faida*, veinte años después de la muerte del autor de la *Divina Commedia*.

La primera escena del canto xxix presenta al guía de Dante, Virgilio —*Il Duca*—, quien se da cuenta de que Dante permanece un buen rato mirando algo en el foso de los sembradores de discordia. Virgilio lo apremia porque *lo tempo è poco omai che n'è concesso, / e altro è da veder che tu non vedi*.⁶³⁸ Dante reconoce haberse parado en aquel lugar para mirar algo que le interesaba y responde a Virgilio diciéndole que, si él hubiera sabido el motivo de su atención, le hubiera dejado todavía más tiempo para ver lo que le atraía su atención. Luego, mientras Virgilio le precedía en el camino, Dante, siguiéndole, le confiesa que había visto a un *espíritu de su sangre*, sintiendo el lamento de una culpa que allí abajo (en el infierno) se escuchaba más intenso. Virgilio le aconseja que se olvide de la visión, mientras le dice que había visto aquel espíritu señalarle con el dedo como amenazándole, cuando él estaba todavía distraído mirando a otra alma. Virgilio le revela su nombre, Geri del Bello. Entonces Dante exclama: «*O duca mio, la violenta morte / che non li è vendicata ancor*», *diss'io, / «per alcun che de l'onta sia consorte, / fece lui disdegnoso...* ». Resulta claro que en este pasaje Dante está profiriendo una exclamación: se lamenta de que la muerte de su pariente *non li è vindicata ancor*, una obligación que le ata a él tanto como a sus parientes y que todavía no se ha cumplido. Dante es uno de aquellos hombres que pueden vengarlo o hacerlo vengar por parte de alguien de su familia. No haber actuado es una vergüenza: es lo contrario del honor que

638 Canto XXI vs. 11-12 y ss.

es patrimonio de toda la familia. Por lo tanto, Dante se siente partícipe de esta vergüenza, que la siente como una cobardía, la que ha despertado el desprecio del repudiado. Es con este desprecio que Geri del Bello abandona la escena. Esta es la valoración que Dante hace a partir de su actitud: *sí como'io estimo*. Es en virtud de esta representación moral que podemos decir que Dante manifiesta un vínculo de piedad con su antepasado. Una *pietas* que el mismo Virgilio en la *Eneida* entendía en el sentido romano de afecto y al mismo tiempo de obligación frente a los parientes consanguíneos. Dryden, en su traducción de la *Eneida*, explica que la piedad se refiere a todos los deberes del hombre para con los dioses, su país y sus parientes.⁶³⁹ De este modo, Dante —que en otra parte de su obra distingue entre piedad y compasión— podía escribir el verso 37 del canto XXIX por influencia directa del sentido de piedad en Virgilio, su guía entonces (*e in ciò m'ha el fatto a sé piú pio*; el catalán medieval lo traduce casi exactamente: *en çò me l'ha fet més piu*). Una piedad que sería la cualidad de un vínculo de parentesco, en el cual se combina el afecto con la obligación. Así, podríamos concluir que este es el principal desafío de toda la escena: Dante se ve comprometido con un vínculo de piedad que lo une con su pariente y que lo lleva directamente a una responsabilidad vindicatoria. En aquel momento Dante aprecia únicamente la deuda de sangre. Será su hermano Francesco, una veintena de años después de la muerte del poeta, quien firmará la paz en nombre de todos los consanguíneos Alighieri y transformará la obligación de venganza en una promesa solemne de reconciliación.

Dante muestra el núcleo de la razón vindicatoria: primero, una muerte inferida con violencia que constituye una ofensa que debe vindicarse; inmediatamente, el compromiso de todos los parientes consanguíneos con la obligación vindicatoria; luego, la vergüenza de no llevarla a cabo y el justo rencor del pariente todavía no vindicado. Dante reconoce la obligación de todo su grupo social, comprometido por afecto y por obligación para con su pariente: podemos pensar que es por este motivo que Dante permanece con la mirada fija en el pariente no vindicado, incluso con turbación. Dante siente la obligación de venganza establecida por el vínculo consanguíneo. También podría pensar en una excepción de la obligación vindicatoria, que sería precisamente la que ha colocado a Geri del Bello en el infierno. Porque al ser un matón, un «sembrador de discordia» lo po-

639 Sobre la *pietas* en la *Eneida* y sobre Dryden: James Garrison *Pietas from Vergil to Dryden*. Pennsylvania State UP (1992).

dría haber hecho acreedor del repudio por parte del propio grupo de parientes y, consecuentemente, declarado indigno de ser vengado. Ello ocurre cuando un pariente resulta un tormento para la propia familia, pero no se contempla esta posibilidad, a pesar de estar condenado en el infierno, de ser un cautivo⁶⁴⁰ del demonio. Aun así, para Dante todavía merece ser vengado. Por este motivo, el no serlo despierta la vergüenza de aquellos que, como Dante, parecen no haber escuchado el grito de la propia sangre. Así comparten la vergüenza, porque no comparten el honor.

Dante podía tener una predilección ética y política por el sumo bien de la paz y contra las *faidas*. Podía comprender perfectamente su conveniencia y su virtud. Asimismo, entendía y sentía también la llamada vindicativa de la sangre y sentía la vergüenza de quien no la siente. De este modo, podía entender y sentir el deber de *vendetta* que le inspiraba un vínculo de piedad por quien la estaba solicitando sin obtener respuesta. Ambos valores —paz y *vendetta*— podían coexistir en varias situaciones existenciales e intelectuales en Dante. Podía entender perfectamente la legitimidad de una *vendetta* y el valor de la paz, y gestionarlas sentimental, intelectual y políticamente; o bien una, o bien otra.

Con este ejemplo de Dante quiero evocar una perspectiva realista frente a la pluralidad de reacciones que determinados delitos y castigos provocan en una sociedad democrática. Con Dante tenemos un precedente histórico que nos ayuda a comprender cómo es posible una sociedad con recursos normativos plurales y antagónicos, pero que incluso la misma persona puede sobrellevarlos sin que tenga conciencia de contradecirse. Así, podemos desarrollar aproximaciones entre formas de justicia que parecen incompatibles, pero que de un modo u otro forman parte de la forma en que hemos asegurado nuestra convivencia civil. Se trata de aumentar el conocimiento mutuo de posiciones aparentemente opuestas pero que se pueden juzgar como más próximas, sobre todo si nos fijamos con sinceridad en las circunstancias en que cada uno de nosotros es más propenso a la aplicación de la justicia estricta, del perdón y de la reconciliación, de la venganza, del olvido...; o en general de cualquier posicionamiento que, en principio, nos integra en lo irrevocable e intransigente.

640 Parece que la etimología de *cattivo* (malo, malvado) deriva del propio Dante, ya que para él los malvados eran también cautivos del demonio (cf. El Etimológico Zanichelli).

24. JUSTICIA COMÚN Y JUSTICIA SOCIAL

Existen dos tipos de conflictividad en las sociedades humanas. La relativa a disensiones y abusos o violencias entre personas o entre grupos sociales —enfrentados entre sí dentro de un orden social o régimen político determinados— y las que suponen un enfrentamiento más evidente con ese orden general de la sociedad. La distinción no es clara en varios conflictos, pero sí en sus extremos: no es lo mismo un asesinato movido por el lucro que una revolución violenta movida por cambiar el régimen político y su orden social correlativo. En situaciones más individualizadas o que incumben a grupos específicos, también se pueden solapar ambos extremos. No obstante, en general, se suelen tratar social y jurídicamente como distintos. La Sociología y Antropología políticas han teorizado en dos direcciones principales frente a esta cuestión: estableciendo el orden social basado en una conflictividad inherente a este, o bien tratando la conflictividad como excéntrica al orden social como tal o equilibrada por este.

Las primeras teorías se han reconocido como teorías del conflicto, con planteamientos especialmente deudores del marxismo. Las segundas se han desarrollado en torno al paradigma estructural-funcionalista.⁶⁴¹ Las primeras son más dadas a relacionar la mayoría de los conflictos microsociales con las tensiones y violencias creadas por el orden social general. Las segundas, en cambio, opinan que el orden general es capaz de controlar todas las tensiones y la parte no controlada se trata como la excepción marginal a ese orden: es la que en nuestra sociedad cae bajo el Derecho penal. Si, en las primeras, las motivaciones del conflicto son sociales y suponen por lo menos un estado latente de rebelión contra el orden social, en las segundas son móviles personales para cometer delitos. De este modo, unas teorías se centran en la justicia social como base

641 Para un significado preciso de este debate en la historia de la Antropología: Elman Service *A century of controversy*, *op. cit.*

para comprender el conjunto de la conflictividad;⁶⁴² y otras en la justicia común, o del delito, común para explicar lo que se consideran excepciones a un orden mayoritariamente aceptado.⁶⁴³ El estructural-funcionalismo ha predicado más bien una teoría de la estabilidad social. Ha admitido una tensión social, pero como la misma forma de equilibrio y solidez. En su época se hizo célebre la metáfora de tensionar las cuerdas de una tienda de campaña para asegurar su estabilidad frente al viento. Las actitudes y conductas que son conflictivas entre sí alcanzan compromisos, negocian y estabilizan la sociedad, a la vez que la dinamizan. Algunas teorizaciones incorporaron la conflictividad menos que otras.⁶⁴⁴

La perspectiva de la justicia social basada en la experiencia personal e institucional de una injusticia social —o una serie de estas— choca con la idea positivista del Derecho: la de un ordenamiento válido y eficaz para toda la sociedad, legitimado por una normativa básica (constitucional). El positivismo jurídico encaja peor con las teorías del conflicto que con el estructural-funcionalismo, más o menos actualizado; y encaja aún menos con las versiones neomarxistas de estas. Al mismo tiempo, existe una «coartada» para presentar el modelo de Derecho y justicia común como el más válido jurídicamente: la seguridad jurídica. Esta significa la estabilidad en la predicción que cualquier ciudadano toma respecto a su conducta social. No solamente la seguridad respecto a la inseguridad procedente de las conductas delictivas (la expectativa sobre su prevención y represión

642 Una de las etnografías históricas más notables en esta dirección es la de Paul Friedrich, *Agrarian Revolt in a Mexican Village*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall (1970). Para una mejor comprensión de la complejidad mexicana ante su tradición revolucionaria, la apuesta por la democracia y la conflictividad en torno a la propiedad de las tierras: Marco Estrada y Juan Pedro Viqueira, *Los indígenas de Chiapas y la rebelión zapatista. Microhistorias políticas*, México: El Colegio de México (2010).

643 Con todo, hay una Antropología jurídica y política que ve en el delito común y en su tratamiento jurídico y político la clave para comprender todo el orden social: la hemos considerado a propósito de la obra de Jean Comaroff y John L. Comaroff, *The Truth about Crime...*, *op. cit.*

644 Así, Alfred R. Radcliffe-Brown en *Structure and Function in Primitive Societies*, Londres: Cohen and West (1952), menos que Meyer Fortes en *Kinship...*, *op. cit.* No obstante, en ambos autores, en sus etnografías aparecen los conflictos de un modo mucho más conspicuo y sin escatimar informaciones que apuntan a graves trastornos de la sociedad en general. De esta manera, Peter Worsley pudo utilizar los datos etnográficos de Meyer Fortes para dar una versión de mayor conflictividad y ruptura en la sociedad Tallensi: «The Kinship System of the Tallensi: A reevaluation», *JRAI*, 86 (1956).

por parte de las instituciones securitarias), sino el despeje de cualquier ambigüedad o confusión respecto a las normativas jurídicas, el sentirse «seguro» ante la ley, ante la defensa de conductas e intereses legítimos y ante actitudes y conductas que, sin estar previstas explícitamente por la ley, esta las debe respetar o tolerar necesariamente. Es decir, la existencia de un estado de cosas jurídico que permita desarrollar la vida cotidiana de los ciudadanos sin «sorpresas» o malentendidos que acaban en un juzgado. Una vez más se trata, en el fondo —siguiendo los planteamientos de Costa y de Vinogradoff—, de que se dé un acoplamiento tranquilo entre el sentido común y el orden jurídico, este que procede de la Legislación y de la Jurisprudencia. Con todo, sabemos que este acoplamiento no es perfecto: hay suficientes resquicios y situaciones para poder apreciar importantes sectores de vida social que no gozan de seguridad jurídica. La propia Legislación tiene contradicciones, comenzando por disposiciones fundamentales reconocidas constitucionalmente. Derechos que deberían conciliarse y que lo harán más y menos en la vida de cada persona. La jurisprudencia española ha tenido que resolver más de un caso sobre esas contradicciones; y con una jurisprudencia resultante no siempre unívoca (no solo entre distintos tribunales, sino también con votos particulares): libertad religiosa y libertad de expresión, libertad religiosa y derecho a la vida, participación y representación democráticas, derecho a una vivienda digna y derechos de propiedad, derecho al trabajo y derecho según el mercado, etc. La inseguridad jurídica queda establecida no solo como algo que afecta a situaciones marginales, sino como una contradicción endémica que afecta al ejercicio de los derechos fundamentales.

La visión estructural-funcionalista sobre estos conflictos sitúa la problemática en una tensión que se considera llevadera. Es más: se la considera creadora de los compromisos que pueden obtenerse con el Derecho: tolerancias relativas, opresiones resignadas y continuos compromisos. Evidentemente, las partes perdedoras lo sufren como deterioros del bienestar en su vida, menoscabo de su dignidad humana y pérdida del valor del Derecho para defenderse. El objetivo del Estado «liberal-conservador» es el de mantener la tensión necesaria para que la normativa que necesita para su orden social se vaya aplicando. Para conseguirlo, entiende la seguridad jurídica de un modo relativo: que a través de juicios y recursos de todo tipo puedan mantenerse los pilares y las prácticas más convenientes para el orden social establecido. Así, en la interpretación liberal-conservadora del Derecho —afín al modelo estructural-funcionalista de la Sociología y

Antropología— se establece una idea prevalente de una sociedad obtenida a base de equilibrios múltiples. El principio liberal es el de la tendencia a la igualdad al establecer estos equilibrios, lo que traducido al Derecho civil sería la igualdad de armas para todos los conflictos, entendiendo que dicho principio debe extenderse «civilmente» sobre toda la conflictividad social. Ahora bien, este principio democrático, protagonizado por el Derecho civil y la economía de mercado, choca con la realidad hecha de élites privilegiadas, monopolios y otras posiciones de ventaja. Así, tenemos una ficción de equilibrio e igualdad jurídicos para una sociedad desigual en recursos y desequilibrada en poderes. Sin embargo, la ley «igual para todos», empeñada en esta ficción liberal, no puede hacer frente al principio aristotélico que inspira su epiqueya o equidad; y es que se necesita un trato desigual para posiciones desiguales; pero al Derecho (positivo) le cuesta mucho amoldarse a los hechos, en todo caso es él quien los prueba, difícilmente tolera que los hechos le obliguen a admitir otra normativa. Ahora bien, este es el desafío de la equidad aristotélica: que unos hechos deban alterar la ficción de la igualdad ante la ley. Uno de los casos más ilustrativos es el de la enorme dificultad que tuvo en su día y que sigue teniendo la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por traducir jurídicamente una desigualdad de hecho frente a la ficción de la igualdad en Derecho. El fácil recurso a la inconstitucionalidad por desafiar el principio de igualdad es propio de esa ceguera frente a las desigualdades de hecho que son las responsables de la «desigualdad de armas» para tantos casos. El problema está en que el tribunal constitucional ha querido responder en términos de Derecho lo que, precisamente, por los hechos, obliga a introducir un factor de realidad en el esquema normativo. Con ello su respuesta no ha dado la seguridad jurídica necesaria, porque para darla el poder judicial debería ser más «heterodoxo» y centrar toda la desigualdad en los hechos y tomar a estos como definición para la validez de la norma, es decir para su reconocimiento y aplicación. Esto equivale a admitir una crítica realista radical al positivismo jurídico. Al no hacerlo o, mejor dicho, al hacerlo a medias, se navega entre dos aguas y la consiguiente inseguridad jurídica da alas a nuevos recursos de inconstitucionalidad y a la derogación —entre política y jurídica— de la ley.

Así las cosas, nos encontramos con equilibrios inestables o conflictos contenidos, lo cual significa inseguridad jurídica en la realidad. Pragmáticamente, significa que, por ejemplo, una víctima de violencia de género no esté segura ni de acudir a un tribunal ni de formular una denuncia porque

el Derecho no ha incorporado suficientemente el hecho, la realidad que ella ha vivido. Su desigualdad de hecho no le da suficiente derecho (poder ante el Derecho) delante de todos los representantes de la «igualdad ante el Derecho». La persistencia de esta ficción impide que se introduzca el factor de equidad. Con ello se perpetúa la inferioridad fáctica y jurídica de la víctima: ni la LO del *Estatuto de la víctima del delito* lo consigue: todo son parches jurídicos a un Derecho que no quiere partir realmente de los hechos, que no se atreve a sustituir la «igualdad ante la ley» por la desigualdad de hecho ante la ley. El miedo del corporativismo jurídico radica en que la introducción de un principio fáctico para dar significado y validez a la norma representa un peligro para toda la interpretación formal del Derecho; pero esto no ha supuesto ninguna desorganización ni desintegración del sistema jurídico en otros ordenamientos, como veremos más adelante.

El recorrido que va de la idea de *justicia común* a la de *justicia social* pasa precisamente por este reconocimiento de las realidades fácticas frente a las ficciones jurídicas, las realidades constitutivas de desigualdades o las discriminaciones de todo tipo que se enfrentan a las representaciones jurídicas de igualdad. Los casos de justicia social son aquellos en los que las desigualdades y discriminaciones fácticas se han traducido parcialmente, o ni tan solo parcialmente, en los tipos de la justicia común, tanto civil como penal.

Históricamente, el trato de las desigualdades como un problema de justicia social se plantea como un objetivo revolucionario. Es decir, que se es consciente de que hay que cambiar radicalmente el orden social para que la desigualdad se tenga como una injusticia social que hay que corregir masivamente. No hay que olvidar que las revoluciones han creado Derecho, por más que hayan cesado como tales o que hayan sucumbido a poderes contrarrevolucionarios. Los casos más notables son los de la Revolución francesa, la independencia americana y la Revolución rusa. Las dos primeras introducen los derechos humanos como normas fundamentales para quedarse en las constituciones de muchos países; la rusa introduce el sujeto colectivo de Derecho, que también irá ganando terreno constitucional, por ejemplo, con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.⁶⁴⁵

645 Cf. Mikel Berraondo, *La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Punto y seguido*. Barcelona: alterNativa (2007).

Otros aspectos de la justicia social se han perdido con el fracaso interno y la destrucción reaccionaria de la revolución. El más notable de todos ellos es el del derecho a *resistir la opresión*,⁶⁴⁶ que estableció la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* en la Asamblea Nacional Francesa de 1789,⁶⁴⁷ junto con *los derechos naturales e imprescriptibles del hombre*, a saber, *la libertad, la propiedad y la seguridad*. La Convención Nacional, en su *Declaración de los derechos del hombre* (29 de mayo, 1793) mantendrá también en el primer párrafo de su artículo primero:

Los derechos del hombre en sociedad son la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad, la garantía social⁶⁴⁸ y la resistencia a la opresión. Dispondrá, asimismo que: En todo gobierno libre, los hombres deben tener un medio legal para resistir a la opresión, y cuando este medio resulta impotente, la insurrección es el más santo de los deberes. Sigue a esta disposición la de que un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no tiene el derecho de someter a sus leyes a las generaciones futuras. Toda sucesión en las funciones es absurda y tiránica.

Luego, sigue la declaración de 23 de junio de 1793 que, aunque relega el tema de la resistencia a la opresión a párrafos posteriores, precisa (I, 33-35):

La resistencia a la opresión es consecuencia de los demás derechos del hombre. Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros está oprimido. Hay opresión contra cada uno de sus miembros cuando el cuerpo social está oprimido. Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo, y para cada porción del pueblo el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes.

646 La Constitución del Estado de Massachusetts de 15 de junio de 1780 ya establecía el *derecho del pueblo de cambiar su organización política y para tomar las medidas necesarias para su seguridad, su prosperidad y su felicidad*. Este cambio debía proceder *cada vez que los grandes fines (tranquilidad y seguridad en sus derechos naturales y bienestar en la vida) no hayan sido alcanzados*. Esta constitución utiliza la figura del contrato social entre todos y cada uno de los ciudadanos para gobernarse con leyes pensadas para el bien común de todos ellos. Cf. A. Aulard y B. Mirkine-Guetzévitch *Les Déclarations des Droits de l'Homme*, París: Payot (1929).

647 La fuente sigue siendo A. Aulard y B. Mirkine-Guetzévitch *Les Déclarations des Droits de l'Homme*, París: Payot (1929).

648 *La garantía social de los derechos del hombre consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos. Esta garantía descansa en la soberanía nacional. La garantía social no puede existir, si los límites de las funciones públicas no están claramente determinados por la ley y si la responsabilidad de todos los funcionarios públicos no está asegurada* (art. I, 24-25).

Estas disposiciones desaparecerán en la posterior *Declaración de los derechos y deberes del hombre y del ciudadano*, del 22 de agosto de 1795, una vez instalado el poder reaccionario contra la Convención Revolucionaria.

En el preámbulo de la *Declaración universal de los derechos humanos*, de 10 de diciembre de 1948, hecho por la Asamblea de las Naciones Unidas, se considera que es *esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión*. De lo que resulta que ya no se dispone del derecho a rebelarse contra la opresión. Este ya no figura en ningún artículo. Se presume que la adhesión internacional —inexorablemente universal— a esta declaración de la ONU deroga ese derecho por innecesario. A partir de esa premisa convencional, bastará la adhesión o una formulación análoga de derechos humanos por parte de un Estado para no reconocer el derecho a la rebelión, puesto que entonces significaría la rebelión contra unos derechos fundamentales indisponibles. Es así como puede esgrimirse una normativa fundamental, una constitución, para ilegitimar el derecho a rebelarse contra un régimen que, de hecho, no respeta los derechos humanos. La previsión y provisión legal de la Revolución francesa queda neutralizada con la presunción de la declaración de 1948. En esa época, este argumento representa, principalmente, al mundo de las democracias liberales euroamericanas. El bloque soviético tampoco reconoce el derecho a la resistencia y rebelión contra la opresión del régimen político. Su Constitución (de la República Socialista Federal Soviética Rusa) de 11 de mayo de 1925⁶⁴⁹ se declara en un proceso revolucionario que no prevé de ningún modo que se deba conservar el derecho a resistir y rebelarse contra la tiranía que pudiera establecerse, ni entonces ni en un futuro. Se declara al mismo proceso revolucionario, liderado por el Gobierno soviético de la República, la suprema garantía para la defensa de los *derechos del pueblo trabajador y explotado*. La Constitución declara que la República (de acuerdo con la declaración del V Congreso Panruso de los Soviets) *tiene el propósito de garantizar la dictadura del proletariado con el fin de aplastar a la burguesía, suprimir la explotación del hombre por el hombre y realizar el comunismo, bajo cuyo régimen no habrá ni división de clases ni poder del Estado*. Con lo cual la obra de la revolución contra la

649 En A. Aulard y B. Mirkiné-Guetzévitch, *op. cit.*

injusticia social queda forzosamente incorporada en lo que se representa como un Estado provisional —que se autodenomina *obrero-campesino*— que está liderando una revolución que, entre otras cosas, va a acabar con su propia institución. Hay otros enunciados que harían innecesaria la revolución contra el sistema soviético; esta misma Constitución soviética de 1925 declara que

es absolutamente contrario a las leyes fundamentales de la República oprimir a las minorías nacionales o limitar sus derechos, y aún más, instituir o tolerar cualquier tipo de privilegios (directos o indirectos) en beneficio exclusivo de cualquier nacionalidad; reconoce a estas nacionalidades el derecho a dividirse, en virtud de decisiones de sus congresos de soviets, ratificadas por los órganos supremos de la República socialista Federal Soviética Rusa, en repúblicas y regímenes socialistas soviéticos autónomos.

La misma Constitución protege el uso de las lenguas maternas en los congresos, los tribunales, la administración y en la vida social. Rubrica que *las minorías sociales tienen el derecho de instruirse en la escuela con su lengua materna*.

Así, el derecho a la resistencia y rebelión contra la opresión de un orden social queda neutralizado por unos y por otros. Por unos, por la presunción de una adhesión motivada y eficaz para la realización de los derechos humanos. Por otros, por estar realizando una revolución a su favor. Unos destacan el valor de las libertades individuales. Otros, el de la justicia social que lucha contra opresiones de clase y de nacionalidad.

La Revolución francesa planteó de varios modos la lucha contra la injusticia social. No lo hizo únicamente con esta referencia al derecho de luchar contra la opresión, que también podía entenderse como un derecho protagonizado por el mismo Estado francés revolucionario, de un modo similar a como lo interpretaría después el Estado soviético; también lo hizo directamente, al entender de su legislador, incorporando diversas provisiones legales contra el régimen señorial y contra los excesos del nuevo capitalismo. Respecto a este último, se tipificaron nuevos delitos, algunos relativos al acaparamiento, los monopolios y la manipulación de precios, que quedarían ya para el Código Penal; otros, no menos significativos, tendrían menos fortuna legal, como el delito de *negociantismo*, el cual consistía en aprovecharse de cualquier situación de desventaja de una

de las partes ante un contrato, de trabajo o de compraventa para empobrecerla o perjudicarla de algún modo.⁶⁵⁰

El periodo de la Convención Nacional se movió atacando esos dos extremos: el del régimen señorial, que de un modo u otro se resistía a desaparecer, y el del nuevo capitalismo que ya abusaba de su poder. La justicia social de la Revolución francesa representaba la lucha contra ambos despotismos. En la medida en que el antiguo régimen persistirá y en que los abusos del capitalismo no cederán, las ideas de justicia social de la Revolución francesa seguirán vigentes.

Para apreciar el concepto de *justicia social* es imprescindible cotejarlo con las legislaciones revolucionarias, con su forma de señalar y definir las injusticias que afectan a colectivos humanos y a las que las revoluciones dicen oponerse. Frente a la injusticia social, el Derecho ha legislado de un modo revolucionario o reaccionario. Hay que conocer el origen histórico y las sucesivas transformaciones de la legislación y dar cuenta de cambios, a menudo poco conocidos, de su semántica práctica. Así, el significado de la propiedad durante la Revolución francesa adquiere un sentido bastante diferente del anterior, inmerso en el régimen señorial, así como del posterior con el liberalismo. El periodo álgido de la Revolución francesa, el de la Convención, tiene el cometido de dotar de seguridad a la propiedad frente al régimen señorial y a la vez reacciona contra el abuso capitalista de esa misma propiedad. Por una parte, reconoce las propiedades que van emergiendo de los antiguos dominios útiles (sujetos a cargas señoriales) y quiere dotarlas de seguridad jurídica como nuevas nudas propiedades. Al mismo tiempo, se enfrenta a las funciones de acaparamiento y especulación de las propiedades capitalistas que ve con disgusto que empobrecen incluso a otros propietarios y que perjudican a las condiciones de vida de buena parte de la población. Esta doble cara de la injusticia social genera malentendidos en posteriores interpretaciones: así se exagera la idea de una propiedad absoluta, conveniente para el interés de la burguesía liberal, pero que en su época correspondía a la emancipación de la posesión maniatada por el régimen señorial; y no se entiende, o se pasa por alto, que al mismo tiempo, cuando esa propiedad devenía fuente de excesos de explotación y especulación que perjudicaba a amplios sectores de la población, el mismo régimen revolucionario que la apoyaba, se viera obliga-

650 Cf. «Chalier en Lyon»: VV. AA., *Collection Complète des Tableaux historiques de la Révolution Française*, Paris (1804).

do a domeñarla. Esto ha dado pie a interpretar la Revolución francesa solo como una revolución burguesa, si se atiende únicamente a la parte que luchaba contra el régimen señorial; o como una revolución más radical contra la misma propiedad, lo que deslegitima su lucha contra la parte abusiva de lo que la misma Revolución liberaba como propiedad. Todo por no tolerar ninguna interferencia con el poder arbitrario de cierta política de la propiedad, la pensada precisamente para abusar. Esta segunda interpretación trata de desprestigiar toda la política revolucionaria contra los excesos del capitalismo y la confunde del todo con el régimen del Terror, que desde luego la mancilló en buena medida.⁶⁵¹

El Derecho, tal como nos llega, es un resultado histórico de revoluciones bastante (o muy) fracasadas, de intereses que van prevaleciendo con pocas transformaciones y de resistencias a la injusticia —más individual que social— que ganan y pierden según coyunturas legislativas y jurisprudenciales. El conocimiento histórico resulta imprescindible. Así se evitan los prejuicios y supuestos que predicán una evolución de progreso a favor del conglomerado Derecho-justicia. En este predicamento las contrariedades suelen pasarse por alto, por culpa de un conocimiento parcial de la historia.

Actualmente, las democracias liberales (más o menos democráticas o liberales) cuando ceden al fanatismo capitalista, tratan de blindarse jurídicamente contra posibles rebeliones en pos de la justicia social y los derechos humanos. El arma más atendida para sofocar la lucha por los derechos que han dado lugar y desarrollado las mismas democracias liberales consiste en enfrentar sus instituciones contra su razón de ser.⁶⁵² Básicamente: enfrentar una constitución que se hizo para implantar y desarrollar la vida conforme a la promulgación de derechos fundamentales, derechos humanos, contra esos mismos derechos. Ahora bien, ni todo el poder judicial ni el legislativo van al unísono contra las raíces de sus instituciones democráticas. Hay profundas divisiones y constantes dis-

651 Para obtener una opinión ponderada de todo ello, es necesario consultar varias obras de historia de la Revolución francesa. Basta aquí nombrar a algunos destacados autores: A. Aulard, A. Soboul, P. Mathiez, M. Vovelle, F. Furet, J. Tulard, A. Fierro...

652 Lo que a nivel jurídico fundamental consiste en socavar lo constituyente con lo constituido: destruir el espíritu y valores del proceso constituyente de una Constitución con la interpretación de la misma a favor de unos intereses que pueden ampararse con su letra muerta: tema ampliamente tratado por Bartolomé Clavero: *Constitución a la deriva*, Barcelona: pasado y presente (2019).

crepancias; además de entre legisladores, entre instancias judiciales, entre mayorías y votos particulares.

Uno de los casos que pueden ilustrar ese fenómeno es el que claudica con la STS 161/2015 de 17 de marzo.⁶⁵³ De manera sucinta: hubo una protesta en los alrededores del Parlamento de Catalunya que trataba de impedir que los diputados votaran por mayoría un decreto que mutilaba los recursos económicos relativos a varios derechos fundamentales, especialmente a la salud y a la educación. La protesta no surtió efecto y los recortes se votaron con gravísimas consecuencias para la vida de los catalanes, evidentes sobre todo en la merma de la salud de muchos de ellos.⁶⁵⁴ Con la pandemia se puso aún más en evidencia el mal causado, ocasionó más morbilidad y mortalidad. La coincidencia de muchos países en esas políticas de empobrecimiento y el éxito de la propaganda hipercapitalista,⁶⁵⁵ con su clasismo eugenésico implícito, impidieron y siguen impidiendo la denuncia de una violencia organizada y pautaada con algunas normativas (como la que revolucionó la Constitución española anteponiendo el lucro

653 Cf. Marco Aparicio Wilhelmi, «Poniendo el Derecho a la protesta a régimen (Democrático). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 161/2015, de 17 de Marzo». *Jueces para la Democracia*, (83) (2015).

654 Hecho experimentado empíricamente y constantemente reiterado en críticas y protestas contra los excesos de los fanáticos del interés del capitalismo privado frente a las responsabilidades públicas. La mutilación de la financiación en las responsabilidades adquiridas en los sistemas públicos (de sanidad y educación principalmente) obra en perjuicio de la integridad de la vida y personalidad de los españoles. Incluso órganos de propaganda de este fanatismo han reconocido el mal causado (aunque en otros países): «Recortar en sanidad y servicios sociales aumenta, y mucho, la mortalidad de la población» *ABC*, 17/02/2017. En Grecia es dónde se ha podido estudiar mejor la relación entre el aumento de suicidios y las políticas de los fanáticos contra el sector público y su responsabilidad social: Nikolaos Antonakakis, «The impact of fiscal austerity on suicide: on the empirics of a modern Greek tragedy» *Social Science & Medicine*, 112 (2004); George Rachiotis *et al.*, «What has happened to suicides and their determinants (2003-2012)», *British Medical Journal Open*, 5(3) (2015). Sobre la reorganización social ante el chantaje financiero contra Grecia: Jordi Alzina, «La clínica social d'Irakkion (Grècia): un exemple de resistència i solidaritat davant la indefensió neoliberal», *Pedagogia i Treball social*, 4(2) (2016).

655 Sigo la idea establecida por Thomas Piketty y colaboradores a partir de sus trabajos empíricos sobre la economía de la desigualdad y el análisis de las ideas concomitantes a la misma. Piketty pone en evidencia el desarrollo capitalista de la desigualdad, socavando incluso los principios de las democracias liberales, generando más privilegios de hecho: *Capital et Idéologie*, *op. cit.*

privado de la deuda pública a la responsabilidad pública y directa con la vida de las personas).⁶⁵⁶

Como dice Perfecto Andrés Ibáñez, citado por Marco Aparicio, el magistrado que con su voto discrepa de la mayoría de la Sala de lo Penal al reprobar la protesta pública ante el parlamento catalán: *El objeto de esta causa tiene connotaciones políticas tan intensas, que difícilmente podría darse una aproximación de derecho que no comporte o traduzca también una previa toma de posición del intérprete en ese otro plano.* Marco Aparicio⁶⁵⁷ analiza los elementos de esa división de salas por *intensas connotaciones políticas*. Por un lado, la Audiencia Nacional, con una resolución mayoritaria favorable a la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación; por otro, el Tribunal Supremo, con su resolución mayoritaria favorable al derecho a la participación política por medio de representantes. Para este último juzgador y sentenciador,

lo que perseguían los allí concentrados era atacar las raíces mismas del sistema democrático. Despojar al órgano que expresa la voluntad popular de toda posibilidad de creación normativa... El ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión, no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional... Paralizar el trabajo ordinario del órgano legislativo supone afectar, no ya el derecho fundamental de participación política de los representantes políticos y, en general, de los ciudadanos catalanes, sino atacar los valores superiores del orden democrático.

El TS, resolvió, siguiendo con el análisis y comentarios de Marco Aparicio, *condenar a unos pocos (ocho en total), por el efecto intimidatorio que la acción colectiva (según la sentencia de instancia de un total de cien, sobre el millar total de participantes) habría provocado.* Así, la condena se hallaría cerca de una represalia sobre chivos expiatorios por un delito distribuido en la acción de un mayor número, condena típica de las represalias contra enemigos declarados. Marco Aparicio concluye que, en contraste con la

656 El tema de los recortes ha dado lugar a muchas reacciones, aunque no disponemos de un estudio empírico y crítico sobre todas sus consecuencias. Cada institución ha disimulado y camuflado a su manera los efectos perjudiciales de los recortes debido a su aceptación hegemónica, de la que han dependido muchos cargos y aspiraciones a cargos. Cf. Unión Sindical Obrera «Hospitales desbordados y colapso de la Sanidad: un año de COVID en 1.ª línea»; Ricard López «Recortes, 'procés' y mala gestión: el cóctel letal del coronavirus en Catalunya», *Crónica Global*, (2020, 11 de julio).

657 Marco Aparicio, *op. cit.*

opinión mayoritaria vertida en la sentencia de la Audiencia Nacional, la sentencia del TS no *solo no protege la disidencia, sino que la criminaliza*.

Con ello se consigue, e incluso podríamos considerar que se pretende, el «desaliento» de quienes quieran ejercer la protesta frente a decisiones vividas como injustas. Como se señala en la sentencia de la Audiencia Nacional objeto de recurso: «la sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política. Porque las acciones que las acusaciones pretenden incriminar consistían en la expresión pública de la crítica a quienes ostentaban en aquel momento la representación popular [...], algo que se integra en el núcleo de la democracia, en el corazón del sistema, en la medida que expresa participación ciudadana directa, libertad de expresión, pluralismo político y acceso al espacio público de las voces de disenso de los desfavorecidos por las políticas públicas de austeridad, es decir, remoción de los obstáculos a la igualdad (Audiencia Nacional, Sentencia 31/2014, apartado 2.1.3, p. 68).

Si tratamos de desarrollar la cuestión volviendo al tema de *las intensas connotaciones políticas* suscitado por Perfecto Andrés Ibáñez, nos topamos con algo típico del derecho simbólico, un segundo plano de interpretaciones político-ideológicas. Por un lado, una actitud de «izquierdas» benévola con todo lo que suponga protestas, manifestaciones y expresiones que tengan como objetivo reivindicar valores democráticos, igualitarios, de libertad, de justicia y de bienestar social. Por otro, un frente reaccionario de «derechas». La actitud reaccionaria suele ver, antes que nada, en cualquier protesta contra alguna institución del Estado o del mercado, un desafío a la autoridad, una amenaza a la convivencia en seguridad y tranquilidad; o por lo menos cierto malestar por el hecho de protestar y manifestarse fuera de los cauces jurídicos y administrativos del mismo Estado. La misma imagen de una manifestación —si no es por una causa de su agrado— se tiene como una conducta de mal gusto. Manifestarse, sobre todo en plena calle, es de mal gusto. Litigar con buenos abogados es de buena educación. Sin ese plano que opera simbólicamente, no se entiende bien todo el alcance político e ideológico de las decisiones judiciales. Aunque, estrictamente, recordémoslo, el conflicto jurídico es entre la libertad de expresión y manifestación, y la participación política a través de representantes escogidos, de tal modo que el impedimento de estos en el ejercicio de sus funciones supone un ataque a la acción democrática

incoada por el sufragio activo. El Derecho se debate formalmente entre esos dos grupos de derechos.

La representación judicial del conflicto hizo que la Audiencia Nacional fallara mayoritariamente a favor de los derechos de los manifestantes y que el TS lo hiciera en su contra y a favor de la tarea de los parlamentarios elegidos. No obstante, ni en una sede ni en otra se planteó la cuestión sustancial del caso, fuera del conflicto más abstracto entre los derechos de participación directa del pueblo y los de la acción parlamentaria de sus representantes. Es decir, de qué y por qué se protestaba, y si la materia de la protesta comprometía el mismo ser del sistema democrático. En otras palabras, si el Parlamento tenía derecho a cercenar unos derechos fundamentales, imprescindibles para la integridad de la vida (salud) y el libre desarrollo de la personalidad (educación), unos bienes jurídicos que deberían tenerse por indisponibles. La cuestión era de si la mayoría parlamentaria iba a ejecutar un daño contra valores y derechos indisponibles, lo cual nos remitiría a la tradición de resistencia contra los ataques a los derechos fundamentales de la constitución democrática de la sociedad.

Porque, por otra parte, ese mismo TS desautorizó y condenó poco tiempo después a ese mismo Parlamento por haber tratado cuestiones que no podían ni plantearse ante el orden constitucional que protegía a todos los españoles, incluidos los catalanes; y con más ahínco condenó (por sedición) la labor de discusión parlamentaria, la protesta callejera y la amenaza puramente simbólica de representar un estado de secesión en el Estado español, que no montó ni la escena ni la escenografía para actuar declarándolo.

Sin embargo, el atentado parlamentario efectivo contra unos derechos fundamentales en el primer caso no dio lugar, como en el segundo, a su reprobación y represión directas por parte del poder judicial. Reiteramos: los recortes económicos iban dirigidos contra el derecho a la integridad física y psíquica de las personas (salud) y al libre desarrollo de su personalidad (educación). Todos los que hemos trabajado en alguno de esos ámbitos hemos constatado la destrucción infligida por esos recortes o mutilaciones presupuestarias, que no parecen revertir ni para reparar, por lo menos en parte, los daños causados. No ha habido un reconocimiento de los daños y perjuicios causados a la salud de muchas personas y a su educación (como ámbitos más destacados) por parte de los responsables de esas decisiones. Al contrario, la prevalencia política e ideológica se sustrae a cualquier tipo de responsabilidad veraz al respecto. En cambio, las res-

ponsabilidades por los delitos o conatos de delito de desobediencia y sedición se han ido depurando, a pesar de haberse revelado como simulacros con pocos efectos reales. Siendo simulacros, poco daño pudieron hacer, solo algunas molestias ideológicas,⁶⁵⁸ mientras que los recortes económicos en el sistema sanitario dañaron y siguen dañando hasta producir con sigilo político la muerte de personas.

658 Evidentemente, esta es una cuestión para otro análisis. Sucintamente: desde una perspectiva antropológica general parece que se trató de una batalla simbólica jugada jurídicamente. Por eso el poder judicial entró en acción, aunque la fuerza del Parlamento catalán fuera de hecho únicamente simbólica. Ello reveló el análogo apego (que también puede confundir realidad de fuerza material y símbolo) del poder judicial español a lo simbólico, con lo cual no tuvo más remedio que traducir lo simbólico en jurídico, por más que pudiera haberlo tratado solo como simulacro, conato o hasta tentativa de delito si se quiere, pero de efectos meramente ilusorios. No obstante, al parecer, la desobediencia ideológica puede irritar tanto, que hasta llega a crear hechos de tremendas calificaciones jurídicas (Cf. José Antonio Martín Pallín, *El gobierno de las togas*, Madrid: Catarata (2020); *La guerra de los jueces...*, *op. cit.*). Todos se pusieron de acuerdo en que los molinos de viento eran gigantes. Los gigantes de unos validaron a los de otros, ya en círculo vicioso. Así, todos pudieron ganar simbólicamente, por más que el Derecho saliera malparado, en Catalunya, en España y en Europa. En pocas palabras, la batalla simbólica de los nacionalismos ha resultado ser más estimulante para el motor judicial (y pronto también lo ha sido para el legislativo) que el deterioro de la salud y educación de los españoles, decidido también en sedes parlamentarias.

25. DERECHOS CONTRA EL DERECHO

El Derecho no tiene la cohesión epistemológica e histórica que frecuentemente se da a su representación. Visto en su totalidad —no según sus instituciones dominantes, y aun dentro de estas—, tiene contradicciones y excepciones que restan credibilidad a sus normas, a sus leyes y a los predicamentos de sus tribunales. Cuando se dice que el Derecho es conservador o que es patriarcal, hay que decir que lo es y no lo es al mismo tiempo, que tiene partes que sí y partes que no. Por eso se puede luchar con derechos contra el Derecho. Hay luchas, movimientos y denuncias, incluso en tribunales, para defenderse de derechos injustos que impiden el acceso a un justo Derecho,⁶⁵⁹ a una ley que no perjudique más al que ya llega perjudicado. Por otra parte, la misma existencia de un tribunal de derechos humanos obedece a una posibilidad que el Derecho acepta: que se puedan vulnerar normas fundamentalísimas en resoluciones que se han ajustado a normas también fundamentales, a la misma constitución o a leyes orgánicas que la prolongan escrupulosamente.

Dentro del mismo Derecho ya existe una conflictividad, en parte reconocida, que utiliza sus propios instrumentos para hacerle frente. Además, hay derechos que resultan vulnerados por el Derecho. Estos, si no aparecen en el campo de la justicia social, lo hacen en figuras más o menos individualizadas, como los estados de necesidad o los errores invencibles.⁶⁶⁰ Ahora bien, es sabido por experiencia que el recurso a una vulneración de derechos humanos, a un estado de necesidad, a lo diabólico de una prueba, de un trámite imposible, o a la invencibilidad de un error se ve con desagrado por el ejercicio rutinario del poder judicial. Ello tiene que ver con la dificultad que tiene el poder judicial en aceptarse en

659 Cf. Antonio Madrid «El acceso a los derechos: la experiencia del Proyecto *dret al Dret*», *Anuario de Filosofía del Derecho* (2010).

660 Cf. José Daniel Cesano, *Sistema penal y diversidad cultural*, Córdoba (Argentina): MEL Editor (2006).

su imperfección y en haberse de corregir constantemente; así como, en relación con su seguridad positivista, con la incomodidad ante la epiqueya, ante la equidad aristotélica: ante el tener que ceder a las peculiaridades de cada caso, particularidades que rompen con la seguridad de una rutina claramente amparada por la ley. De hecho, históricamente, la creación de tribunales efectivos de equidad supuso no solamente su excepcionalidad frente a las normativas comunes, sino, aun en tradiciones jurisprudenciales como la británica, su ruptura con los precedentes judiciales. Así lo constataba William Blackstone en sus *Comentarios*.⁶⁶¹

Al mismo tiempo, conviene reconocer los esfuerzos que históricamente se han hecho dentro del Derecho para no dejarse llevar por el nihilismo antijurídico: dentro del mismo Derecho se han creado alternativas, incluso unas casi rebeliones jurídicas —más informadas y efectivas— para alcanzar la justicia. Hay que tener en cuenta esas corrientes frente a las que presumen el Derecho corrupto en su totalidad, pero que son incapaces de superar en la práctica las más elementales previsiones y provisiones para administrar justicia. Sin la incorporación de algún principio de autoridad resulta imposible establecer un proceso imparcial y socialmente resolutorio. En este sentido, históricamente, no ha podido prosperar un sistema puro de justicia anarquista, por más que sus críticas al sistema civil/penal estén bien argumentadas y coincidan con las de varios juristas.⁶⁶²

La forma más común de utilizar el Derecho, y el Derecho contra el Derecho —esto es, derechos apenas traducidos al idioma del Derecho y otros ya traducidos contra lo que este ha resuelto— la constituyen los recursos a instancias superiores. El ordenamiento jurídico prevé fallos que pueden objetarse y recurrirse ante otras instancias del poder judicial. Se trata de un fenómeno universal, presente también en las civilizaciones primitivas.⁶⁶³ La insuficiencia resolutoria de un solo tribunal es algo sentido

661 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, *op. cit.*

662 Ya hemos considerado antes esta cuestión: desde la crítica de Kropotkin al sistema penal en «L'organisation de la vindicte...», *op. cit.*, hasta el trabajo de Carlo Enrico Paliero, «Il sogno di Clitennestra...», *op. cit.* Salvatore Satta ha reflexionado sobre la autoridad del Proceso en medio de un torbellino revolucionario en *Il Mistero del Processo*, *op. cit.*

663 Leopold Pospisil, «Legal levels and multiplicity...», *op. cit.* También es universal recurrir por los tradicionales quebrantamientos de forma o por errores de ley o derecho: por irregularidades en el rito procesal o por desviaciones de la substancia normativa (sea según leyes o según tradiciones de jurisprudencia).

por toda la humanidad, no es un rasgo de la supuesta evolución de progreso positivo del Derecho.

Así, pues un Tribunal puede contradecir la resolución de otro. Al fin y al cabo, como decía Llewellyn, las sentencias no son más que opiniones. Y no solo eso, aun en minoría, en un tribunal colegiado se permite la emisión de votos particulares que discrepan de las resoluciones tomadas por mayoría. Estos votos son también jurisprudencia y pueden ser tanto precursores de mayor seguridad, igualdad o libertad para el futuro como de todo lo contrario.

Históricamente, las instancias judiciales para recurrir un mismo caso son, en civilizaciones primitivas, antiguas y medievales, primero una instancia local o de comunidad, luego otra de tribu, distrito o región, y finalmente otra de toda una unidad política, nación o reino. También existen tribunales de vecinos extranjeros para arbitrar o juzgar casos en los que se piensa que difícilmente los juzgadores locales pueden juzgar con imparcialidad. Y aún hay que añadir instancias religiosas que pueden decidir irrevocablemente (en ordalías) y tribunales especiales según circunstancias: de guerra, de alianzas con otros pueblos y de su ocupación o colonización.⁶⁶⁴ En algunos casos puede alcanzarse cierto pluralismo jurisdiccional: diferentes tribunales pueden juzgar contradictoriamente un mismo caso. Recurrir a unos o a otros dependerá de varias fuerzas e intereses en juego. Habrá conflictos de intereses que serán conflictos de competencias. En la historia judicial española lo hemos visto con los tribunales de la Inquisición y con los tribunales militares. Sus competencias jurisdiccionales han tenido que ser reguladas muy específicamente por leyes y, además, por resoluciones de tribunales reales o supremos.⁶⁶⁵

Que en la actualidad los escalafones jurisdiccionales vayan desde un juzgado de paz hasta tribunales europeos e internacionales significa, de hecho, un innegable pluralismo jurídico. Evidentemente, no porque se pueda juzgar y apelar por el mismo conflicto en todas esas instancias o porque se pueda escoger a cualquiera de ellas para cualquier conflicto,

664 Cf. Gilda Nicolau, Geneviève Pignarre y Régis Lafargue, *Ethnologie juridique. Autour de trois exercices*, París: Dalloz (2007).

665 En la historia jurisprudencial española puede seguirse, por ejemplo, a través del Tribunal Supremo, la sucesión de conflictos de competencia entre tribunales militares y penales a raíz de la ley de jurisdicciones o «Ley para la represión de los delitos contra la Patria y el Ejército» (vigente entre 1906 y 1931).

pero sí porque las opiniones, las doctrinas y los valores que se desprenden de cada una de esas instancias alcanza a menudo la diversidad característica del pluralismo jurídico. Es decir, la que otorga *personalidad* a las leyes y a las jurisprudencias; como cuando se juzga o se juzgaba a un extranjero con las leyes de su propio país estando bajo la jurisdicción de otro. Porque lo que puede ocurrir, y ocurre, en instancias supranacionales es que uno puede ser juzgado como si estuviera en otro país, con otros valores o doctrinas para la aplicación de normas legales; o como si en una alta instancia internacional (ello es corriente en los arbitrajes) se hubiera seguido el proceso característico de un juzgado de paz, con los valores de un sentido común local.

Todo este panorama va en contra de la idea del Derecho como una construcción monolítica. Hay que reconocer la conflictividad interna en el mismo Derecho, su propia tendencia hacia un pluralismo. Porque resulta ingenuo creer que todo el pluralismo está fuera de un ordenamiento jurídico: la complejidad histórica de nuestras sociedades ha hecho que se desarrollara más pluralismo interno del que se cree que existe mirando desde fuera; o incluso desde dentro, cuando se vive el Derecho estando demasiado enfrascado en uno de sus ámbitos o especialidades. El Derecho tiene más variedad, más complejidad de lo que aparenta; y en gran medida por su propia conflictividad interna.

El Derecho evoluciona, por una parte se consolida y por otra se contradice. Existe una ilusión conservadora y otra revolucionaria: que el Derecho nunca cambia o que nunca debe cambiar; y que siempre cambia o que siempre debe cambiar. La realidad del Derecho, obviamente, está en medio, a veces tiende más en una dirección que en otra. Ahora bien, los inmovilismos y los cambios en el Derecho no se traducen en los mismos significados de obtención de justicia, perfección de igualdad, libertad para la equidad o mayor seguridad jurídica. Existe una valoración ideológica incorrecta: una innovación, un «avance» o incluso una revolución pueden significar un retroceso para los bienes jurídicos que se defienden. El inmovilismo puede ser una resistencia a favor de esos mismos bienes jurídicos, aunque en determinados países y épocas signifique lo contrario: el mantenimiento de injusticias y corrupciones jurídicas. Cambiar, innovar, resistir y consolidar son conceptos que no quieren decir nada por sí mismos. Ser retrógrado o progresista, si no se vincula a unos claros objetivos éticos y a unas determinadas relaciones del derecho con la justicia, no significa nada para el derecho ni para la justicia; únicamente obtienen significado

por connotaciones políticas. Además, para ser «progresista», en el sentido de mejorar la eficacia de la justicia y el derecho en la igualdad o en la democracia, hay que resistir con inmovilismo; y mucho: no cambiar en Derechos humanos, no dejarse llevar por nuevas interpretaciones que los relativizan o marginan. Por otra parte, si la apuesta va a favor de los que se tienen como tradicionales valores conservadores, como la propiedad inmobiliaria (no la de capitales), se necesitan cambios continuos en legislación y jurisprudencia para defenderla precisamente de la propiedad del capital. Ambas se han vuelto contradictorias en múltiples situaciones y ya no se puede defender una única propiedad en todo. Hay propiedades que van en contra de otras propiedades, como derechos contra otros derechos. La defensa conservadora de la propiedad inmobiliaria debe innovar mucho, si quiere realmente ser conservadora frente a la liberalización mercantil y sus rápidas transformaciones en posiciones de ventaja, en mercados intimidatorios; por no mencionar la violencia más directa de las organizaciones criminales de los capitales más voraces. La seguridad de la propiedad inmobiliaria exige tantas innovaciones legales y jurisprudenciales efectivas como lo ha exigido la seguridad de las personas ante las variadas oportunidades criminales de la «globalización». No se trata solamente de la ya conocida desigualdad de vida entre propietarios de inmuebles e inquilinos, ocupantes sin recursos y propietarios de todo tipo, sino de la que acecha a la propiedad inmobiliaria con muchas y variadas estrategias. Así desde las hipotecas inversas en las que el beneficio del capital especula contra el tiempo de vida del ser humano hasta la propaganda ideológica financiera —que puede llegar a propuestas bancarias intimidatorias— cuando adoctrina a los propietarios para que vendan su vivienda, celebrando las ventajas de disponer de un capital crematístico y de una vivienda en alquiler, cuando ellos mismos — los que se disponen a comprarles la casa— los acechan, arrebatados precisamente por su interés en comprar vivienda para el mayor beneficio y seguridad de sus capitales.

El supuesto Derecho «conservador» ha sido derruido, desfigurado hasta el ultraje, por el Derecho «liberal». Lo conservador del siglo XIX se ha revelado ideológicamente inexistente. Los llamados ahora *conservadores* son neoliberales de la época del mal llamado *darwinismo social*,⁶⁶⁶

666 Darwin no tiene que ver con la doctrina de quienes han defendido y defienden el capitalismo a modo de una «selección natural». Esta doctrina debe atribuirse a Herbert Spencer quien ya en 1851 estableció el credo esencial del neoliberalismo de mercado, el cual ha sido

de la ofensiva del capitalismo más fanático: del que desde monopolios u oligopolios se atreve a legitimarse como si estuviera en una perfecta competitividad de mercado. El Derecho le sirve y lo combate, le sirve mucho más de lo que lo resiste.⁶⁶⁷ El fanatismo capitalista adoctrina para que el Derecho olvide o «se relaje» en materia de derechos humanos y, a la vez, para que proteja con ficciones contractuales los privilegios de las propiedades capitalistas. Es así como se consigue, por ejemplo, desposeer a muchas poblaciones de sus recursos y convertir estos en objeto de propiedad de los capitales que los pretenden (y a menudo a «precios» de botín, como en tantas privatizaciones). En estos procesos, el Derecho suele contradecirse —derecho contra derecho— cuando, por ejemplo, contradice una de las legitimaciones más tradicionales y conservadoras de la propiedad —la usucapión— con la legitimación históricamente más sobrevenida de todas, por más que se haya generalizado: la de la compraventa en el mercado.⁶⁶⁸

Por un lado, pues, el Derecho se adapta a la economía de mercado hasta doblegarse con ficciones de igualdad contractual donde no la hay; por otro, la combate, o por lo menos combate algunos de sus abusos. Todavía acierta en declarar contratos nulos cuando se oponen a los derechos humanos (en sus normativas legisladas o acordadas en convenios). En la misma jurisprudencia resulta habitual la crítica a las insuficiencias del Derecho frente al trabajo cautivo del capital y frente a las consecuencias generales que suponen para el Derecho su supeditación a la economía de mercado. La segregación, la mutilación utilitarista de la persona que hace

retomado por el fanatismo capitalista de nuestra época: obcecarse en acentuar el egoísmo individualista con su destrucción de sociedad y su racismo clasista. Spencer aconsejaba no caer en la tentación humanitaria por más que los estragos del totalitarismo de mercado (seleccionando a los «más aptos») fueran catastróficos para las vidas humanas, luego ya vendría el bienestar para todos: Herbert Spencer, *The Man versus the State*, Londres: Penguin (1851 [1969]). Véase la crítica que cito reiteradamente, dentro del liberalismo, de Thurman Arnold *The Folklore of Capitalism*, *op. cit.*

667 Así, a la crítica antropológica del Derecho, subyugado por la dictadura de mercado, de autores como Alain Supiot (cuya obra ya hemos citado y volvemos a citar en la nota siguiente) hay que añadir la perspectiva de antropólogas como Sally Falk Moore: «Certainties undone...», *op. cit.* Louis Assier-Andrieu expone magistralmente el enfrentamiento histórico del juez norteamericano Holmes al neoliberalismo spenceriano, que luego se manifestaría como la corriente de «Law & Economics»: *L'autorité du passé...*, *op. cit.*

668 Cf. el recurso a la usucapión para alcanzar la propiedad privada inmobiliaria en Raúl Márquez *Construir la propiedad...*, *op. cit.*

el mercado ha sido contrapuesta a la función antropológica del Derecho; esta última se ha estimado como una concepción contra la alienación.⁶⁶⁹ Al mismo tiempo —y a duras penas; o vanamente—, dadas las realidades del mercadeo laboral, otros juristas se han esforzado en defender unas condiciones laborales no solo compatibles con los derechos humanos, sino potenciadoras del desarrollo integral del ser humano.⁶⁷⁰

En todo el complejo de los derechos sociales cabe apreciar, por un lado, aquellos elementos legislativos que suelen sobrepasarse con «protocolos» o directrices, los cuales absuelven su inaplicación en la práctica. Por otro, la jurisprudencia que los protesta y defiende, junto con los escritos de juristas que tratan de secundar la doctrina que los valida. Porque en esta cuestión observamos una trampa que utiliza el derecho positivista en contra de su misma legitimación epistemológica: después de reconocer la consistencia que todo enunciado o proposición jurídica debe tener con su normativa fundamental (pensando en la teoría de Kelsen), refiriéndose esta a normas constitucionales o a convenios internacionales (derechos humanos), quiebra este vínculo de consistencia con normativas específicas de sectores sociales que se legitiman como necesitados de reglamentos específicos y que solo sus expertos pueden conocer y validar. De este modo, los expertos de cada sector económico —generados por los intereses del propio sector— se revelan como los verdaderos legisladores, por lo común a través de *lobbies* o grupos que tratan de influir a los parlamentarios «informándolos». Conviene saber que los *lobbies*, instituciones que se han normalizado legal y políticamente, se prohibieron constitucionalmente como organizaciones criminales en el país que los inventó y desarrolló. Así, en la Constitución de Georgia del 21 de diciembre de 1877,⁶⁷¹ se prohibían *las maniobras de corredor (lobbying)* y se calificaban de *crimen* (II, 5). Significativamente, esa misma constitución prohibía también el empleo de dinero público para subvencionar cualquier Iglesia o confesión

669 Cf. las obras fundamentales de Alain Supiot al respecto: *Critique du droit du travail*, *op. cit.*; *Homo Juridicus...*, *op. cit.*; *El espíritu de Filadelfia...*, *op. cit.*

670 En esta dirección merecen citarse esfuerzos extraordinarios de teoría del derecho laboral (social) para contrarrestar la alienación que impone inexorablemente el capitalismo al trabajo: Anna Cieslar, *et al.*, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail: métamorphoses du droit social*, Bruselas: Bruylant (2007).

671 Aulard y Mirkine-Guetzévitch, *Les Déclarations...*, *op. cit.*

religiosa, a la vez que afirmaba categóricamente la separación de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo.

La cuestión de la aparente paradoja del derecho contra el Derecho tiene que ver fundamentalmente con que, por un lado, el derecho se erige como un bien común que afianza la convivencia y procura el bienestar, y al mismo tiempo impone a toda la sociedad la prevalencia de determinados intereses y prepotencias que alcanzan la naturaleza de privilegios y que para los otros derechos significan injusticias. Porque con el Derecho se defiende la igualdad y se tolera la desigualdad, se consienten o incluso legislan privilegios y no se reconocen derechos legítimos, se atribuyen y se eximen responsabilidades según privilegios *de iure* y *de facto*. Históricamente, tanto en democracias liberales como en regímenes totalitarios, el Derecho se presenta también al revés. Al revés de lo que enuncia, a veces de un modo cínico o mediante compromisos, a medias entre la igualdad ciudadana y el privilegio estamental.

26. SÍMBOLOS: INTENSIDAD Y EVANESCENCIA

En las relaciones entre el poder y el Derecho, los símbolos resultan a veces muy importantes y otras no. Además, en un mismo discurso jurídico o político se mezclan símbolos muy valorados con otros que apenas lo son. Asimismo, los símbolos pueden deber su fuerza tanto a la concisión como a la vaguedad de lo que simbolizan o pretenden simbolizar. Para entender la polisemia normativa de los símbolos hay que conocer varias teorizaciones semióticas, lingüísticas, antropológicas y filosóficas de lo simbólico.

Para comenzar, el término griego *symbolon* era polisémico. Parece ser que el *symbolon* griego⁶⁷² significaba, según una antigua tradición, un objeto quebrado que quedaba recompuesto cuando se reencontraban los descendientes de dos amigos, de dos familias que conservaban una amistad tradicional, con relaciones de hospitalidad mutua. El símbolo existía como prenda de un encuentro y cuando se daba el encuentro se recompone el objeto, de dos se hacía uno. Puede decirse que el objeto evocaba con una imagen de encaje (*encaixar* se usa en catalán para darse la mano, para saludar) el reencuentro de amistad. Este poder de evocación del objeto lo hacía símbolo. Así pues, simbolizaba una amistad heredada junto con el deber de hospitalidad. Pero podía ser cualquier objeto, aunque parece que se escogían determinados objetos de cerámica. El mismo término *symbolon* se aplicaba para objetos que identificaban o reconocían a las personas por sus funciones, en tribunales y asambleas, también era el nombre que recibían algunos salvoconductos. *Symbolon* significaba, además, un arbitraje entre dos partes en litigio (subsiste la idea de recomponer o unir lo separado, en este caso por un conflicto). Por otra parte, Esquilo habla de *symbola* (Agamenón, 144) cuando Artemisa invita al Coro a interpretar los signos (*symbola*) que aportan unos pájaros como presagios de esperanza y de alarma a la vez.

672 Anatole Bailly *Dictionnaire Grec-Français: Le grand Bailly*. París: Hachette (2000).

El *symbolon* griego parece cercano a la teoría de Ullmann,⁶⁷³ quien dota a signos y símbolos de un mismo valor semiótico, con base en el fenómeno dual que comparten radicalmente: *que apuntan a algo distinto, que se refieren a algo más allá de sí mismos*. Ullmann no distingue signo de símbolo, por cuanto ambos pueden tener proporciones de significados muy convencionales, arbitrarios, o con matices de mayor juego sintáctico y pragmático o de mayor rigidez semántica. De esta manera, tenemos los signos o símbolos *icónicos* u *onomatopéyicos*, que son los más semejantes a lo que denotan, frente a los *convencionales*, que no obtienen dicha semejanza.

Greimas⁶⁷⁴ abundará en toda una serie de matices semánticos que cambian los contenidos informativos de un modo a veces muy sutil. Este autor desarrolla una formalización en la que lo simbólico —especialmente en la literatura y en las artes— tendrá funciones ambivalentes y ambiguas, de acuerdo con retóricas basadas en un juego entre contenidos interiores y exteriores: donde lo interior se entiende siempre a través de lo exterior, con un uso directo, instrumental, de metáforas y metonimias. Así, nos hallaremos con una disolución —sobre todo en la literatura—⁶⁷⁵ del significado en el significante, o bien de lo simbolizado en el símbolo, precisamente para potenciarlo en su intensidad. Así es como la tradición poética tamil (junto con otras tradiciones orientales) describe la interioridad emocional exclusivamente a través de paisajes exteriores, con lo cual estos paisajes evocarán siempre las emociones interiores.

Al mismo tiempo, parece que, para poner algún orden, partiendo de las funciones que Propp⁶⁷⁶ enumeró para el cuento popular, Greimas intentará establecer unos modelos de transformación semántica ante los que no podrá predicar la universalidad prevista por Propp, sino que destacará, por el contrario, sus cambios diacrónicos o históricos y la singularidad de ciertos campos semánticos (descubrirá lo que Dilthey descubrió para mundos históricos o épocas) entre polos de transmisión informativa que denominará *actantes* (para no confundirlo con la unilateralidad de los actores). Así distinguirá como actantes el sujeto y el objeto; el emisor o

673 Stephen Ullmann, *Semántica*, Madrid: Aguilar (1967).

674 A. J. Greimas, *Sémantique structurale*, París: Larousse (1966).

675 Algo que ocurre con más exageración en determinadas literaturas, como en la tamil: A. K. Ramanujan, *The interior landscape*, Delhi: Oxford UP (1994).

676 Vladimir Propp, *Morphologie du conte*, París: Seuil (1970).

remitente, y el receptor o destinatario; el adjunto o aliado, y el oponente o rival. Es decir, la semántica se sociologizará en parte (Sociología del conocimiento) y se historiografiará (significados según contextos históricos): esto, a pesar de que su esfuerzo metodológico iba en la dirección de un estructuralismo ahistórico. Al mismo tiempo, las funciones de las narrativas folklóricas de Propp quedarán aún más ancladas a valores e ideologías de épocas.

Saussure⁶⁷⁷ intentó distinguir claramente el signo del símbolo; atribuyó una relación arbitraria con el significado en el primero y apuntó que en el símbolo habría siempre alguna conexión natural entre el simbolizante o símbolo y lo simbolizado.⁶⁷⁸ Esta teorización ha calado mucho más en la Antropología, donde ha dado lugar a dos extremos: el de Lévi-Strauss, al interpretar muchos símbolos —por no decir todos— como signos⁶⁷⁹ y, a su vez, conceder aparte una teoría de la eficacia simbólica (paradoja del estructuralismo de Lévi-Strauss) y del asociacionismo mitológico (sustituyendo la semántica por una especie de *sintaxis generativa* tal como desarrolla en sus *Mitológicas*), y el extremo de Sapir-Whorf —conocido en la Antropología a través de Harry Hoijer—,⁶⁸⁰ para quienes la materialidad del lenguaje, su léxico y sintaxis determinarían o influenciarían mucho la semántica, la posibilidad de los significados, y por lo tanto los contenidos del pensamiento, lo que dio lugar a una *lingüística contrastiva* y, por ende, a diferencias culturales determinadas o muy condicionadas por la historia de cada sociedad, según sus economías lingüísticas: según sus creaciones y selecciones léxicas y sintácticas.

Mientras, para Ullman, un símbolo podría ser simplemente un «signo supersticioso»: la interpretación intencional de un fenómeno aintencional. Así ocurriría con los augurios y auspicios; y en general con las prácticas de adivinación, basadas en la observación de fenómenos naturales como indicadores de vicisitudes humanas.

677 Ferdinand de Saussure, *Curso de Lingüística general*, Buenos Aires: Losada (1967).

678 *El símbolo tiene por carácter no ser nunca completamente arbitrario; no está vacío: hay un rudimento de vínculo natural entre el significante y el significado*, Saussure, *ibid.*, p. 131.

679 Cf. Claude Lévi-Strauss, *Le Totémisme aujourd'hui*, París: PUF (2002).

680 Cf. el establecimiento del paradigma de Sapir-Whorf en Ralph Beals y Harry Hoijer, *Introducción a la Antropología*, Madrid: Aguilar (1968).

La obra de Ernst Cassirer, *La Filosofía de las formas simbólicas*,⁶⁸¹ publicada en tres volúmenes (1923, 1925 y 1929), es la que probablemente ha influido más en la filosofía y en la cultura europeas para asociar lo simbólico con la metafísica y dejar atrás el nivel semántico del antiguo *symbolon* griego. Aunque su teoría parte de lo relevante que es el mundo sensible, el mundo físico, para la creación de los símbolos; concibe estos como una especie de sublimación que siempre tiende a mayores alturas metafísicas.

Cassirer admite un *simbolismo natural* en el que el símbolo traduce directamente experiencias, emociones o estímulos de la vida y del universo, incluyendo las científicas, pero trata el símbolo como un fenómeno que está siempre en vías de superación: que tiende a la creatividad trascendente. Así se generan los *signos simbólicos*, que se disuelven en su misma función de significar, cuando la conciencia les otorga los significados que quiere (principio de arbitrariedad en la simbolización). Los símbolos parten de un «*instinto*» *natural que brota involuntariamente* y ascienden a *formas del espíritu*, de un espíritu dotado de libertad para crearlas y transformarlas. Así, el lenguaje llega a ser un *símbolo y reflejo de la vida divina que nos rodea por doquier visible e invisiblemente*. Cassirer opone claramente *realidad* y símbolo. El símbolo alcanza tal grado de sublimación que, según él, *llena progresivamente lo sensible con un contenido espiritual hasta hacer de él un símbolo de lo espiritual*. Finalmente, para Cassirer la cultura no es otra cosa que la producción de símbolos, lo que da a entender que habrá culturas superiores o inferiores según el grado de sublimación simbólica que hayan alcanzado.

Este recorrido será responsable de colocar lo simbólico en lo místico, en lo esotérico y en lo innumerable; de presentar lo simbólico como algo misterioso y enigmático, mágico, hasta alcanzar una serie de regodeos con lo más arcano. Lo simbólico estará reservado para extrañas y costosas iniciaciones; se descartará su política, sus explicaciones según las relaciones de poder. Al mismo tiempo, Cassirer nos revela el cómo de esa infatuación con lo simbólico, nos revela la legitimación de su culto: por la altura espiritual alcanzada con lo simbólico. Porque es precisamente el respeto a lo simbólico, una vez creado como esencia espiritual superior, lo que justifica el respeto a su culto. Se trata de una idea paralela a la de Hocart

681 Ernst Cassirer *La philosophie des formes symboliques* [3 vols.], París: Minuit (1972). También: *Antropología filosófica*, México: FCE (1968).

sobre el poder del ritual. Con Cassirer se sugieren religiones inferiores o superiores —más fuertes o más débiles— según el grado de sublimación simbólica que hayan alcanzado, no según su política ritual.

La teoría de los arquetipos simbólicos de Jung⁶⁸² representará la otra cara del tratamiento psicológico de lo simbólico desarrollada por Freud. Ambos influirán en las reducciones psicológicas de lo simbólico hacia las hipótesis de los ideales (Jung) o de las necesidades (Freud). La sexualidad ideal de Jung, integrada al impulso metafísico de Cassirer, influirá en el tratamiento contemporáneo de los símbolos como fenómenos de espiritualidades tan profundas como arbitrarias.

Para Lévi-Strauss, ese nivel de altura metafísica carece de sentido, se atribuye a cada religión, a cada símbolo y a cada mito según valoraciones etnocéntricas. Todos los símbolos y mitos, incluidos los de las llamadas grandes religiones (y ello comienza con Frazer, a pesar de la censura que sufrió parte de su obra), son comparables en su sintaxis y semántica, y suelen presentar niveles metafísicos junto con otros físicos, en constante alternancia: nunca se *elevan* definitivamente. El mismo Cassirer da cuenta de ello en su obra; y en la de Frazer basta pensar en la asociación que establece entre el misterio metafísico de la redención y el suplicio material de la crucifixión (en la *Rama Dorada* no censurada).

La eficacia simbólica del mito reside en una especie de utopía terapéutica humana: poder hacer siempre una realidad de lo posible,⁶⁸³ poder realizar siempre un sueño. El relato mitológico es el rito simbólico por antonomasia, de ahí también el efecto catártico señalado por Aristóteles: el símbolo mítico pone la distancia justa entre el horror y la piedad, la crudeza y la compasión. De este modo, se puede acercar uno a lo más terrible y pavoroso dotado de la protección de una justa distancia. Así se acercan y se alejan el relator y el auditor de los mitos, de modo análogo a cómo los héroes, dotados de protecciones mágicas, pueden afrontar peligros y ataques letales.

682 Cf. Carl G. Jung, *L'Homme et ses symboles*, París: Pont Royal (1964); *L'âme et la vie*, París: Buchet/Chastel (1963).

683 Lévi-Strauss, —asociándolo a la música— nos dice que el mito pone en contacto inmediato un proyecto, una expectativa, y su realización. Es un desenlace al alcance de todos, solo el entretenimiento del relato decide posponerlo. De aquí la idea de que el conocimiento anticipado del desenlace estropea el relato, en realidad estropea el disfrute de su poder de entretener.

Dan Sperber⁶⁸⁴ teoriza sobre la naturaleza paradójica de muchos símbolos. Dice que deben su fuerza a dos cosas a la vez: a su concreción o reducción representativa y a su apertura o indefinición semántica. Es decir que imprimen un significado intenso y preciso y también evocan sensaciones o significados vagos e ilimitados.

Malinowski había analizado con más detalle esta cuestión en el suplemento a la obra de Ogden y Richards y en su teoría de la magia,⁶⁸⁵ la había dotado de una dimensión que suplía el debate lingüístico: *la expresividad*, manifestada en la actuación, en la performatividad si se quiere. Para Malinowski, la proxemia y toda la semiótica no verbal, así como la ocasión social o política, las condiciones del lugar de actuación y varias características personales de los actantes (Greimas) conferían el significado vivido de las fórmulas mágicas y también del lenguaje coloquial. Malinowski (como hará Wittgenstein en la misma época) coloca el valor de lo simbólico en su pragmática, en las circunstancias de sus manifestaciones prácticas. Ello significa dar mayor importancia fenomenológica al rito que al mito, o bien separarlos en sus realizaciones: el mito para ser relatado y el rito para ser actuado; y algunos mitos para conectar simbólicamente los ritos.

En la cultura occidental, en general, el símbolo gana por el lado de la vaguedad, el misterio y la inconcreción. Y cuando se concreta, le queda todavía un amplio margen de valores metafísicos que le pueden conferir un valor extraordinario: por ejemplo, la bandera que identifica —solo señala— a un país junto a otros (en una sede internacional) y que al mismo tiempo puede significar un patriotismo imponderable, excelso (en un acto de exaltación nacional).

En cambio, en la tradición hindú, el símbolo es sobre todo una concreción, una correspondencia bien establecida entre un gesto, una palabra o un acto proxémico con un significado moral, religioso o cosmológico bien definidos.⁶⁸⁶

684 Dan Sperber, *Rethinking Symbolism*, Cambridge: Cambridge University Press (1975).

685 Bronislaw Malinowski, «El problema del significado en las lenguas primitivas», en C. K. Ogden y I. A. Richards, *El significado del significado*, Buenos Aires: Paidós (1964); *Coral Gardens...*, *op. cit.*

686 Así lo podemos reconocer en las innumerables obras de la tradición sánscrita: cf., entre otros, H. L. Shukla, *Semiotica Indica*, 2 vols. Nueva Delhi: Aryan Books (1994); N. N. Bhat-tacharyya, *Ancient Indian Rituals and their social Contents*, Nueva Delhi: Manohar (1996).

Teniendo, pues, en cuenta estas acepciones, podemos decir que el uso de lo simbólico en la legislación, en la jurisprudencia y en la política en general juega esencialmente entre lo semántico y lo pragmático con significados precisos e imprecisos. Todo obedece a una retórica creada en principio para un lenguaje escrito o siempre pendiente de su escritura; es decir, muy distinto al teorizado por Malinowski, que es esencialmente de naturaleza pragmática (o para el que la pragmática domina sobre la semántica y la sintaxis), y también por Wittgenstein, quien centra el significado en el uso que se da en el fluir de la vida. Este solo se daría en parte en los debates verbales parlamentarios o en las tertulias políticas. Entonces, lo simbólico, digamos que para el Estado y frente al Estado, es más bien de tipo reduccionista, tendiente a representaciones que concretan o simplifican existencias y circunstancias mucho más complejas, con la tendencia a utilizar el símbolo como signo convencional para la dialéctica política.

26.1 Una distinción simbólica básica

Para entender el juego de lo simbólico en el Derecho y en la política, y especialmente entre ambos campos, propongo tres tipos básicos de símbolos:

- 1) *Los símbolos soterrados o subsidiarios.* Estos parecen ser los que más llaman la atención de los juristas. Se comunican a través de leyes, autos y sentencias, y sin constar explícitamente en su articulado se entrevé su existencia. Y lo más importante, su influencia. Por ejemplo, la interpretación popular de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de *Protección de la seguridad ciudadana* como *ley mordaza*. Simbólicamente esta ley se interpreta como un tabú general contra la libertad de expresión y manifestación, aunque este tabú general no venga declarado en la ley. Más tarde consideraremos esta cuestión.
- 2) *Los símbolos axiomáticos.* Hay una serie de palabras o sintagmas que están también en las leyes y en la jurisprudencia sin que se definan. Quedan escritos evocando una supuesta concreción o dejándolos en la vaguedad. Suelen tratarse como axiomas éticos del Derecho. Semánticamente, son unos símbolos infranqueables o de significado sublime que justifican muchas provisiones legales sin explicar ni en qué consisten ni el modo en que dichas

provisiones los protegen o fomentan. Así ocurre con la *indisoluble unidad de la Nación española* (CE art. 2), que no explica la propiedad intrínseca de la sustancia *Nación* que la hace una e indisoluble ni cómo ni por qué hay que preservar su unidad. Por lo menos la Constitución griega puede evocar, partiendo de la Santísima Trinidad, que se trata de una unidad de naturaleza divina, aunque con más de una persona. En cambio, en España, incluso en la *Ley Orgánica del Estado* de 1967, se podía aún interpretar la unificación española como posible fruto de un contrato social, porque la unidad no era una propiedad que arrancaba de la misma *Nación*, sino *de los hombres y las tierras de España* (art. 3). La misma proposición está presente en la *Ley de Principios del Movimiento Nacional* (17 de mayo de 1958): *La unidad entre los hombres y las tierras de España es intangible*, junto con el casticismo unamuniano recogido por la Falange de que *España es una unidad de destino en lo universal* y al mismo tiempo la idea de *indisolubilidad* surge para *una gran familia de pueblos* (no para una sola Nación): *España, raíz de una gran familia de pueblos* (se refiere a los países hispanoamericanos), *con los que se siente indisolublemente hermanada, aspira a la instauración de la justicia y de la paz entre las naciones* (art. III). Evidentemente, sabemos que estos matices simbólicos sobre la *unidad intangible, de destino y de hombres y tierras*, o bien de la *Nación*, no afectan sensiblemente al ejercicio del poder ni en políticas imperiales, nacionalistas o federales; pero por esta misma razón pueden producirse paradojas como esta: que a una constitución democrática le sobrevenga la negación de la teoría o hipótesis del contrato social que antes ha defendido y, en cambio, que a una constitución no democrática le cueste más abandonar totalmente dicha hipótesis. Quizás sean únicamente inercias o enquistamientos intelectuales de los legisladores, no demasiado conscientes de toda la carga simbólica que están comprometiendo. Puede que excesos en el conformismo y en los equilibrios políticos produzcan símbolos muy volátiles o tan inmóviles que parecen hasta retroceder.

Varias ideas axiomáticas ocurren en otros sintagmas simbólicos, como en el de la *dignidad de la persona* que se enuncia

en la CE sin ninguna referencia a su contenido: no sabemos si es el de un Pico della Mirandola, de un Kant, o qué significa en realidad, porque también la encontramos en el *Fuero de los españoles*, en su artículo primero.

La irreductibilidad axiomática ocurre también con el sintagma *libre desarrollo de la personalidad*: en este caso, como si fuera lo más habitual, pero ni los psicólogos conocen algún caso de desarrollo realmente libre de la personalidad.⁶⁸⁷ Al contrario, pragmáticamente, se fluctúa entre diferentes disciplinas, sujeciones o controles (Foucault, Deleuze) que inciden sobre lo que psicológicamente se denomina *personalidad*.

Lo mismo ocurría antes con la *honestidad* y ahora con la *libertad sexual*, o con la *libertad de cátedra* (CE, 20c), resulta imposible lograr una definición exclusivamente positiva, puesto que también fluctúan entre distintas disciplinas, sujeciones y controles. Las leyes, fieles a esos sintagmas axiomáticos, solo aluden a algunas restricciones de tales libertades, como las leyes a favor o en contra de la censura.

También funciona como símbolo axiomático eso que comúnmente se llama *atravesar una línea roja*, lo cual ya es un símbolo de un tabú indefinido, puesto que no se especifica la ubicación de la línea roja. Surge en la imaginación como un límite físico, pero que no existe como tal y parece más bien un eufemismo. Quizás se hubiera entendido mejor en otra época cuando se podría haber dicho *dar un golpe bajo* (que ya era un eufemismo) o una *puñalada trapera*. Estas y otras figuras de la retórica más popular remitían a encuentros violentos físicos, mientras que la de la línea roja parece remitir más bien a lo que está entre una prohibición gubernativa y una regla deportiva.

- 3) *Símbolos contra símbolos*. Esta parece ser la forma de lucha preferida en las disputas políticas y en muchas doctrinas jurídicas. Retomando un ejemplo anterior, sería el de la *honestidad* enfrentada a la *libertad* (dialéctica profusamente desarrollada en la *Tristana* de Galdós). Sin embargo, también sucede que una parte

687 Más bien todo lo contrario, como hizo ver el estudio de Teodor Adorno y otros sobre la personalidad autoritaria: Teodor Adorno *et al.*, *The Authoritarian Personality*, *op. cit.*

trate de rebajar el símbolo del contrincante a signo, vaciándolo de contenido simbólico en el sentido de Cassirer, reduciéndolo a un signo de repugnancia o de descalificación: así sucede con los apodosos de terrorista, facha, rojo o comunista, empleados como armas arrojadas de descalificación abstracta. Una vez que el símbolo queda reducido a signo, signo de un mal o *del mal* —se pierde el conocimiento y posible respeto por el contenido simbolizado— se combate con la economía de quien deshumaniza a las personas. En este tipo de lucha política, la estrategia consiste en reducir el símbolo de Cassirer (creado con la fe en el valor de lo sublime) al signo arbitrario de Saussure, con un significado únicamente emotivo de rechazo y repugnancia.

Varias investigaciones de cultura jurídica se centran en el primer tipo de simbología, la soterrada, aparentemente secundaria o subsidiaria al texto legal. Francesco Ferraro y Carolina Fernández Blanco⁶⁸⁸ abundan en los significados y posibilidades de la legislación simbólica. Esta última la define así: *Una legislación es primordialmente simbólica cuando el sentido secundario de la ley o la norma sea más importante que su significado literal o convencional*. Para la autora, el significado secundario debe obedecer a un contenido que se tiene por valioso (cultural o moralmente) por parte de la sociedad que recibe la ley, incluyendo operadores jurídicos y cargos políticos. Al menos una parte de la sociedad debe darse por aludida ante este significado secundario. *Simbólico* en este contexto significa más bien un contenido implícito o hasta subliminal, no un contenido explícito —por más variado o ambiguo que pueda ser—, ante la ostentación de un símbolo que se percibe como soporte.

Ambos autores nos hacen reflexionar sobre la presencia de equívocos en la legislación, sobre primeros y segundos planos de atención semántica, con independencia de la exposición literal. En sugerencias de los preámbulos que pueden descartarse o que deben imperar, a pesar de no corresponderse con el articulado posterior. En artículos de la ley que sobredeterminan el significado de otros, sin que el texto lo reconozca, pero sí el contexto de determinada conflictividad. En leyes cuyo fin de

688 Carolina Fernández Blanco, «La legislación primordialmente simbólica: ¿irracional y engañosa?», *Revista Catalana de Dret Públic*, 64 (2022); Francesco Ferraro, «Deception and Expression: The Puzzling Rationality of Symbolic Legislation», en F. Ferraro y S. Zorzetto (eds.) *Exploring the Province of Legislation*, Cham: Springer Nature (2022).

propaganda política supera su racionalidad jurídica. En leyes con más impresión ideológica que validez jurídica. Nos hacen pensar en la legislación también como un fenómeno de comunicación de masas: en cómo queda reducida la semántica legislativa al entrar en este ámbito y cómo funciona hiperbólicamente. En cómo el impacto de unas pocas palabras o dictados asociados a la ley, la interpretan y la sitúan en la cultura jurídica de las masas y las élites. Finalmente, todo ello se engarza con autos y sentencias, y con otros documentos doctrinales, que pueden incidir todavía más en la eficacia simbólica de la Ley.

Lévi-Strauss basaba su estudio sobre la *eficacia simbólica*⁶⁸⁹ en la interacción entre mito y ritual (u operaciones terapéuticas) y comparaba el proceder chamánico con el del psicoanalista. Venía a decir que el chamán proporciona el mito y el paciente cumple con el rito, mientras que, en el psicoanálisis, el paciente proporciona el mito (sueño, manía, delirio, etc.) y el médico opera el rito curativo. En el caso de la legislación simbólica —análoga al proceder chamánico—, el mito sería captado por el paciente, el súbdito o ciudadano, y cumpliría con la ley atento al mito que comunica. Así, por ejemplo, es significativo que la LO 4/2015, de 30 de marzo de *Protección de la Seguridad Ciudadana* se llame, popularmente, ley mordaza. Así es porque cumple con el mito de la prohibición total de protestar y manifestarse contra el Estado y su orden social, y de acatar cualquier arbitrariedad policial.⁶⁹⁰ Este mito se captaría por la forma de proceder del chamán-legislador: el articulado de la ley, sus palabras, equivaldrían a variados gestos (no verbales) de intimidación general contra el espíritu de protesta y manifestación pública. El mito se impondría a través de la ley y más allá de la ley; esta sería su eficacia simbólica en lo pragmático. Muchas palabras son únicamente gestos para una palabra o para unas pocas palabras que no se dicen (Wittgenstein), así pueden interpretarse los articulados de muchas leyes cuando vehiculan un mensaje simbólico que

689 En *Antropología estructural*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (1969).

690 En este sentido, la metonimia de la mordaza encaja con una percepción popular y tradicional española de autoritarismo y arbitrariedad del Poder, opuesta a la del ejercicio del Poder como organización responsable y atento servicio público. De ahí el «no mezclarse con la política» u obedecer y guardar discreción (como en la *omertà* italiana) ante los desmanes del Poder; o bien hacerle frente heroicamente o ironizar y burlarse de sus actuaciones con esperpentos. Esta actitud ya se percibe en la literatura de la época de la España imperial y se renueva a partir del siglo XIX.

no se dice —por lo menos explícitamente— en la ley y que, sin embargo, es el que se comunica con más fuerza expresiva. Este es el misterio atribuido a las gesticulaciones y aspavientos chamánicos que en nuestra sociedad serían más bien de lenguaje político o burocrático.

En términos generales y pragmáticos, podríamos deducir que legislar simbólicamente incumbe a la relación entre la sociedad y el Derecho en el sentido de lo que suele reconocerse coloquialmente como *ir con segundas intenciones*. Algunos legisladores lo harían, pues, con segundas (intenciones), de un modo sensible para los receptores de la ley. Así, un claro mensaje moral o político podría ocultarse tras una provisión legal de dudoso o inseguro significado. Los autores antes citados mencionan las leyes represivas contra el tráfico y consumo de drogas como bastante ineficaces en sus aplicaciones particulares, pero más eficaces en el precepto moral general contra el consumo de drogas. Del mismo modo funciona la ley mordaza, como una ley de prohibición general de protestas y manifestaciones públicas, que presiona en contra del derecho a hacerlas,⁶⁹¹ a menos que sean convocadas por los mismos poderes del Estado. La palabra *mordaza* no existe en el articulado de la ley, pero es la idea de poder y de violencia simbólica que la resume a efectos prácticos para mucha gente, incluyendo a algunos parlamentarios. En estos casos, una denominación popular a modo de refrendo (Costa) califica radicalmente el espíritu o valor simbólico de la ley, el objetivo de esta que va a vivir la gente.

Aquí conviene matizar o aclarar, a efectos éticos y jurídicos, el concepto de *violencia simbólica* de Bourdieu (en *La dominación masculina*). Se trata en realidad de una violencia condicionante, en el sentido de que, sin ser directa o explícita, sin declarar amenazas o intimidaciones (y mucho menos violencia física), condiciona una interacción humana, inhibe o impide ciertas declaraciones o defensas verbales en una disputa, en un sufrimiento injustamente padecido o ante una necesidad de protestar o denunciar algo; de modo que se dificulta llevar a cabo estas acciones con lucidez y seguridad jurídica.

En la dirección de producir violencia simbólica convergerían, pues, leyes intimidatorias de derechos (por lo tanto, tendríamos Derecho contra Derecho) y jurisprudencia penal de represalia, de castigo ejemplar o de

691 Luego, otras ideas como la de unos desórdenes públicos agravados por intimidación intimidan —valga la redundancia— contra el derecho a protestar y manifestarse públicamente en materias que no son del agrado del poder ejecutivo o judicial.

vindicta pública (a veces solo con chivos expiatorios). Conceptos históricos como el *escándalo*, la *repugnancia moral* o la *alarma social* han justificado también los reales simbólicos en varias leyes.

26.2 Sintagmas y personalidades como símbolos

Entonces, el efecto o eficacia simbólica radica en la recepción de una ley o de una sentencia como mito, como mensaje único y trascendente, por más que la misma ley o sentencia no lo nombren o no lo definan de esta manera. Podemos entender los mensajes jurídicos que llegan a la población a través de leyes y sentencias como mitos cuya fuerza simbólica depende de condiciones extrajurídicas: normalmente depende de la realidad pragmática de las relaciones de poder. A veces, la interpretación de una ley a través de un sintagma popularizado le otorga una concisión o explicitud que en realidad no tiene. Así, la cuestión del consentimiento en las relaciones sexuales respecto a la LO 10/2022, de 6 de septiembre (*de garantía integral de la libertad sexual*) es referida popularmente como la ley del solo sí es sí cuando, en realidad el texto otorga una amplitud considerable a la interpretación y calificación jurídica de los hechos: *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona* (art. 178). El artículo habla de *actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen la voluntad de la persona*, no dice que solo sí es sí, no dice lo que vehicula el mito, el mensaje simbólico, que alude a una aserción verbal que los detractores de la ley, interpretando únicamente el sintagma simbólico, han hecho desembocar en la caricatura de una declaración afirmativa realizada y registrada con fe notarial, exhibiendo el registro notarial ante una denuncia de agresión sexual. En cambio, según la ley, la manifestación libre del consentimiento se puede *deducir* de las circunstancias del caso, no requiere una declaración verbalmente explícita como viene sugerida por la síntesis del *solo sí es sí*, que es lo que ha alarmado o escandalizado frente al supuesto de relaciones sexuales desarrolladas con naturalidad y deseo, sin tener que pensar ni tan solo en un consentimiento. Porque consentir puede llegar a significar aceptar lo que uno no desea, mientras que

desear espontáneamente descarta pensar en que se está consintiendo.⁶⁹² Es cierto que la doctrina del consentimiento no alcanza la positividad del deseo, pero por lo menos reprueba ir contra este, porque en todo caso también se puede no consentir lo que no se desea.

Hay una serie de conceptos que refieren más directamente que otros la parte simbólica del Derecho o asociada al Derecho. Pensemos en la fuerza subjetiva de conceptos como el *ultraje*, la *jactancia* o el *ensañamiento*. En la analítica jurídica, el ultraje destaca como aplicación del delito de injurias, maltratos o daños causados a representaciones institucionales o a símbolos de la nación, de la patria. La jactancia destaca jurídicamente como el sembrar dudas —de múltiples modos— sobre los derechos ajenos (acción de jactancia), pero también significa vanagloriarse de ofensas y abusos cometidos, o bien ejecutarlos con una actitud presuntuosa. Jurídicamente, el ensañamiento es una circunstancia agravante de los delitos ejecutados con violencia. Consiste, en el contexto de una agresión, en excederse —que se dice *ensañarse*— en la crueldad, en la causación de daño y dolor, satisfaciendo así el furor del odio del agresor, la voluntad desorbitada de represalia o escarmiento, el rencor sostenido o la ira súbita que llevan a ejecutar una venganza desproporcionada.

No obstante, las tres juntas —ultraje, jactancia y ensañamiento— refieren una actitud o un modo de obrar característico. Pueden juntarse lo mismo en un acto de venganza, de ataque con saña o de castigo desde una autoridad o posición de dignidad. La *hybris* griega resume bien estas características en lo *hibristico* o *hybristés* y en un personaje, el *hybristikós*, que se regodea de sus excesos, que se muestra sistemáticamente insolente, con una arrogancia difícil de desprender de la misma violencia. Los griegos atribuían esa *hybris* no solo a las acciones y actitudes individuales, sino también a las colectivas, incluso a determinadas tradiciones festivas y rituales.⁶⁹³ Con *hybris* también se caracterizaba la corrupción de los jueces; la ferocidad de los animales; la maleza intransitable; el maltrato de niños, mujeres y de personas vulnerables; las sevicias a los ciudadanos; los

692 Ya en el Fuero de Jaca se habla de la voluntad de la mujer, no del consentimiento que significa un estado más pasivo: *Et si aliquis ex vobis cum aliqua femina, excepto maritata, fornicationem faciat voluntatem mulieris, non detis caloniam* (El Fuero de Jaca. Edición crítica de Mauricio Molho, Zaragoza: Instituto de Estudios Pirenaicos, 1964).

693 En parte lo que celebrará Nietzsche (En *El nacimiento de la tragedia*) como dionisiaco no es otra cosa que lo que muchos antiguos griegos caracterizarían de *hybris*.

sacrilegios, y los ultrajes a las divinidades.⁶⁹⁴ Existe una noción de ofensa específica de *hybris* y un proceso para juzgarla: el *grafén hybreos*⁶⁹⁵ o *nomos hybreos*, acción ante el tribunal de los tesmotetas. Desde el punto de vista de la acción simbólica —acción eminente sobre la población en general— la idea de *hybris* se materializa en un tipo de personalidad o personaje moral. Una de las referencias más claras al respecto es el *Midias* de Demóstenes.⁶⁹⁶ En este caso griego vemos perfectamente algo que repugna al Derecho de los Estados de derecho contemporáneos: la concreción del delito en la personalidad del autor, lo que en derecho penal se conoce como derecho penal de autor. Sin embargo, para otras culturas jurídicas como esta griega, el sentido de una ofensa no se puede explicar únicamente por un delito y sus circunstancias, sino que requiere una historia de motivaciones y móviles más amplia, la cual suele confundirse o fundirse con la propia personalidad moral del autor. Esto, por más que repugne a la imparcialidad judicial, no deja de ser un mito o motivo simbólico fuerte para la población en general, incluyendo a los operadores jurídicos. Me refiero a que, si la representación del ultraje, la jactancia y el enseñamiento (sobre todo si van juntas) recaen en una misma persona o construcción de un personaje, producen el efecto combinado de un potente mito reducido a un símbolo. Otros personajes se asimilan a la misma dirección: el chulo, el matón, vacilón, etc., y tantos otros derivados de culturas vecinas como los *guappi* napolitanos. Peter Just⁶⁹⁷ ha descubierto con una prolija descripción etnográfica la fuerza jurídica, judicial, de estas personas hechas personajes, cómo se las juzga de acuerdo con esta representación entre mito y (anti-)héroe.

El efecto simbólico de la *hybris* puede reconocerse universalmente —sigue teniendo vigencia, con matices, en la Grecia contemporánea— y tiene un significado válido para la moral colectiva. Aunque no corresponda a un tipo o figura delictiva, puesto que sería antijurídica (porque caería en el derecho penal de autor: la persona estigmatizada y culpabilizada por su actitud y personalidad) hace notar su influencia. De hecho, sí que ha repercutido históricamente y hasta la actualidad en el Derecho

694 Cf. Anatole Bailly, *Dictionnaire Grec-Français*, *op. cit.*

695 Sobre el proceso de *grafén hybreos*: Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, *op. cit.*

696 «La cualificación cultural de la ofensa: la *hybris* en Demosténes contra Midias», en Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, *op. cit.*

697 Peter Just Dou Donggo *Justice...*, *op. cit.*

penal, cuando en la imposición de la pena se han tenido en cuenta como agravantes la reincidencia y la reiteración e incluso antecedentes o informes de *mala conducta* o de *vida escandalosa*. Existe, pues, una noción moral que ha entrado en los códigos penales —actualizada con la figura del *bully* y el *bullismo*— con la esencia social de un personaje. Su realidad viene condicionada por su efecto simbólico, que en su expresión más corriente se dice *encarnación del mal* o personificación de la malicia. Se trata de una presentación criminal de la persona con dos extremos, que implican consideraciones éticas y políticas totalmente opuestas. Así, de un lado tendríamos al individuo que atropella, despoja y abusa prevaliéndose de un poder, de un rol o cargo de poder. Puede darse en varios ámbitos: desde la familia, la escuela o el vecindario hasta las altas instituciones del Estado. De otro lado, la persona o grupo social rechazado, estigmatizado y perseguido por diversos motivos, como ocurre con los racismos, los clasismos y determinadas fobias sociales. A una persona y a su grupo se les atribuyen esas características de la personalidad criminal íntegra. Es así como puede darse la paradoja normativa de que un energúmeno quede justificado en su maldad al perseguir a una persona o grupo social a los que precisamente se atribuye esa malicia *híbrida* o esencialidad delictiva. También destaca la utilidad de la personalidad criminalmente desarrollada para los «trabajos sucios» de un Gobierno o de la misma administración de justicia, útil también para muchos negocios jurídicos. Este aspecto útil de la mente y actitud criminogénica para un Estado democrático con algunos de sus negocios, que a su vez resultan reprobados y reprimidos, ya fue puesto en evidencia en el estudio de Theodor Adorno y otros sobre la personalidad autoritaria.⁶⁹⁸

26.3 *El privilegio y el simbolismo constitucional*

Uno de los temas que plantean mayor dificultad para un conocimiento histórico preciso de la realidad de lo político es el de la persistencia de un Antiguo Régimen o, en términos de cultura jurídica, la persistencia —material y simbólica— de privilegios en una sociedad que se representa basada en la igualdad, una sociedad democrática. En los textos constitucionales aparecen fórmulas simbólicas para mantener algunos privilegios

698 Theodor Adorno et al., *The Authoritarian Personality*, op. cit.

o para renovarlos con unas transformaciones que, a la vez que los reducen en general, los intensifican en algunos sujetos. Así surge un panorama en el que observamos tres fenómenos: la persistencia de algunas instituciones, costumbres o símbolos del Antiguo Régimen;⁶⁹⁹ la resignificación o inversión simbólica que se utiliza para marcar una nueva autoridad,⁷⁰⁰ y la formulación o reformulación simbólicas de una autoridad privilegiada (un monarca, un presidente) en compromiso con la soberanía popular. Estos procesos (que suelen aparecer mezclados o fundidos) son relevantes para la Antropología porque descansan en gran medida sobre el poder de los símbolos y de los rituales. *Grosso modo* se trata de afianzar privilegios con recursos simbólicos, como si estos fueran más útiles que los recursos estrictamente jurídicos para hermanar dos órdenes contradictorios, uno más propio del Antiguo Régimen, con sus estamentos privilegiados, y otro, el de la democracia, con la igualdad ante la ley. Hay, pues, un Derecho simbólico operativo en estos procesos, aunque se le pueda negar la categoría de Derecho, precisamente por su reducción a lo simbólico; pero el simbolismo también puede considerarse parte del Derecho cuando se lo tiene por válido e incluso fundamental en términos de la misma constitución.

Así, por ejemplo, en España, el Gobierno del *Movimiento Nacional* promulgó el *Fuero de los españoles* (17 de julio de 1945) a modo de Constitución, usando el concepto de *fuero*, que era el que había garantizado una pluralidad histórica de jurisdicciones. Ahora bien, aquel Gobierno lo hizo precisamente para abolir cualquier otra jurisdicción o autonomía político-jurídica que no fuera la del Estado (pensando especialmente en Catalunya y en el País Vasco). También trató de legitimarse algo más tarde con la institución de una *democracia orgánica*, la cual proponía combinar elecciones democráticas con privilegios estamentales, con un solo partido político y un parlamento de representantes de estamentos (ley constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, modificada por la LO del Estado de 10 de enero de 1967). En análisis político comparado se ha reconocido este régimen como un Estado corporativo, cercano al régimen del fascismo italiano, pero lo que queremos destacar aquí —en términos de cultura jurídica— no es el ideal político, sino la contradicción jurídica en-

699 Cf. Arno Mayer *The Persistence of the Old Regime*, *op. cit.*

700 Cf. Joan Frigolé, «Inversió simbòlica i identitat ètnica», *Quaderns del ICA*, (1) (1980).

tre un orden jerárquico vinculado a privilegios, comenzando por quien *viene a disponer la legislación*, el nombre propio de una persona física, cualificado jurídica, política y militarmente como *Caudillo de España, jefe del Estado y generalísimo de los Ejércitos de la Nación*, así como una base de carácter democrático que se reconoce partícipe del Estado. Los textos jurídicos reconocen más bien incidentalmente, con una titularidad más explícita, lo que se ha calificado históricamente como una dictadura, la dictadura franquista. Así, en el artículo segundo de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado (26 de julio de 1947, modificada en la LO de 10 de enero de 1967), después de disponer que *España, como unidad política es un Estado católico, social y representativo, que, de acuerdo con su tradición se declara constituido en Reino*, se declara la titularidad del jefe del Estado con unos términos que personalizan una dictadura militar, la caracterizan como caudillismo y la legitiman por su cruzada contra el comunismo ateo: *La Jefatura del Estado corresponde al Caudillo de España y de la Cruzada, Generalísimo de los Ejércitos, don Francisco Franco Bahamonde*.

Esto se compensa —por lo menos en el terreno simbólico— con *el contraste de pareceres —dentro de la unidad del régimen—, la audiencia de aspiraciones, la crítica fundamentada y solvente y la intervención de la técnica legislativa, que deben contribuir a la vitalidad, justicia y perfeccionamiento del Derecho positivo de la Revolución y de la nueva Economía del pueblo español* (Ley constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, modificada por la LO del Estado de 10 de enero de 1967).

En general, encontramos con pocas distinciones simbólicas entre constituciones y leyes fundamentales u orgánicas (para cumplir con la constitución) en países que son reinos, como el Reino Unido, España o Bélgica, pero con regímenes que en los hechos divergen como democracias o dictaduras. Incluso encontramos también enunciados simbólicos similares en países constituidos según repúblicas, como Italia, Francia o Alemania.

Mucho se ha discutido y discute en España sobre la transición de la dictadura a la democracia y sobre el estado actual de la democracia en función de lo acaecido durante esa transición. En el terreno de lo simbólico —en relación con los estatutos de privilegio— puede decirse que hay muchas similitudes y pocas diferencias entre uno y otro régimen; pero son similitudes que también encontramos con otros países —como Inglaterra— que deben su régimen democrático a normativas pragmáticas que no se pueden deducir claramente de las más simbólicas.

En España, la constitución del Estado en reino con su Ley de Sucesión, la inviolabilidad del jefe del Estado, la unidad de España, la sacralidad de sus símbolos y el respeto a la dignidad humana aparecen como entidades simbólicas, dotadas aparentemente del mismo peso, tanto en el régimen dictatorial como en el democrático. Veámoslo con más detalle.

El Fuero de los españoles de 1945 reconoce que *el pueblo participa en las tareas del Estado a través de las Cortes Españolas* (premisa de todo el Fuero: *Por cuanto...*) y a la vez es el Caudillo de España *quien viene a disponer la propuesta* (de ley) que *las Cortes formulan*. Es decir, que cierta base democrática (las Cortes con estructura estamental) formula una ley fundamental (a modo de constitución, el *Fuero de los españoles*) que *es dispuesta* por el Caudillo y así *queda aprobada*. La cultura jurídica de esta fórmula no es dictatorial, el Caudillo no dicta la ley ni tampoco es cien por cien democrática, no viene formulada y dispuesta o promulgada por un Parlamento totalmente elegido por el pueblo. Es una conjunción formal que implica una contradicción —por más que la misma cultura jurídica la minimice o trate de superarla— entre lo que se conoce en la historia política como democracia o como dictadura. Ahora bien, esta contradicción, más o menos ligera o agravada, aparece en la mayoría de los regímenes democráticos. Todos tienen una autoridad soberana popular representada en los Parlamentos para legislar, pero al mismo tiempo hay monarcas o presidentes de Estados o repúblicas que vehiculan con algún poder —entre lo simbólico y lo político pragmático— la promulgación de las leyes. La fórmula de la monarquía británica procede según una cultura jurídica muy tradicional, con suma autoridad del pasado, pero que su propia lectura actual —precisamente en virtud de su evocación anacrónica— transforma en un fenómeno casi exclusivamente simbólico y con escasa eficacia de poder. Esto se entiende en un contexto según el que lo simbólico y lo espiritual en general no tienen la fuerza de la normatividad que se manifiesta directamente en el lenguaje político y jurídico coetáneo. En el Reino Unido, las leyes se promulgan con una rúbrica consuetudinaria: *Que se promulgue por la Muy Excelente Majestad del Rey, por y con el consejo y consentimiento de los Señores espirituales y temporales, y de los Comunes, en la asamblea del presente Parlamento, y por su autoridad, lo que sigue: y sigue el texto de la ley. (Be it enacted by the King or Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows)*. Es decir, que la majestad de la reina o rey

promulga⁷⁰¹ *a través y con el consejo y consentimiento* de las autoridades de la Iglesia anglicana, la cámara de los lores y la de los comunes, y lo hace ante la asamblea del Parlamento, *y mediante* la autoridad de este último. Quizás esta es una de las fórmulas de mayor exasperación simbólica entre el privilegio real de legislar —sin olvidar su Corte próxima— y el poder efectivo de un parlamento democrático para hacerlo. Una fórmula, *por y con* (*by and with* y otra vez *by*), que incorpora en términos de *consejo, consentimiento y autoridad* a la parte democrática y a la Corte (lores y obispos) del Estado, en la acción promulgadora del monarca. En pragmática política el papel del monarca es el de un portavoz investido de una cualidad especial —*Excellent Majesty*— que sencillamente anuncia lo que otros han decidido, pero esta determinación política de la norma o mandato queda diluida por un recorrido simbólico en el que se representan las cosas de otro modo: la reina o el rey promulgan una ley en virtud del poder que les confiere su Excelente Majestad. Eso sí, atiende, pero solo atiende al consejo, al acuerdo y a la autoridad de sus cortesanos y de los representantes del pueblo. Con lo cual, en la interpretación simbólica, podría deducirse que el Reino Unido no ha cambiado mucho desde la Edad Media, ni en lo político ni en lo jurídico. Es mérito de la propia cultura retórica inglesa el haber mantenido una fórmula simbólica de Antiguo Régimen con una democracia que ya se alababa desde otros países, precisamente en la época del Antiguo Régimen.

Que esta fuerza simbólica haya cedido pragmáticamente a una realidad política democrática depende del momento de la cultura jurídica y política del país. Si comparamos Inglaterra con España, la cuestión es saber si la contradicción española actual (entre la semántica simbólica y el poder pragmático) está más cerca de la británica, cuya retórica simbólica es asaz grandilocuente, o más cercana a la de la época franquista, en la que el poder judicial ejercía sobre una sociedad sin apenas instituciones ni cultura democráticas (declaradas ilícitas en su mayoría).

Siguiendo con estas conjunciones contradictorias, entre valores y estructuras democráticas por un lado y privilegios estamentales por otro, nos encontramos con la relación especial entre restauración monárquica y régi-

701 Desde el siglo xv, *enact* significa introducir un texto entre las leyes o decretos archivados por la legislación y la jurisprudencia, con lo cual equivale a promulgar una ley o decretar (Oxford Etym.).

men democrático, al ser sustituida la *Ley Orgánica del Estado* (10 de enero de 1967) por la *Constitución española* de 29 de diciembre de 1978.

Este último aspecto ha persistido cuando se ha tratado de combinar democracia y monarquía, no se ha podido eludir la validez de los privilegios (con una eficacia simbólica más allá de la propia monarquía) aun en un Estado democrático. De este modo, el estatuto de ciudadanía bajo la igualdad constitucional ha quedado hipotecado por la validez del privilegio. Por una parte, esta feliz coexistencia, para unos, y confusión, para otros, de los valores del Antiguo Régimen con los de la democracia ha revalorizado los títulos nobiliarios, su evocación en apellidos y onomásticas, cierto espíritu de Corte o de proximidad con la monarquía;⁷⁰² por otra, ha renovado la reivindicación republicana de un sector de la población, especialmente sensible ante la conducta del monarca, la cual debe apelar a su estatuto privilegiado, a su irresponsabilidad civil y penal para no comparecer ante la justicia.

El poder judicial ha tratado de representar esta amalgama de soberanía popular y de realeza, como un compromiso de equilibrio, utilizando un lenguaje simbólico con el que no podría deducirse una demarcación de competencias para ambos poderes. La cuestión parece quedar más bien siempre en un plano simbólico: la soberanía reside en el pueblo y la justicia emana del mismo pueblo, el monarca simboliza la unidad y permanencia del Estado. Se usa su nombre como categoría simbólica que introduce el Estado como una categoría que no coincide exactamente con la de los depositarios de la soberanía, el pueblo.⁷⁰³ Ello deja un margen de manobra epistemológica que vuelve a poner de manifiesto la existencia, que no puede considerarse solo simbólica, de un Estado como entidad estamental

702 En la Antropología social española, Carmelo Lisón ha glosado el simbolismo y rituales de la Casa de los Austrias como legado de una época imperial, destacando el valor de lo simbólico y de lo «hipersimbólico», relacionándolo con reacciones psicológicas vigentes: *La imagen del Rey (Monarquía, Realeza y Poder ritual en la Casa de los Austrias)* (discurso de recepción en la RACMP) Madrid: Espasa-Calpe (1991).

703 *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey. Esta breve frase expresa la legitimidad del Poder Judicial, que emana, como todos los poderes del Estado, del pueblo español en el que reside la soberanía nacional, y expresa también que la administración de la justicia se hace en nombre de quien simboliza la unidad y permanencia del Estado, conjugándose así, armónicamente, en la fórmula constitucional, las ideas de soberanía y unidad de nuestra nación* (intervención del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial en el acto de entrega de despachos a la LXIX promoción de la carrera judicial, Barcelona, 25 de septiembre de 2020).

frente a la soberanía popular. Si esto se quisiera traducir pragmáticamente, en competencias, cabrían tres opciones: que el monarca ratifica por obligación las decisiones del poder legislativo y del judicial; que estos deben de satisfacer a una especie de línea directriz del poder monárquico, o que, si no en todas, en algunas empresas legislativas y decisiones judiciales deben ponerse de acuerdo.

En España no se ha conseguido el afianzamiento simbólico de la monarquía tanto como para desplazar la atención de su realidad pragmática, de sus aparentes afinidades ideológicas, de sus intereses privados o de sus veleidades aristocráticas, tácitas o inconscientes. Así, queda un derecho de privilegio —la famosa inviolabilidad de la persona del rey— sin sujeción a responsabilidad (CE: art. 56, 3)⁷⁰⁴ a pesar del refrendo que constitucionalmente exigen sus actuaciones. Se trata del mismo principio acordado por la LO del Estado de 10 de enero de 1967⁷⁰⁵ (art. 8, I y II): *La persona del Jefe del Estado es inviolable. Todos los españoles le deberán respeto y acatamiento. Todo lo que el jefe del Estado disponga en el ejercicio de su autoridad deberá ser refrendado* (por el presidente del Gobierno, los ministros, etc.) *careciendo de valor cualquier disposición que no se ajuste a esta formalidad;* y III: *De los actos del Jefe del Estado serán responsables las personas que los refrenden.* El articulado de la CE (art. 56) difiere algo de este enunciado: no establece el deber de respeto y acatamiento, aclara que dicha inviolabilidad supone irresponsabilidad, para a renglón seguido establecer la misma legitimidad de sus actos por el refrendo de otras autoridades (junto con el art. 64). El principio de inviolabilidad del jefe del Estado, que ya es constituido en Reino, y *Jefe nacional del Movimiento* coincide, pues, en lo fundamental, con el de su sucesor. Sin embargo, se ha dado una paradoja histórica: el principio de inviolabilidad del rey ha sido noticia y se ha cuestionado por determinados comportamientos de este, hasta el punto de vincularse a su abdicación. No obstante, lo que pragmáticamente (frente a la democracia)

704 La interpretación que se ofrece al pueblo radica en los hechos observados, no en lo que presume la CE (art. 64): de que los actos del monarca estarán siempre refrendados por el presidente del Gobierno o por sus ministros competentes, sobre los que recaerá dicha responsabilidad. De lo cual se deduciría que el rey solo es inviolable en materias que son de competencia gubernamental. Sin embargo, al observarse fácticamente que la inviolabilidad afecta a otras materias subsiste en lo real y en lo simbólico el estatuto de privilegio personal de la persona física del monarca.

705 Que se votó en referéndum con una aprobación del 85,5 % según datos oficiales: *expresión auténtica y directa del pueblo español*, según el preámbulo de dicha LO.

se vivió como una dictadura no suscitó la cuestión de la inviolabilidad del jefe del Estado. La razón puede hallarse en la función simbólica de estas leyes, que a pesar de ser literalmente casi las mismas, obtienen distintos valores y sentidos simbólicos. Algo de esa distinción se revela en *el respeto y acatamiento* de la LO de 1967, sintagma que puede interpretarse como atributo de la dictadura, así como el de *irresponsabilidad* del rey como atributo de la democracia española: en el sobrentendido de que se supone que, al ejercer legítimamente su autoridad, todos los actos (públicos) del rey vienen refrendados y no es, pues, responsable de estos; mientras que el Caudillo (como dictador) aparece con un privilegio de autoridad que infunde *a priori* un *respeto y acatamiento* especialísimos.

El rey se limita a dejar gobernar al gobierno elegido democráticamente. En cambio, el refrendo en el contexto de las jefaturas y títulos del Caudillo de España no puede enfrentarse de ningún modo a la autoridad del jefe del Estado, al que se le debe aquel *respeto y acatamiento*. Con este matiz puede deducirse que aquello que con el Caudillo debe quedar refrendado cae más en la órbita de lo que le complace, lo cual se compadece con el régimen dictatorial; en cambio, que el rey —acorde con un régimen democrático— no puede alzarse de ningún modo contra lo que se le refrenda.⁷⁰⁶ Si seguimos con estas presunciones —en las que radica la eficacia simbólica de la ley— en el contexto de la dictadura, el dictador tiene mucho más margen para promover o inhibir iniciativas legisladoras, mientras que el rey no tiene —no debe tener— poder ni para lo uno ni para lo otro. La paradoja histórica es que con el rey en democracia se ha suscitado una cuestión de debilidad en su privilegio, no con el Caudillo en la dictadura. Casi todo se puede entender con los resultados pragmáticos de una simple contingencia: la efectiva abdicación del rey y la permanencia del Caudillo en la Jefatura del Estado hasta su muerte.

Los acontecimientos simbólicos de la monarquía española no cesan; normal, tratándose de una institución con destacadas funciones simbólicas. Así, un tribunal inglés (diciembre de 2022) ha desechado en parte una demanda civil contra el rey por acoso. Lógicamente, lo ha hecho para el periodo anterior a su abdicación, puesto que el acoso estuvo refrendado por el Gobierno o pudo ser iniciativa de este (en ambos casos, la responsabilidad recae sobre el reino a través de su Gobierno, no sobre el rey), con

706 Algunos reyes en regímenes democráticos han apelado extraordinariamente a su objeción de conciencia para no tener que sancionar leyes que no les complacían.

lo cual la demandante tendría que querellarse contra el Reino de España (contra el Gobierno) y no contra el rey. En este caso, la existencia simbólica del rey (con responsabilidad refrendada por el Gobierno, equivalente a la inmunidad de su persona física para sus actos privados) le exime de su responsabilidad como persona física; ya que, jurídicamente, el rey tiene una doble personalidad (Kantorowicz): la privada y física, que solo se manifiesta cuando sus actos no están refrendados por el Gobierno, y la pública y jurídica (y también moral), para todos los actos que el Gobierno le refrenda.

Desde la perspectiva de la Antropología jurídica la cuestión estriba en la fuerza o debilidad del poder simbólico de la monarquía⁷⁰⁷ —un poder asociado a un bien indisponible, el Estado o la patria— frente a la representación puramente pragmática y democrática de su poder. Estudios sobre opiniones y sobre motivaciones de adhesión a una causa u otra pueden ayudar a comprender mejor el valor de la institución monárquica para el presente y para el futuro. Por el momento, la interpretación sobre el poder del monarca según la CE oscila entre el valor más simbólico y el pragmático. Otra paradoja es que los partidarios de una república se fijan más en la corrupción del monarca en lo pragmático, sin valorar que esta misma corrupción puede afectar al presidente de una república, dando realce así al valor simbólico de ambas instituciones. Los partidarios de la monarquía se aferran al valor simbólico de esta como si ninguna otra pudiera encarnar *la unidad y permanencia* del Estado. Con ello, unos y otros defienden su sistema por el significado simbólico de este; se entiende, pues, que tanto el establecimiento de la monarquía como el de la república están llamados a satisfacer valores simbólicos en pugna. Ello nos acerca a los equívocos de la legislación simbólica.

Ahora bien, comparando varios enunciados simbólicos de regímenes políticos que se tienen por muy dispares en su realidad, como son una dictadura y una democracia, podemos constatar que las representaciones simbólicas de sus máximas autoridades y principios acaban difiriendo muy poco. Puede existir un afán de *distinción simbólica* entre un régimen

707 Manifestado claramente en el art. 56 de la CE: *El Rey es el jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español...* A lo cual añade el Art. 62: *Corresponde al Rey: a) Sancionar y promulgar las leyes... f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros...*

dictatorial y otro democrático, como entre una monarquía y una república, pero, una vez examinada esa aparente distinción ante los hechos, esta se nos revela débil, evanescente. Tras un símbolo aparentemente más o menos democrático que otro existen unas realidades políticas vividas que poco tienen que ver con esas apariencias simbólicas. Incluso se utiliza el término *simbólico* para representar la debilidad o inutilidad reales de una institución. Así, lo simbólico puede dar lugar a enconadas luchas y a cómodas deserciones.

26.4 Violación, corrupción y censura

Pensemos también en la variedad de efectos simbólicos de unas ofensas que tienen distintas relaciones con el Derecho. La *violación*, la *corrupción* y la *censura*.

Recordemos que el símbolo debe su fuerza a una economía representacional, o bien como mito (un personaje con su acción), o bien como significante o ícono fundido con el significado o con el ser (la bandera con la nación, el ícono con el ser divino). La eficacia simbólica requiere una operación mágica de tipo metonímico o metafórico, una parte por el todo (la magia contaminante de Frazer) o una semejanza con su referente (la magia homeopática de Frazer). Esto quiere decir que, por ejemplo, en el caso de la violación, existe una figura simbólica que ultrapasa la noción legal (el tipo delictivo en el Código Penal) y dota a la ofensa de una capacidad especial para alterar la existencia humana.

26.4.1 LA VIOLACIÓN Y SU CAMPO SIMBÓLICO

La violación tiene históricamente una caracterización de género, la violación se ha entendido históricamente como la violación que un hombre perpetra sobre una mujer. Por más que ética y jurídicamente puedan calificarse de violaciones muchos otros actos entre personas de diversas apariencias⁷⁰⁸ y pueda hablarse también de la violación de domicilio, correspondencia o sepultura; la violación de secretos o del espacio aéreo, la violación de la mujer es un arquetipo histórico y universal. Su tipo o

708 Me refiero a la integración en el terreno jurídico de la libertad sexual de personas con diversas expresiones de género y características de sexo.

figura, penal u ofensiva, está presente en todas las normativas legales y en todas las tradiciones jurisprudenciales. Aunque otros hechos como los mencionados puedan compartir con la violación de la mujer partes de un mismo campo semántico, lo hacen en grado y cualidad muy distintos.⁷⁰⁹ En este amplio campo semántico, la violación de la mujer obtiene un especial significado que no puede identificarse con las otras «violaciones». Simone de Beauvoir⁷¹⁰ establece todo un ámbito de representaciones en el que la violación cobra significados especiales para las mujeres, con una gran carga simbólica. Lo hace desde un país y una época, y pensando en la violación y sus fantasmas en la edad de la iniciación sexual de las mujeres. Con todo, sus explicaciones pueden extrapolarse en buena medida a épocas anteriores y posteriores. Porque nos encontramos ante un fenómeno de interpretación cultural, y también específicamente jurídica, de larga duración histórica. Las violaciones operan sobre los colectivos femeninos trascendiendo y dotando de significados especiales los hechos que el Derecho califica de violación o agresión sexual.

Beauvoir desarrolla todo el contexto de las violencias simbólicas al presentar la violación en función antropológica, cuando la une a la iniciación sexual. No solo en términos biográficos, sino en todo lo que puede representarse como reiniciaciones o nuevas iniciaciones al sexo. De este modo, podemos darnos cuenta de la relevancia de una *cultura de la violación* desde sus víctimas recurrentes y potenciales. Solo así se entiende mejor el efecto fantasma de la violación, su persistente ofensiva de significados vitales negativos para todas las mujeres. La razón de este fenómeno se debe a que la violación (presentida en cualquier abuso sexual) constituye el dictado profundo de la política sexual, de un tipo de dominación que, a falta de otro término más preciso, convenimos generalmente en denominarla *patriarcal*. Hay una política sexual dominante que es la responsable de poner en juego todo un aparato de violencia simbólica. Esta violencia, implícita, soterrada, que pone en desventaja a la mujer en sus interacciones sociales, tiene en determinadas épocas unas expresiones materiales y objetivas en el Derecho. Nos lo muestran los códigos civiles y penales a

709 Discrepamos de las interpretaciones simbólicas que tienden a homogeneizar los significados a partir del uso de un mismo término. Nuestra perspectiva respeta la polisemia en la homonimia.

710 En «Formation. La jeune fille. L'initiation sexuelle», vol. 2 de *Le Deuxième sexe*, París: Gallimard (1976).

caballo entre los siglos XIX y XX: obligaciones, sanciones y derechos de las mujeres en cuanto tales, bajo un férreo control patriarcal de su sexualidad. Desde cómo se castiga de modo muy distinto el adulterio de la mujer frente al amancebamiento del marido hasta las penas de ese adulterio sobre las que el marido obtiene jurisdicción, pasando por el control paterno de la sexualidad y el matrimonio en los delitos de raptó y estupro, así como la incidencia de la clase social de los hombres que controlan a la mujer en los de infanticidio y aborto. Y aun otros, como los de injurias y calumnias, que, con menos valía penal, no dejan de afectar muy sensiblemente la vida de las mujeres.

Partiendo de este conjunto, heredado, en parte vigente (si no en Derecho, sí en varias actitudes morales y religiosas) la violación deviene una ofensa que incide en la psicología profunda de las mujeres, en los valores simbólicos que dan sentido a su vida y en el poder político que mantiene esta condición de ser mujer: siempre en vilo cuando la sexualidad es despertada por un poder.⁷¹¹

Es así como Beauvoir nos presenta el sentido vivido, en lo material y en lo simbólico, de la violación (siempre conectada a la iniciación sexual), con un *continuum* —para todo el colectivo femenino— entre el trauma y el miedo. Solo así puede comprenderse su complejidad psicológica, moral y política, a la vez que sus daños psicofisiológicos más específicos para cada caso.

La violación, en su campo semántico más amplio, es un fantasma que permea múltiples vivencias y que incide en cada una de ellas con el poder de lo simbólico, de lo que impregna y arrastra la vida como en un acto reflejo, como en la obediencia a una orden. Beauvoir nos recrea toda la cultura femenina en torno al fantasma de la violación, a la que corresponde otra masculina, muy centrada en el poder en sí mismo, como uno de los abordajes más económicos de la sexualidad. Evidentemente, el tipo penal de la violación no explica toda esa semántica vivida, pero es necesario conocerla para entender el significado existencial de la violación, lo vivido en esa ofensa. Solo así se entienden las considerables y variadas consecuencias físicas, psíquicas y morales de la violación en sus víctimas. La violación es en gran parte una acción de violencia simbólica, una ofensa que conlleva toda una serie de ataques a valores simbólicos, estrechamen-

711 Esta conexión es la que ha hecho ver lo «personal» como «político» en el coloquio reivindicativo del feminismo.

te vinculados, eso sí, a la corporeidad del delito, sucintamente tipificado como un acceso carnal hecho con la violencia directa del poder o con su vicio de la voluntad (el consentimiento viciado).

Siguiendo con el lugar iniciático y reiniciático que Beauvoir atribuye a la violación, vemos que se trata de una herida a la intimidad sexual, una humillación de la propia vitalidad, un cortocircuito del deseo que lo impregna de asco y sensación de suciedad, hasta la repugnancia o alienación con el propio cuerpo por su extraña invasión y reducción a animal de presa, cosas que pueden generar un falso sentido de culpa que algunas sociedades abonan al condenar y estigmatizar de un modo u otro a la mujer violada. Todo ello solo puede expresarse simbólicamente, porque la calificación material se queda corta. Simone de Beauvoir recopila las emociones y sentimientos ligados al fantasma de la violación en la iniciación sexual de la mujer, un fantasma que esparce una constante y profunda decepción, un choque incesante entre el impulso de la sensualidad afectiva y la economía política sexual. Debe hacerlo con un uso prolijo del lenguaje abstracto y simbólico:⁷¹² la pérdida de capacidad subjetiva ante su reducción como objeto; la vergüenza ante las concreciones corporales; el énfasis en una vida endocrino-neurológica; la histeria y la neurastenia como símbolos persistentes (aunque cambien de palabras); la estrecha relación entre vida psíquica y realizaciones fisiológicas; el destino femenino en caída libre en el derrotismo, la apatía y la mediocridad; las abdicaciones en la iniciativa y en su expresividad, que se cambian por el ser complacientes; el triunfo de lo femenino como el triunfo de los símbolos de lo impotente, lo fútil, lo pasivo o lo dócil, revestidos, eso sí, de gracia y encanto. La mujer, acechada por la simbología de lo inesencial, de una *otra* que no puede manifestar su *yo*, forzada a resaltarse solo como objeto o a negar todo lo que la reduce a ello. Ceder a un amor propio que solo se reconoce si enciende el deseo de los otros. Como reacción puede optar por un desbordado narcisismo, entre ensoñaciones y sublimaciones.

Así queda condenada la mujer: a vivir un género de vida en busca de símbolos y puntuales manifestaciones o evocaciones de lo excesivo en la sentimentalidad, en las efusiones íntimas, en la exaltación de la ternura. Todo ello puede acabar en chascos y humillaciones, en distantes enamoramientos que no estorban el narcisismo, pero también en amores cóm-

712 Seguimos con «Formation. La jeune fille. L'initiation sexuelle», en id.

plices y placenteros. Beauvoir revela la doble vertiente psíquica y moral de la construcción de la personalidad femenina en el campo patriarcal: hacerse objeto para devenir ídolo, soportar ofensas para recibir homenajes, echar orgullo a su cosificación y avergonzarse y sufrir al no triunfar con esa apariencia y tomar conciencia de la ridiculez del estado en que queda reducida. Entre infantilizada, pacificada (reducida a pasividad) y perversa, alcanza los desafíos de la interacción sexual de una forma fácilmente estereotipada. Para conseguir cierta espontaneidad deberá escoger entre luchar o burlarse de su papel, representarlo con discreción o con histrionismo. Beauvoir caracteriza como edad ingrata esta en que la mujer —por los roles que luego se reconocerán como de género, de hacerse hombre o mujer según determinadas convenciones y obsesiones— experimenta atracción y repulsión hacia el «primer sexo» y puede que hacia la sexualidad en general. Estos polos suelen moderarse, quedan entre el pudor y el amor; pero la moderación fracasa si irrumpe el fantasma de la violación. Beauvoir no descarta salidas masoquistas al *impasse* que la moral sexual impone a la mujer, pero no es el masoquismo de Freud, es el de quien se anticipa a lo que teme como agresión o humillación, y se lo provoca a sí mismo. De este modo, se precipita en lo que piensa que la puede hundir, ejecuta ella misma algún hundimiento. Beauvoir ve en ello una rebelión contra su futura servidumbre. Siempre, *el rechazo a devenir objeto la reconduce a reconstituirse como objeto*⁷¹³ (salida paradójica, pero de precisa economía psíquica). Una salida cosificante que no se corresponde con el sentimiento de verdad: el de la incerteza en su existencia. La existencia le queda forzada hacia una dirección que restringe su conciencia de ser. La violación y su fantasma es lo que opera dicha restricción del modo más absoluto. Sin embargo, mientras que la violenta cualquier empuje hacia su cosificación, a la vez apuesta también por ella para asegurarse el éxito social. Beauvoir sitúa el pudor entre el aprendizaje hipócrita y el *rechazo espontáneo a dejarse coger como carne*.⁷¹⁴ Otra vez la violación: hemos de recorrer bastantes páginas de Beauvoir para comprender el alcance de la violación y sus fantasmas, del daño material y simbólico que causa en la mujer por la tensa encrucijada a la que la sociedad la arroja. El Derecho lo resume aceptando la valoración forense de daños físicos y psíquicos, a los que añade los morales; pero lo

713 Beauvoir, *ibid.*, vol. II, p. 125.

714 *Ibid.*, p. 127.

vivido por la mujer suele ser mucho más amplio y profundo de lo que se reconoce jurídicamente. De aquí que la violencia de género deba predicarse con arreglo a su especificidad ofensiva y reactiva. Como también la que cae sobre niños, ancianos y personas con algunas discapacidades o variantes funcionales. Ni familia ni la casa o el hogar, como tampoco el colegio, el taller, la oficina, la universidad o cualquier institución de encuentros o convivencia entre personas marcadas por el género y la generación, constituyen como tales —como instituciones— los nexos causales de las violencias. Estas, insistimos, tienen características específicas, ofensivas y reactivas: de hombres sobre mujeres; de mujeres sobre hombres; de padres sobre hijos, sobre abuelos, etc. Las violencias en cada una de estas relaciones tienen sus características ofensivas y reactivas. Por ello explicamos con cierto detenimiento, de la mano de Beauvoir, el campo patriarcal en el que la violación adquiere gran eficacia simbólica: para comprender mejor los significados vividos desde la violación. Beauvoir, entre las escritoras feministas, nos parece la más completa en su planteamiento de lo que puede significar —una vez más, ofensiva y reactivamente— la violación de la mujer. Prosigue con las circunstancias pragmáticas y simbólicas en las que están presentes la violación y sus fantasmas. Políticamente, se traducen en barreras, cuando no castigos, para esperanzas morales, para unas ambiciones sociales y, en general, para la voluntad de vivir.⁷¹⁵ No obstante, en vez de esas realizaciones, la condición de género precipita constantemente a la mujer a cálculos celosos, a maniobras de seducción y a inhibiciones de su libertad, tanto de expresión como de comportamiento. La sujeción de género la lleva a coartar su personalidad frente a la vida, en general, y a la sexualidad, en particular. Así, crece con un rol a costas que le ocasiona sufrimiento y frustración. Al no poder realizarse con más entusiasmo y creatividad frente al mundo en general, economiza su participación social. En este sentido, Beauvoir destaca su excesiva prudencia o represión en sus empresas o compromisos sociales y culturales. Hay algo del fantasma de la violación, de su fatal cosificación, cuando Beauvoir afirma que *tendrá miedo de no cumplir con su destino como mujer si se entrega demasiado a una empresa*⁷¹⁶ que limita o hasta puede parecer que niega ese destino.⁷¹⁷

715 Cf. *Ibid.*, p. 131.

716 *Ibid.*, p. 142.

717 Una de las cosas que Beauvoir advierte con énfasis es su renuncia al tiempo superfluo para investigar, crear o entretenerse con algo con lo que se siente realizada. Así, estudiará

En este contexto, la iniciación sexual que analiza Beauvoir puede articularse muy fácilmente con los fantasmas derivados de una cultura de la violación, cuando no ocurren ya fácticamente en agresiones concretas. Las características a destacar son: el carácter imprevisto y la sensación de brutalidad en las primeras experiencias eróticas; sus desfases y cortocircuitos con el placer; el saqueo o profanación masculina del cuerpo femenino, puesto entre la virginidad infantil y la maternidad adulta; la simbología política de conquistar, expugnar, someter, poseer y arrebatar, que confluyen en el acto de violar; la alerta ante cualquier gesto que pueda evocar esa simbología política; la casi ineludible experiencia de violencia en la primera penetración. La mujer puede notar la interpretación machista en la acción del hombre (como dominación o posesión) en contra de sus palabras e incluso de sus gestos. Beauvoir nos acerca con múltiples detalles al significado de la violación en el terreno de su fantasma psicológico y de su simbolismo cultural. Nos informa de que, en derecho vivido, la violación establece un campo semántico muy amplio del que fácilmente pueden depender muchas situaciones con que se encuentran las mujeres.⁷¹⁸ La parte vivida que repercute en daños la sintetizará y reconocerá el Derecho como daños físicos, psicológicos y morales. La jurisprudencia se encargará de distinguir a estos últimos de los anteriores por lesionar la dignidad y el honor de la persona en la sociedad, mientras que los psicológicos se apreciarán por lesionar el desarrollo de la personalidad y producir traumas psíquicos con sus secuelas. Entre ambos se situaría la vulneración de la intimidad, en sentido corporal y social. El Derecho recoge lo que considera susceptible de traducirse ante una responsabilidad civil y penal, pero no recoge toda la injusticia vivida. De ello surge una aparente paradoja: si bien es cierto que entre agresores sexuales y agredidas hay una asimetría que no se resuelve ni con el mismo proceso penal contra el agresor (de aquí la prohibición de la mediación penal para este tipo de delitos), de hecho solo en las posibilidades que brinda la justicia restaurativa se puede

poco fuera de lo necesario o evitará recrearse en sus aficiones, cuando *en estos ámbitos lo más necesario suele parecer superfluo*. Los dilemas entre pasar desapercibida (para no ser una diana) y a la vez integrarse para vivir en sociedad la pueden llevar fácilmente *al sueño de un éxito pasivo*.

718 También podemos discernir varias legitimaciones de la violación: desde las que se dan como fatalidades etológicas en animales y que se tienen por extrapolables a los humanos, hasta las alentadas por productos culturales alineados con conductas adictivas: Cf. Santiago Redondo (coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona: Ariel (2002).

exponer toda la magnitud de la ofensa y las consecuencias del delito vivido. Solo en esta dirección puede llegar a representarse de un modo más real y empático la víctima para el delincuente y viceversa. Aun así, la mediación penal en materia de violencia de género o de violencias sexuales continuará vedada (cf. la disposición final duodécima de la LO 10/2022, de 6 de septiembre), pues se entiende que hay una generalizada asimetría de poder y capacidad para el enfrentamiento entre agresor masculino y víctima femenina, sobre todo en tiempos cercanos a las agresiones (en los que también la asimetría puede manifestarse en desistimientos en las acciones penales).

Desde la perspectiva del paradigma vindicatorio llama la atención el ingente esfuerzo de leyes como la de Garantía Integral de la Libertad Sexual para atender con toda integridad a las víctimas de agresiones sexuales. En sociedades de cultura vindicatoria como en el ejemplo proporcionado por Louis Assier-Andrieu⁷¹⁹ sobre los *inuit*, una mujer violada recibe toda la solidaridad e integración de su grupo de parentesco y de toda la comunidad local, de modo directo y espontáneo, no tiene tiempos y espacios de soledad individualizada ni de estigmatización simbólica por la violación, no queda disminuida en sus roles y actividades socioeconómicas, ni en su condición de mujer frente al conjunto de la sociedad. Ha sido ofendida junto con sus parientes y su comunidad, no ella sola; y es así como responde la justicia. El reo de la violación es expulsado de la comunidad, debe ofrecer una compensación, deberá componer y reconciliarse, no solo con el grupo de parientes de la mujer, sino con toda la comunidad, para reintegrarse. Deberá recabar en la ayuda de sus parientes; mientras, vivirá de limosnas y de la ayuda de sus parientes más cercanos. Es el reo el que queda fuera de la integración social y con una marca o estigma que habrá de expiar hasta conseguir el perdón de todo el grupo al que ha ofendido, porque la mujer no queda individualizada con su ofensa, sino que la comparte con su grupo. Esto hace que tenga, inmediatamente, un empoderamiento solidario, compartido.

Ahora bien, en sociedades como la nuestra, marcadas por un fuerte individualismo, no existe una solidaridad, afectividad y responsabilidad colectivas que hagan que la víctima no quede ni se sienta sola. La víctima queda más traumatizada y desmoralizada por su condición altamen-

719 Cf. Terradas, *La justicia más antigua*, op. cit., p. 318 et passim.

te individualizada, como mujer, como ciudadana y como ser humano en general. Lo que se busca, entonces, es utópico, porque se quiere producir de modo artificial —con gran profusión de recursos y asistencias profesionales— lo que en otras sociedades constituye la base de su orden y vida social. Se quiere aportar la solidaridad y responsabilidad, incluso alguna parte de la afectividad, en una sociedad individualizada hasta la perversión de cualquier clima de confianza. La promulgación de la misma ley lo revela: diríase promulgada para una sociedad en la que la mayoría de las relaciones sexuales se dan con recelo o desconfianza cuando no con violencias de todo tipo.

Entonces, con un *principium individuationis* llevado hasta el paroxismo, en nombre de la libertad y del bienestar, se quiere atender a unas víctimas resucitando la ilusión de una solidaridad con un altruismo que solo puede desencadenar con naturalidad un impulso afectivo. Sin embargo, al no tocar en absoluto el orden social individualista y agonístico, se requiere un sinfín de acciones paliativas para alcanzar —en lo simbólico— una reparación y reintegración de las víctimas que ni las ciudadanas que no son víctimas pueden alcanzar. Es la sociedad en su conjunto la que es incapaz de proporcionar lo que en otras sociedades se ha dado con integridad y espontaneidad. Por ello es necesario todo un ejército de profesionales de varios ámbitos, de instituciones y organizaciones de todo tipo, para levantar —como en el tiempo excepcional de una fiesta— un edificio de asistencia y solidaridad contradictorio con la insolidaridad del individualismo de mercado. En la LO 10/2022, de 6 de septiembre, a pesar de suscitar un largo repertorio de recursos privados y públicos de todo tipo para paliar los daños groseros y sutiles de las ofensas contra la libertad sexual,⁷²⁰ se aprecia la impotencia del Estado frente a una sociedad que, para cambiar, precisaría de una gran revolución social y moral. La *garantía integral* es un plan utópico ya solo frente a la distopía del individualismo posesivo, en una sociedad cautiva de los poderes del mercado. Uno de los artículos más cargados de evocaciones utópicas es el 57: *Reparación simbólica y enfoque reparador integral transformador*. El título en sí ya se alinea con la retórica de las fórmulas mágicas. Promete reparar los símbolos que han quedado dañados en las personas de las víctimas y obtener una transformación que repare íntegramente el mal sufrido. Así nos lo explican los tres párrafos

720 Que no se especifican bien, por la economía de los protocolos, ni con informes psicológicos, si no se abunda en los análisis como los de Simone de Beauvoir.

que siguen al enunciado. La reparación simbólica consiste en principio en el reconocimiento por parte de los poderes públicos de la violencia ejercida. Luego, proceden declaraciones públicas que *restablezcan la dignidad y reputación de las víctimas siempre desde un enfoque reparador integral transformador*. Al repetir el mismo sintagma del enunciado del artículo, solo podemos deducir que remite a la idea de que, al afirmar la dignidad y reputación de las víctimas,⁷²¹ se entra en una transformación mediante la reparación. Es decir, que se recupera la dignidad y reputación de las víctimas al considerarlas junto con toda la reparación (integral) que necesitan; lo cual parece evocar —como hemos dicho en la nota precedente— que su condición de víctimas atenta contra su dignidad y reputación. Es decir, lo contrario de lo que ocurría en la moral vindicatoria antes mencionada entre los inuit. Sigue ocurriendo en nuestra sociedad, y la legisladora lo tiene presente: la mujer maltratada, violada y hasta asesinada por un hombre o un grupo de hombres puede tener una presentación social de desvalor. Algo no muy lejano de la idea de que para la mujer violada fuera de casa, especialmente cerca de un lugar de posibles encuentros sexuales, por encontrarse allí, su violación es casi un castigo a su atrevimiento o imprudencia.⁷²² En los otros dos párrafos del mismo artículo 57 se establece el *compromiso colectivo de las administraciones públicas contra las violencias sexuales y el respeto por las víctimas*. La aparición consecutiva de esta necesidad de respeto puede ir también en otras dos direcciones que la misma ley contempla: el trato dignitoso exigido a los medios de comunicación y el respeto a la vida y, especialmente, a la intimidación sexual de las víctimas, cosas que se han utilizado para vender información y para desacreditar a las víctimas de violencias sexuales, al asociarlas a conductas libertinas o promiscuas. El tercer párrafo complementa el anterior: pro-

721 Las cuales se dan por dañadas en estos valores simbólicos, por las agresiones sufridas, como si la sociedad desvalorara a las mujeres víctimas de estas agresiones. Hace años, cuando todavía no se había implantado el lenguaje de corrección política, incluso algunos diputados, ante feminicidios, llegaron a proferir frases del tipo ¡qué le habrá hecho! (ella, por supuesto). Es posible que a pesar de haberse eliminado este lenguaje en el Parlamento (atentísimo a los caladeros de votos mientras no regrese el pucherazo) se perciben actitudes consistentes con el mismo, y quizás por eso la ley prevé extremos inimaginables en otros ambientes.

722 El trato distinto a la violación según si la mujer se encuentra en el recinto familiar o fuera de este ya lo encontramos en disposiciones de la Antigüedad y de la Alta Edad Media: Cf. Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, op. cit.

mocionar acciones de rechazo a las violencias sexuales por parte de los poderes públicos e involucrarse para impedir su repetición.

Este artículo sobre la reparación simbólica es de los que con pocas palabras toca el techo de la victimización de las mujeres y de su difícil superación en la sociedad en que vivimos, con sus intereses y valores hegemónicos. Porque da a entender que las mujeres víctimas de violencia (y no solo sexual) sufren a la vez desprecio o desvaloración. Se las trata como reas y víctimas al mismo tiempo: se busca su culpabilidad aun siendo claramente víctimas. Se trata de un tema tradicional de larga duración que se halla en la Biblia hebrea y en múltiples fuentes religiosas y literarias, así como en muchas culturas primitivas, antiguas y medievales: la mujer portadora de una culpa original, cuando no de una impureza consustancial. Se trata de una cuestión muy amplia que no vamos a tratar aquí. Únicamente hay que señalar que la ley se hace eco de ella, de modo que la mujer víctima necesita todavía un amparo especial por la fuerza del prejuicio en su contra. O bien por un prejuicio esencialista o de proclividad femenina se piensa en la mujer víctima sin descartar sospechas o infundios sobre su responsabilidad.

La ley trata de hacer frente a un gran aparato político, social e ideológico que tiene en su contra; este es de tal magnitud, que debe construir una enorme batería de disposiciones provisionales, preventivas y represivas tanto en lo simbólico como en lo material, en lo ideológico como en lo estrictamente jurídico. Así, llega a alcanzar un ideal de performatividad realmente utópico, valga la paradoja.

Este utopismo legislativo tiene también otra explicación: con los valores de un socialismo —de una solidaridad y responsabilidad inexistentes— se quiere incidir en los desbarajustes creados por el individualismo económico, sin tocar ninguno de sus fundamentos, apenas algún principio de redistribución, pero no se pueden crear una solidaridad y responsabilidad adversas al orden social hegemónico. En consistencia, la *garantía integral* requeriría una sociedad muy diferente a la nuestra, debería haber pasado por una gran revolución social y moral. Sin ella, el problema no es distinto a cómo la Iglesia ha planteado su doctrina social y su aporte caritativo. Por eso no ha de extrañar que la Iglesia, a pesar de su responsabilidad en la implantación de la disciplina patriarcal, pueda contribuir al socorro de las víctimas, o de algunas de ellas, como lleva haciendo con los pobres. Lo que hace el Estado no es menos hipócrita. La actuación paliativa y supuestamente reintegradora de tantos organismos y organizaciones

que prevé la ley solo —según lo posibilitado en presupuestos públicos y privados— puede conseguir muy parcialmente sus objetivos, como parcialmente los ha venido consiguiendo toda la batería de provisiones previstas en la LO 1/2004, de 28 de diciembre. El Estado está principalmente comprometido con los intereses materialistas de la insolidaridad para el lucro, la desconfianza individualista y la desigualdad «necesaria». Una mirada de altruismo y responsabilidad verdaderamente sociales, como la que ha promovido esta ley —no sin debates y desacuerdos internos— es excepcional. Puede quedar fácilmente deshecha con la victoria de facciones políticas algo más coherentes con la desigualdad social y la destrucción de la solidaridad; o simplemente derogada por insensibles referendos presupuestarios, protocolos formales, más rutinas de cursos y cursillos y actuaciones simbólicas en el sentido más fútil de la palabra.

26.4.2 LA CORRUPCIÓN

Si Beauvoir nos enseña la extensión e intensidad simbólica de la violación, Betti lo hace con la corrupción, con la corrupción moralmente más radical de todas, la de la justicia.

La corrupción es una idea que trasciende en derecho vivo lo que en sus versiones jurídicas queda definido como prevaricación, soborno en general o cohecho en particular. Mención aparte merece la *corrupción de menores*, que califica hechos en un ámbito de específica responsabilidad penal. Aquí nos referimos a cuando las palabras *corrupción* y *corrupto* rigen como juicios morales generales y profundos sobre una institución o sobre una persona. Se habla comúnmente de la corrupción en política, relatando casos de nepotismo, fraudes en lo político y en lo económico, tráfico de influencias, privilegios e inmunidades de facto, sobornos estructurales, comisiones por favoritismos, etc; pero la corrupción adquiere un significado más intenso en las tareas o compromisos con lo sagrado y lo justo: la corrupción en las instituciones religiosas y en la administración de justicia. Aparte de los delitos ya mencionados (o además de ellos), se piensa en la corrupción de la justicia como fenómeno más sibilino y constante. Como algo que socava cotidianamente los cimientos de la justicia, pero sin despertar alarma o escándalo. De esta manera, corroe en la rutina de los procedimientos y en su banalidad. Es la corrupción que Ugo

Betti evoca en su drama *Corrupción en el Palacio de justicia*.⁷²³ corrupción en los mismos que la señalan apresuradamente en sus manifestaciones de mayor objetividad jurídica y que, sin embargo, la ocultan con un sinfín de gesticulaciones e inmovilismos, siempre posibles gracias a la misma técnica del Derecho, gracias al ritmo y opacidad de sus hablas, gracias al espíritu burocrático que es capaz de *proteger* el Derecho de la justicia. Betti sostiene que la corrupción triunfa gracias a la potencia acomodaticia de la justicia humana, gracias al servilismo de los seres humanos, gracias a la indiferencia de la naturaleza e incluso gracias a la idea cómoda que los seres humanos se hacen de Dios. La corrupción triunfa, con todas esas gracias, porque es agradecida.

Con todo, también sostiene o quiere creer que, a pesar del poder de la corrupción, *finisce per trionfare misteriosamente in fondo all'animo umano l'esigenza insopprimibile della giustizia e dell'assoluto*. Tanto cree en ello, o necesita creer en ello, que en su obra de teatro es el propio culpable de corrupción el que se denunciará, precisamente cuando ve que va a quedar impune de veras. Además, en la obra aparece también un magistrado viejo y cansado, impotente para luchar contra la corrupción y, al mismo tiempo, con su hija, viva y también muerta desde muy pequeña para él, como la justicia. Es su metáfora, con su grito que seguirá resonando. Un grito que decidirá la confesión del maestro de la corrupción, provocándole una especie de conversión. En realidad, Betti relata la claudicación de los jueces cansados, quemados, derrotados por las innumerables trampas y chantajes con que comúnmente se ven forzados a ejecutar su oficio, impotentes y difusamente culpables de cuanto acontece; y frente a ellos la paradoja de que en los más corruptos —aviesos prestidigitadores— se conserva la fortaleza necesaria para enfrentarse a la corrupción con todas las armas de la justicia. Betti muestra el rostro sempiternamente mortecino de la justicia del Estado y la rebelión de algunos magistrados en contra de esa inercia; se acepta que, para el triunfo de la justicia, también vale la fuerza de los corruptos arrepentidos, casi del mismo modo como se hizo la ley del más fuerte. En todo caso, Betti no puede evitar dejar muerto al personaje que evoca la justicia en su pureza: una joven, que deja el recuerdo de un grito hiriente e inacabable, hecho desde la fe y la desesperación. Es la imprecación de justicia en medio de la injusticia que todo lo permea;

723 *Corruzione al Palazzo di Giustizia*, Roma: Tascabili Economici Newton (1993 [1944]).

y a la vez es la queja de la tremenda soledad en que se encuentra: *su grito cortó en dos el cristal del cielo, llegó lejos. No podéis olvidarlo, ya que sois su padre. Toca a vos...*; pero el padre ve a su hija muerta mucho antes, casi al nacer. Con todo, será el dueño de la corrupción el que habrá conversado con la muchacha más recientemente y se dará cuenta de la soledad de su existencia. Así se revela la soledad de la misma justicia, dada por muerta, desamparada y de la que solo nos alcanza el eco de su grito en la desesperación. Será, pues, una especie de acto de amor el que exigirá acompañar a la justicia, aunque de esta solo nos llegue aquel grito todavía inextinguible una vez que murió.

Son estos sentidos de la corrupción y de la lucha en su contra los que evocan el término en el derecho vivido, más allá de los tipos penales. La corrupción se revela, entonces, tanto o más en las actitudes que en los hechos, en las maneras en que se percibe el vicio de lo acomodaticio frente a lo verdadero y la responsabilidad real frente a la legalista en cualquier negocio jurídico. La corrupción se caracteriza por una especial intangibilidad: de un lado, el Derecho no es capaz de recoger todo su significado moral, toda su dimensión simbólica en lo vivido; de otro, precisamente por lo inalcanzable de su realidad vivida, por la dificultad para conocer su veraz desarrollo en la vida, se puede dudar de su existencia. Así, se puede modificar fácilmente su responsabilidad, desintegrar la integridad del itinerario corrupto, o atribuir la *verdadera* corrupción siempre a los *otros*, a la otra facción.

26.4.3 LA CENSURA

La censura está muy cerca de la corrupción porque históricamente se comprueba una correspondencia íntima entre el interés por censurar y la voluntad dada a la corrupción. Son elementos fraternos del ejercicio más despótico del poder. Donde el poder está preocupado en censurar también arremete corrompiendo, imponiendo excepciones y afianzándose en injustos.

Hablamos de la censura que en principio la Constitución española (art. 20) rechaza como censura previa sobre la libertad de expresión, de palabra y por escrito, en cualquier comunicación social; en las creaciones literarias, científicas y artísticas; en la libertad de cátedra, y en el derecho a recibir informaciones veraces sobre cualquier tema. Habrá limitaciones

por secretos profesionales, cláusulas de conciencia o por respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la protección de la juventud y de la infancia... Los jueces podrán secuestrar publicaciones u oponerse a la exhibición de productos culturales cuando resuelvan que infringen esos derechos. Para el derecho vivido, estas posibilidades y sus límites entran en el sentido común.⁷²⁴ Solo los excesos de algún interés o de alguna facción comprometida con la intolerancia pueden desvirtuar el sentido común que refrenda la Constitución respecto a la censura.

La censura adquirirá significados concretos y extensiones simbólicas según contextos históricos. En unos casos habrá una censura —previa y posterior a la presentación social de los productos culturales— ejercida directamente por autoridades civiles, militares, religiosas, jurídicas o políticas de diversa índole. Esta es la censura característica de los regímenes totalitarios o dictaduras. Luego, en regímenes más o menos democráticos la censura se manifestará a través de chantajes administrativos, exclusiones económicas y presiones de propaganda ideológica. Esto hará subsistir la autocensura y la censura previa de muchas publicaciones sin que se manifieste abiertamente como tal. Además, la libertad de conciencia y sus expresiones se confrontarán con ofensas como las injurias o las calumnias, o bien con determinados límites establecidos por disposiciones especiales que interpretan el orden para la convivencia social, a veces de un modo preciso y a veces facilitando interpretaciones abusivas, como ocurre con las ofensas a los sentimientos religiosos.

Este es un campo particularmente equívoco, sujeto a contingencias de todo tipo. Algunas de carácter histórico, como las confrontaciones entre poder clerical y anticlericalismo, que podemos observar en la jurisprudencia penal española del siglo XIX y parte del XX, con interpretaciones sujetas a coyunturas de época. En general, se plantea la cuestión de si tienen realmente sentimientos religiosos quienes los esgrimen creyéndose ofendidos, sin que quede claro si han vivido una ofensa a sus sentimientos religiosos o una provocación a su reducción fetichista. La ofensa a unos símbolos puede estar denunciada por una fe con escaso o sin ningún valor espiritual, hecha por puro fanatismo con las representaciones fetichistas de los valores espirituales y compromiso faccioso para la lucha ideológica.

724 Siempre entendemos el sentido común como refrendo del Derecho (Vinogradoff), tal como la ley queda refrendada por el pueblo cuando la convierte pragmáticamente en costumbre (Costa).

Por este motivo, convendría precisar que la ofensa a los sentimientos religiosos puede ser un supuesto que viene contradicho por la idolatría o el fanatismo de facción. La ofensa contra una creencia no es necesariamente una ofensa contra los sentimientos de la religiosidad. El creyente fanático o idólatra confunde su celo faccioso con los sentimientos religiosos. Es así como el celo persecutorio sustituye al temor de Dios y a la piedad, humildad y caridad que deben infundir, por ejemplo, las conductas de la religiosidad cristiana.

Unamuno reflexionó sobre esta temática a propósito de la Inquisición, y la destacó como fruto de un determinado espíritu o celo de persecución, no como fruto de la espiritualidad aliada de las virtudes cristianas. Además, el abuso de lo simbólico en los sentimientos religiosos puede traicionar su valor espiritual y revelar su valor político real. A veces los sentimientos religiosos no han sufrido lo más mínimo cuando se han utilizado símbolos reservados a las personas espirituales para reverencia de las terrenales, como el palio de consuetudina protección procesional de la eucaristía para recepción veneranda del Caudillo en la España del Movimiento Nacional. En Italia, ha tenido que ser el Estado el que ha defendido a la religión católica de estas ofensas toleradas por los feligreses locales. Recientemente, la Corte Suprema de Casación ha fallado a favor de la Corte d'Appello di Palermo (SCA di Palermo, 19/06/2020) que había condenado a un nutrido grupo de personas como responsables de haber parado una procesión *per rendere omaggio alla abitazione di uno storico capo-mafia*. El tribunal apreció una ofensa al *valor simbólico-evocativo y perturbación*⁷²⁵ del acto religioso, ofensa que sometió la *manifestación de la devoción popular en honor de un Santo a la reafirmación de la influencia de una familia sobre el territorio*. Es decir, que determinados sentimientos religiosos no se ofenden cuando se someten al culto de un poder secular, que, en la procesión de un santo o del mismo Jesucristo, el gesto parali-túrgico de pararse ante la casa del capo-mafia significa un saludo de compadrazgo, o con el *inchino* una reverencia del propio santo o de Jesucristo al patrón secular local. Con ello, este tipo de religión sometida al poder secular reacciona ante ofensas que cuestionan precisamente su poder secular, más que sus posibles sentimientos religiosos. De ello nace una idea

725 Concepto —*turbatio sacrorum*— que remite a la legislación y jurisprudencia italianas de la segunda mitad del siglo XIX hasta la Constitución de 1948.

de la censura como poder de persecución contra adversarios políticos, con la idea de una religión incrustada en dicha persecución política.

Con este panorama, la censura, como fenómeno del derecho vivido, pasa a tener unos significados que no se desprenden del principio consuetudinal que la presenta más bien negativamente, por su impropiedad en una sociedad democrática. La censura queda como una amenaza a la libertad de conciencia y a la búsqueda de la verdad. En muchas ocasiones, las dificultades que se esgrimen para adquirir ambas, y que se atribuyen a problemas epistemológicos o a condicionamientos cognitivos, no son otras que las de una censura inculcada por intereses o temores muy poderosos. Estos adquieren sentidos en parte generales y en parte específicos de países y épocas.

Como Betti con la corrupción, Vitaliano Brancati⁷²⁶ nos da las claves para comprender la razón, el efecto histórico y la amplitud simbólica de la censura. Comienza su tratado sobre la censura de 1952 con una cita en la que John Milton se lamenta en 1644 de cómo en España y en Italia no parece que ser adulto tenga alguna ventaja cuando se pasa de la vara del maestro, de la que apenas se ha podido escapar, a la de la censura clerical con su exclusivo *imprimatur*. Ve con tristeza como, por efecto de la censura, la literatura de estos países lleva mucho tiempo cautiva de la adulación y de la retórica rimbombante, como cautivo quedó Galileo por discrepar, en ciencia astronómica, de sus censores franciscanos y dominicanos.

Al confrontarse con la censura de su época, Brancati descubre cierta continuidad entre el régimen fascista y la democracia de injerto reciente. Subsiste el desprecio de la cultura, de los llamados despectivamente *intelectuales*. Se revela un capitalismo campante cuyos adeptos están dispuestos a perder la libertad de pensamiento y de expresión si lo exige la riqueza.⁷²⁷ *La classe dirigente teme che la cultura possa metterla nella condizione di riconoscere qualche verità nociva ai suoi egoismi* —Brancati está contraatacando—. *Siamo del parere contrario: che le terre, le ville e le macchine possono andare al diavolo, purché rimanga la libertà di pensiero e d'espressione*. Brancati relaciona estrechamente la censura con la producción de riqueza manifestada en el lujo: el orden social que necesita el lujo hace necesaria la censura. Esta sirve al mantenimiento de privilegios y

726 *Ritorno alla censura, op. cit.*

727 *Ibid.*, p. 9.

desigualdades de hecho ante la ley. También sirve a la depredación bélica que *hace aumentar las posesiones de los ricos y da a los pobres el derecho de ejercer alguna prepotencia sobre los pobres de otra raza.*⁷²⁸ Nada más empezar su tratado, Brancati concluye *que la Italia de los potentados no ama la cultura porque la cultura, en su verdadera esencia, significa antes que nada libertad de expresión.* Brancati tampoco acepta el chantaje de un salario para renunciar a la libertad de pensamiento. La figura de un *hombre común atemorizado* sustituye a la del intelectual que puede pensar con libertad. Los mercenarios de la propaganda y el servilismo sustituyen a los pensadores y escritores independientes.

Brancati da cuenta, junto con el triunfo de la censura, del envilecimiento y abuso de la palabra *libertad*: poder satisfacer unas necesidades no significa vivir en libertad. *Si poseo una casa, no puedo decir que estoy libre de la necesidad de la casa. Dado que las necesidades tienen un carácter de tiranía, satisfacerlas no puede confundirse con libertad.* Del mismo modo, liberarse de la guerra no es una acción de la libertad, es sencillamente vivir en paz. Las liberaciones o libertades de las necesidades no son vivencias de la libertad sino vivencias de la holgura, del bienestar. Para Brancati, la libertad, que empieza con la libertad de conciencia, es la capacidad para que esta no deba supeditarse a valores o autoridades absolutas, por más que se revistan de sublimidad, como el bien, la verdad o la belleza. El dogmatismo presenta liberaciones de supuestos males a cambio de someter la conciencia, la cual puede vivir tanto en la convicción como en la duda o en la sospecha.

Si la satisfacción de necesidades se da como clave para la libertad, también la vitalidad —entendida como dinamismo constante o ebriedad en el vivir— se confunde con la libertad. De aquí —siguiendo siempre con el razonamiento de Brancati— solo hay un pequeño paso para que se confunda la libertad con el servilismo al poder que protege o asegura una vida con holgura. Entonces se muestra la condición de siervo de la censura (autocensura): cuando uno no tiene la necesidad de mentir ni de mentirse a sí mismo (cosa que ocurre en regímenes totalitarios, pero no en *democracias liberales*) lo hace para complacer a potentados y poderosos, guiado por el temor o por la ambición que acompañan a su condición social. En este sentido, Brancati apunta al enorme poder de la autocensura cuando

728 Id.

intuitivamente defiende injusticias e imposturas para complacer al poder. Brancati observa que este tipo de censura no afecta a los pobres (en la Italia de entonces), sino a los ricos y a quienes tienen su estatus comprometido con ellos. El caso italiano contrasta con el español de después de la Guerra Civil: Brancati observa que en el comienzo del fascismo la censura no fue tan implacable como lo sería más tarde, e incluso con el comienzo de la democracia. Porque no hubo tanto cambio al comienzo del fascismo respecto al periodo anterior, en los tipos de dirigentes y en sus políticas censoras, como lo hubo más tarde: en el comienzo de la democracia subsistieron inercias de las políticas censoras del fascismo más cerrado.

Brancati ilustra con varios ejemplos el funcionamiento complejo de la censura fascista italiana: mandar críticas de libros de adversarios, bien hechas, pero poco extensas; no publicar informaciones que puedan perjudicar el prestigio de los autores favorables al régimen; no ocuparse de autores ni de sus premios, ni de sus obituarios si no son adeptos al régimen (si es alguien muy notable, unas pocas líneas de hechos sin alabanzas ni desprecios); no decir nada sobre los dialectos que se hablan en Italia, ni sobre el teatro o cualquier tipo de literatura en lengua vernácula (*que el Fascismo va a superar decisivamente*); censurar cualquier equívoco que pueda representar burla o injuria antipatriótica y antifascista, por ejemplo: «La lana de conejo es la lana de los italianos», en un anuncio de publicidad comercial; no interesarse nunca en nada que tenga que ver con Einstein (ni con la teoría de la relatividad); excluir noticias referentes a Greta Garbo, Charlie Chaplin, Bette Davis, Eric von Stroheim, Douglas Fairbanks, Fred Astaire, Mirna Loy, etc., rechazar todo el cine de la Metro Goldwyn Mayer: se mezcla el antisemitismo con lo antidemocrático; aversión especial contra Greta Garbo porque, si bien es antibolchevique, es también antitotalitaria.

Otro apartado destacado de la labor censora era el de la ignorancia leal al fascismo: ignorar discursos pacifistas, democráticos, obras de cine y teatro populares, pero que combaten los totalitarismos, ignorar específicamente cosas como la iniciativa del Gobierno chileno para *la humanización de la guerra en relación con los fusilamientos de los rehenes*.

El propio Brancati confiesa el modo como se hacía uno fascista y podía vivir algún tiempo de sus réditos, como con un tren de vida cómodo y dotado de ciertos lujos se le hacía natural no ceder a las evidencias, no razonar y entregarse a mistificaciones. Veía el camino del fanatismo alla-

nado por falsas nostalgias, rencores y temores, se atribuía cualquier éxito a la iniciativa fascista y cualquier fracaso a la democrática.

El censor es el que hace de intermediario, por no decir *de espía*, entre el autor de una obra literaria y el poder policial que puede prohibirla. En 1951 la censura bajo los gobiernos de la Democracia cristiana de De Gasperi prosigue con algunas obsesiones del fascismo y con un nuevo acento de censura vaticanista. Con este nuevo acento se llega a conseguir que *un guión aprobado hace veinte años por un régimen dictatorial pueda levantar objeciones por parte de un Gobierno democrático*:⁷²⁹ se censura a Shakespeare y a Sartre, por supuesto. Se prohíben muchas obras de teatro: de Pirandello, de Roussin, de Aymé, de Schnitzler, de Vaillant, de Brecht, de Tennessee Williams; *y finalmente se prohíbe, sin que suscite escándalo de alguna parte, la única obra maestra del teatro italiano*:⁷³⁰ *La Mandragola*, de Maquiavelo.

Brancati retrata al censor característico de esta época (conoció de cerca a más de uno):

Se decapita a toda una literatura teatral sin ningún reparo. Lo hacen unos cuantos empleados que estarían dispuestos a recitar ellos mismos la comedia que hoy prohíben, si una dictadura de tipo anticlerical se la impusiera, con los mismos métodos con los que en años anteriores les «convencieron» para llevar un águila dorada en la cabeza, andar con botas, decir «La Excelencia» en vez de «Su Excelencia», buscarse pronto novia y casarse, quitarse los bigotes, raparse la cabeza y hacer muchos hijos.

Brancati observa que el censor tiene un *sentimiento burocrático de la historia*: su oficio está siempre al servicio de los poderosos de cualquier tiempo. El censor es también un apasionado del convencionalismo moral, el cual queda intensificado hasta el horror por la emulación que se da en el sermoneo clerical. Porque el clero, aunque de obediencia jerárquica, es también competitivo y su retórica deviene tanto o más agresiva contra sus émulos que contra sus herejes. Para Brancati, la adición del interés clerical a la censura teatral de los años 1950 *la hizo más rígida que bajo el fascismo*.⁷³¹ La censura del poder clerical bajo el gobierno de la Democracia cristiana se ensañó especialmente contra los usos populares de nombres o

729 Id.

730 Ibid., p. 39.

731 Ibid., p. 45.

referentes religiosos y contra la mera existencia de la vida sexual. Brancati considera este segundo aspecto según su propia experiencia —con la censura de su obra de teatro *La Governante*—: *El partido democristiano, por lo menos en su parcialidad menos democrática y más clerical, tiene una sensibilidad morbosa respecto al sexo. Todo el mundo sabe que el tema sobre el que se entretienen más los confesores es el de la vida sexual... Las preguntas (sobre el tema) son infinitas y minuciosas...* La opinión de Brancati caracteriza la cultura hegemónica de toda una época de la reciente historia italiana, pero con unos lugares comunes que, al menos en parte, siguen perpetuándose. Después de dar algunos ejemplos de su experiencia concluye:

Actualmente, el partido democristiano es verdaderamente un partido erótmano, en parte porque la parte clerical está obligada a la abstinencia y en parte porque la parte laica, habiendo descuidado poner la virtud en la honestidad administrativa, en la sinceridad, en la comprensión de los problemas sociales, le ha parecido más cómodo ponerla toda únicamente en el ideal de la castidad.⁷³²

El resultado lo glosa Brancati como el de una cultura sumamente hipócrita, dada a un moralismo gazmoño, junto con explosiones *tremendamente libidinosas*, tal como la literatura, el teatro y el cine de la época reflejan fielmente. Por este motivo, la censura contra la temática de la sexualidad humana tratada con libertad de conciencia tiene un fondo de *exquisitez sensual, de pudor morboso*. En Italia, *un viejo partido sensual quiere extender por todo el país una turbadora susceptibilidad al oír nombrar, solo nombrar, ciertas cosas*. Brancati denuncia el sobreentendido de una hipocresía de la censura moralista que se muestra tan gazmoña como atentísima a cualquier indicio de erotismo: *«Lo que no podéis decir en voz alta, nosotros lo haremos en secreto»*, «¿Por qué debéis decirlo públicamente, no basta con que lo hagamos en secreto?». Brancati ve en la Iglesia del triunfo de la Democracia cristiana la antítesis de la Iglesia de actitud más evangélica, la de cuando se había enfrentado poco antes a los abusos y crímenes del Fascismo.

Con autores como Brancati, la censura adquiere significados históricos y vividos precisos. Una determinada relación o dependencia del poder religioso y político, un carácter asociado a un tipo de doblez moral, un vínculo tácito con los intereses del poder económico y un servilismo

732 Ibid., p. 49.

o conformismo adaptados a este. La censura tiene un alcance simbólico —muy internalizado en las conciencias— que no puede deducirse de los textos legales que la promulgan. Para entender su incidencia real, hay que conocer el carácter y actitud de las personas que la implantan formalmente y que la obedecen en su espíritu. La acción de la censura redefine el espíritu de las leyes a gusto del poder. La censura ha extendido enormemente su poder en las democracias con facciones privilegiadas, por la ampliación de los supuestos de ofensas que han entrado en la ilegalidad para unos, así como porque simultáneamente se ha legitimado el poder de ofender a otros. Así se defiende simultáneamente, pero de manera desigual, la libertad de opinión contra la censura y la censura contra la misma. En cada caso se decide según el espíritu democrático de la Constitución —conocedor del sentido histórico de la censura y de la ofensa— o la ley del más fuerte.

27. POSEER: PODER, NECESIDAD Y DERECHO

Conocemos los fenómenos posesorios entre el estado de necesidad (que puede corresponder a la desposesión o a mínimas posesiones) y la propiedad acumulada con el poder del *individualismo posesivo*. Este ha sido teorizado por Macpherson⁷³³ en el sentido de una ideología que aplica la legitimación de la satisfacción de la necesidad a la acumulación ilimitada e individual de riqueza. Ello puede ocurrir en varios sistemas económicos, pero es más típico del capitalismo en sus vertientes comerciales y financieras. De este modo, se subvierte la misma idea de necesidad; y la jurisprudencia se hace eco de la paradoja que implica: ante la legitimación de la acumulación de riqueza con el mismo argumento que la satisfacción de la necesidad, se niega la necesidad como si pudiera solventarse con las múltiples, ilimitadas e indefinidas formas del enriquecimiento. De tal modo que no se puede demostrar no haber aprovechado alguna forma de satisfacer la necesidad, tal como existen tantas para enriquecerse. Se piensa en un mercado ilimitado en el que, del mismo modo que no puede demostrarse que alguien no haya tenido la posibilidad y libertad para ejecutar una inversión, tampoco puede demostrarse que alguien no haya apurado todas las oportunidades para socorrerse a sí mismo; y más habiendo tantas para enriquecerse.

La expresión más justa, equilibrada o proporcionada de la idea de posesión es la que iguala su poder con la necesidad, cuando —como se dice en la Tercera Partida (Título XXX) de Alfonso X— el poder de posesión está más circunscrito a las necesidades del cuerpo de cada persona; pero cuando esta posesión se torna en *civil* —en términos de la misma

733 Crawford Brough Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford: Clarendon (1962). Dejamos aparte si realmente esa idea del individualismo posesivo viene desplegada especialmente por la doctrina de Locke. Lo que aquí nos interesa es la vigencia de esa doctrina para la teoría de la posesión y la propiedad según el interés y racionalidad capitalista.

Partida— cuando trasciende la proporción más vital entre el cuerpo y su necesidad, y atiende a la (des-)proporción del enriquecimiento sin límites, entonces deviene propiedad: una posesión socialmente reconocida y formalizada o registrada de algún modo como pertenencia constante y segura de alguien. Pronto, cuando ya se encuentra en la competitividad del mercado de riquezas, puede realmente hacer falta bastante o mucha riqueza en forma de propiedad para satisfacer necesidades de posesión mínima (como por ejemplo ocurre contemporáneamente con una vivienda).

La posesión que genera la propiedad como derecho gravita entre la satisfacción de necesidades y la posesión ilimitada de riquezas. Insistimos: es esta segunda condición la que impide definir la primera en una sociedad ya plenamente capitalista. En cambio, en una sociedad completamente, o casi, definida por la posesión, resulta más fácil identificar, incluso cuantificar, las necesidades y los modos de satisfacerlas, como en la sociedad campesina que hemos visto antes, que practicaba la recogida de leña del bosque como necesaria costumbre de subsistencia. También podemos ver, en civilizaciones primitivas, la existencia de unas relaciones de posesión, satisfechas por frutos de la misma posesión, y que no exigen un sistema de propiedad. Desde el punto de vista de la propiedad, si se la quiere encontrar en ese sistema posesorio, se la encuentra indefinida, fluctuante, ambigua, como decía Marx. Veremos que el sistema de posesiones hallado por Malinowski en las Trobriand posee unas características idiosincráticas que se diferencian de nuestra ideología de la propiedad privada, ya de entrada, en la existencia de un sistema cruzado de posesiones tal que imposibilita la identificación y valoración de una propiedad para poder ser alienada.

Lo primordial de la posesión radica en el cuerpo y en la tierra. Las relaciones históricas de posesión de ambos nos informan de las características posibles del ejercicio de la posesión y de sus derivas en propiedad. Son causas del orden social y a la vez síntomas de su conflictividad. El cuerpo y la tierra son los objetos históricamente más integrados a los sujetos de derecho. Las doctrinas de la propiedad que parten de la posesión proyectan primero la voluntad de poseer (el *animus possidendi*) sobre el propio cuerpo como un hecho natural, de reducción existencial dogmática, para proyectarlo inmediatamente después sobre la tierra, que se entiende como continuación casi física del propio cuerpo o, más específicamente, de la

aplicación del propio cuerpo al trabajo. Locke sí pone en evidencia esta continuidad.⁷³⁴

Podemos decir que los dos fenómenos más primordiales de la posesión, los básicamente antropológicos, son los relativos a los cuerpos humanos y a la tierra. Las teorías más generales de la posesión reúnen de un modo u otro a ambos. John Locke⁷³⁵ hará derivar el derecho de propiedad de la tierra —y de toda riqueza— de la propiedad del cuerpo y del trabajo que este puede realizar. Lo hará a partir de una doctrina de la posesión como poder. El poder es el que irá resituando las necesidades para vivir y los derechos que las someten a la posesión de mayor o menor riqueza. Cuando el poder se manifiesta en meras acciones posesorias no tiene la misma capacidad para desposeer ni para acumular posesiones que tendrá un sistema de propiedad adherido a la alienación de esta.

En la historia del Derecho occidental (desde el romano antiguo hasta la actualidad) ha prevalecido una idea de posesión y de propiedad, primero, sobre las cosas⁷³⁶ y, luego, sobre las personas. De tal modo, que, cuando las personas han sido unívocamente objetos de derecho, lo han sido más bien como cosas (esclavos de *alieni iuris*). Ahora bien, el desarrollo de conflictos posesorios en relación con el cuerpo humano ha suscitado doctrinas en las que se recupera con creces la idea de que la inmediatez de la posesión es siempre en relación con el propio cuerpo, y se intenta revertir el proceso histórico: en este se tomaban las figuras de los derechos sobre las cosas —y sigue haciéndose— como *episteme* para concebir los derechos sobre los cuerpos de las personas. Ahora, en cambio, se intenta maximizar la autonomía del sujeto (*sui iuris*) para desarrollar una teoría jurídica en relación con el cuerpo que sustituya la inspirada en los derechos reales. Se revalorizan la división entre cuerpo y espíritu, la idea de personalidad, la libertad de conciencia sobre uno mismo y la integridad o indemnidad física, psíquica y moral de la persona con un replanteamiento del significado de daños, de disponibilidad autónoma del propio cuerpo y de derechos humanos protagonizados por cada individuo como posesión de su propia vida.

734 John Locke, *Two Treatises of Government*, *op. cit.*

735 John Locke, *id.*

736 Aunque, fenomenológicamente, todo derecho es antes que nada una relación entre personas, cuestión ya señalada por Vinogradoff y Kelsen.

No obstante, la realidad histórica nos enfrenta a varias disputas constantes sobre la posesión y la propiedad de los cuerpos humanos, así como de otros elementos, que tampoco pueden tratarse únicamente como cosas, como la tierra, precisamente porque están muy vinculadas a la vida del propio cuerpo humano.

Históricamente, las disputas de los poderes sobre los cuerpos humanos proceden de intereses varios. La reducción del cuerpo del esclavo resulta paradigmática: su control laboral y reproductivo difiere según pertenezca a economías de plantación o a ámbitos domésticos. La conscripción militar ha sido también un motivo relevante del poder para utilizar cuerpos como armas al servicio de intereses de determinadas élites. El control sexual y reproductivo de los cuerpos de las mujeres tiene toda una línea de biopolíticas específicas, la más conocida es la que se reconoce en general como patriarcal. Poderes e intereses de explotación laboral, de prostitución de diversas capacidades del cuerpo humano, de subyugación y disciplina de su libertad en todas sus posibilidades... Las teorías de la alienación de Marx, de la libido de Freud, de la postergación femenina de Beauvoir, de la disciplina y sujeción de Foucault, del *yo* más inmediato (*self*) y de la persona social de Goffman, matizadas y desarrolladas por diversos autores, nos ofrecen las principales ideas sobre las disputas en la posesión de los cuerpos humanos.

Si seguimos un recorrido etnográfico, centrándonos en cómo determinados poderes afectan la vida de los seres humanos como cuerpos vivos, constatamos una conflictividad constante. Así, luchan las llamadas a la disciplina y el control contra los impulsos de libertad; el deseo de vivir contra el de integrarse socialmente; la sumisión corporal o las múltiples prostituciones para sobrevivir contra el éxito social; el cuerpo como capital o como recurso de supervivencia contra su bienestar intrínseco; la inseguridad ante las convenciones corporales contra la expresión de los sentimientos de vida; la hipercorporeidad «normativa» (más convencional) contra la igualdad social, y la hipocorporeidad contra la aceptación en la moral social. Todo esto está dicho para pensarlo con recorridos etnográficos como los de Mari Luz Esteban,⁷³⁷ que revelan situaciones tan

737 *Antropología del cuerpo. Género, itinerarios corporales, identidad y cambio*, Barcelona: Bellaterra (2004); Mari Luz Esteban y Jone M. Hernández García (coord.), «III. Propuestas teórico-metodológicas sobre cuerpo y etnografía» en *Etnografías feministas, op. cit.* También: María Livia Alga, «Itinerarios corporales de 'passeuses de mondes': estados físicos, paisajes

desesperadamente reductoras de la vida corporal que obligan a defender aparentes desequilibrios reactivos:

estamos «condenadas» a intensificar nuestra conciencia corporal, a ser, más que nunca, cuerpos de deseo y al mismo tiempo egos hipertróficos, cuerpos narcisistas, porque la emancipación implica, hoy por hoy, para las mujeres, un proceso de reafirmación, un ejercicio implícito de narcisismo corporal, si se quiere, aunque esto no nos exima de la necesidad de estar alerta y tratar de compensar los riesgos implícitos a cualquier narcisismo.

Hay que aclarar que Esteban entiende aquí por narcisismo *una forma de introspección y autoconocimiento, en el que destaca siempre el carácter corporal de este proceso*. No es el narcisismo según la tradición psicoanalítica ni el criticado por Beauvoir. Es el redescubrimiento informado del propio sujeto —dotado de una existencia corporal siempre en vilo ante tantas exigencias— o, si se quiere, una exaltación epistemológica del sujeto mujer, que es como debería entenderse históricamente el feminismo en los medios académicos. La afirmación reactiva deriva claramente del hecho de que el cuerpo de la mujer es un cuerpo en disputa, en una disputa específica de varios poderes (familiares, sociales, religiosos, jurídicos, económicos...) sobre su realidad corporal.

Desde la perspectiva de una Antropología jurídica, la disputa sobre la posesión del cuerpo y de la tierra es básicamente una disputa entre poderes, cada uno con sus intereses y programas. La disputa es constante en la historia. No se parte de una posesión unívoca y pacífica. Determinadas agudizaciones de la disputa pueden dar la apariencia de novedad, pero fácilmente encontramos precedentes. El cuerpo del guerrero⁷³⁸ reúne en su larguísima duración histórica una serie de atributos (sobre todo en contradistinción con los del cuerpo de la mujer) que reflejan su posesión por los poderes del estado de guerra, y por los agentes que tienen el poder de disponer tal estado. Es uno de los cuerpos más controlado, disciplinado, domesticado, potenciado en su especialización; y reducido para otras cosas. Cuando los ejércitos se han transformado con nuevas misiones de

y tránsitos encarnados», en *Etnografía «terróna» de sujetos excéntricos*, Barcelona: Bellaterra (2018); Mari Luz Esteban, *Re-producción del cuerpo femenino*, Donostia: Tercera prensa (2001).

738 Cf. Dolores Juliano, «El cuerpo del guerrero. El modelo perverso» en Mari Luz Esteban, Josep M. Comelles y Carmen Díez Mintegui (eds.) *Antropología, género, salud y atención*, Barcelona: Bellaterra (2010)

defensa circunstancial y de ayuda humanitaria, ha sido posible un desarrollo distinto de la personalidad del militar, junto con la necesaria disponibilidad bélica de sus cuerpos.

La cuestión antropológico-jurídica básica es: ¿quién dispone de un cuerpo humano, del propio y del de los demás? ¿Por qué lo dispone y de qué modo lo hace? Aquí se nos ofrecen las diversas situaciones de tensión y conflicto para poseer los cuerpos y disponer de su existencia y modificar de un modo u otro su forma. Desde una perspectiva empírica radical, se trata de observar la posesión de la anatomía y de la fisiología corporal, ver las categorías que se establecen con tal posesión y los poderes a los que sirven.⁷³⁹ La posesión de los cuerpos masculinos por los funcionarios y políticos de los Estados, por el clero religioso, por los directivos de negocios o empresas son bastante conocidas, aunque no muy teorizadas en hasta recientemente.⁷⁴⁰ Más desarrollo hay en el conocimiento de la posesión de los cuerpos de las mujeres, de su disputa entre distintos hombres y mujeres: padres, madres, hermanos, maridos, hijos, amantes y confesores de todo tipo; legisladores, jueces y demás representantes del Estado, dueños y capataces de negocios, médicos y vendedores; cor-tejadores y violadores, esteticistas y cirujanos; entrenadores y enseñan-tes, charlatanes mediáticos y maestros de redes... Todos pugnan dando ideas y pretendiendo controlar los cuerpos de las mujeres, con trabajos y disciplinas, expansiones y reducciones, ideales y menosprecios. Disputan sus posibilidades, sobre todo las del sexo y la procreación ¿De quién es el útero, o bien el óvulo? ¿Del Estado, del poder eclesiástico, de la suscrita? ¿De quién es el embrión, el parto, la criatura? Quieren decidirlo muchas personas que no tienen el cuerpo de quien puede decidir en consecuencia para su propia existencia.

El cuerpo de la mujer se interpreta por el orden patriarcal como un predio sirviente —volvemos a la proximidad de la posesión de su cuerpo con el de la tierra—: debe mantener una servidumbre de paso, por lo menos, cuando no de apropiación de lo que tiene en su cuerpo, de modo similar al de los frutos de un campo. Así, vemos una cohorte de parientes, funcionarios, negociantes, clérigos y comparsas del intervencionismo

739 Cf. Nicole-Claude Mathieu, *L'anatomie politique. Catégorisations et idéologies du sexe*, París: Côté-femmes (1991).

740 El repaso de Michel Foucault a lo largo de su obra es de los más exhaustivos: cárceles, manicomios, escuelas, matrimonio, virginidad...

moral que pretenden que son un cuerpo —moral y superior— que posee al de la mujer o que debe poseerlo. Así decidirán si sus embriones son de la Iglesia, del Estado o del mercado; si sus hijos han de darse en adopción; si ellas deben morir para que nazcan; si deben esterilizarse o ser prolíficas; si deben aparecer y desaparecer en determinados lugares y ambientes; si deben maquillarse o vestirse de un modo u otro, si deben o no deben trabajar, estudiar y dirigir la sociedad, si pueden o no crear bienes intelectuales y artísticos, y administrar los espirituales, etc.

Lo que ha ocurrido y sigue ocurriendo con la mujer y su cuerpo ocurre también con toda persona cuya posesión del cuerpo disputan otros poderes. Así, los actos de posesión del propio cuerpo, que lo trabajan para cambiar sus apariencias o su propia constitución anatómica y parte de su fisiología, han suscitado varias disputas de diversos poderes. En cambio, las acciones para cambiar la apariencia de edad no han suscitado ninguna susceptibilidad por parte de los poderes de los Estados, las iglesias y el mercado. Aparte de opiniones estéticas sobre la conveniencia o el éxito o fracaso de las operaciones quirúrgicas, el cambio en la apariencia epidérmica de la edad no ha sido disputado, ni se ha representado como un desafío a la creación, a la providencia, al orden generacional o a los derechos de sucesión. Tampoco se ha reclamado el reconocimiento legal de una edad estética o biológica: se sigue manteniendo la edad cronológica a efectos de toda identificación jurídico-política.

En cambio, las alteraciones de género y sexo han sido motivo de disputa entre los poderes, así como la donación o venta de órganos y tejidos del cuerpo humano.⁷⁴¹ En general, la Iglesia no las ha aprobado de entrada, el Estado a medias: las ha prohibido en algunos casos y encauzado en otros con medidas legislativas y con líneas de hermenéutica jurisprudencial. También han supuesto para el Derecho una ocasión fructífera para establecer nuevas clasificaciones registrales (de individuos y familias) y nuevas cualificaciones jurídicas, ejercicios gratos al crecimiento del Derecho positivo. Asimismo, se han apreciado de manera positiva en el Mercado. No obstante, su disputa sirve para distinguir y fortalecer las opciones político-ideológicas de izquierdas y derechas convencionales, así como las orientaciones morales de familias y comunidades de determinados grupos étnicos.

741 Sobre la variedad de problemas derivados de la aplicación del concepto positivo de propiedad en el cuerpo humano: Elena Beltrán, «Mi cuerpo ¿de quién es? Propiedad y derechos sobre el cuerpo humano», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (35) (2017).

Las personas que han optado por distintas vías de transformación de su cuerpo —en sus apariencias o en su constitución física— se encuentran en la encrucijada de una disputa posesoria. En la disputa concurren doctrinas morales, políticas y científicas expuestas por diferentes grupos de poder, directo o indirecto, sobre el cuerpo de las personas.

Así, podemos reconocer las opiniones procedentes de los clérigos de las grandes religiones tradicionales, las de los médicos, psiquiatras y psicólogos, todos ellos con efectos posesorios más directos y las de científicos sociales, con efectos más indirectos. También, antes que nada, las vivencias empíricas representadas en las asociaciones de las personas afectadas en sus iniciativas corporales y, además, las opiniones basadas en creencias y experiencias familiares. Luego vienen las de los miembros de los partidos políticos y sus programas, las de los poderes mediáticos y las disposiciones decisivas de la legislación y de la jurisprudencia. La posesión de los cuerpos es esencialmente una disputa de poderes. A cada poder le aprovecha por un motivo u otro: aumenta o consolida su capital político, económico o simbólico. El efecto sobre el cuerpo de las personas queda más bien como un efecto colateral; no se conoce bien su realidad o no hay interés por conocerla. El cuerpo se disputa, más bien, como objeto simbólico o como objeto de explotación. El poder interviene en los cuerpos humanos, se alía o no con los deseos de su portador; a su vez, resignifica su libertad y sus apariencias, y extrae capital político o simbólico con esas decisiones. Todo depende de cada circunstancia histórica y también personalísima.

Sigue siendo válido el criterio aristotélico de haber de tratar *la desigualdad con desigualdad*, en la práctica con equidad: la igualación puede fácilmente generar injustos en un campo de forzosa individuación y con un poder omnipresente que no está unívocamente comprometido con la libertad, más bien con trampantojos motivados para el éxito según las reglas del juego político. Está más comprometido con tradiciones dadas a disciplinar los cuerpos en una u otra dirección, controlarlos, resignificarlos o exterminarlos. Dificilmente puede hablarse de autoconciencia y autodeterminación cuando hay tanto poder para influir en el pensamiento y en la voluntad de disponer del propio cuerpo. Para saber lo que uno desea sobre la posesión de su cuerpo conviene saber antes lo que desean varios poderes sobre este, hasta dónde han avanzado en sus ofensivas; hay que tomar conciencia de ello y luchar para liberarse de sus influencias y posesionarse, si no con toda, con mucha más libertad sobre el propio

cuerpo. Se debe abundar en la dirección de Simone de Beauvoir, de Michel Foucault y de Nicole-Claude Mathieu⁷⁴² para darse mayor cuenta del poder de los condicionantes de la conciencia y de la voluntad para decidir sobre el propio cuerpo.

*27.1 Un malentendido histórico sobre la posesión del cuerpo:
la reflexión de Kamel Daoud*

La experiencia del cuerpo poseído a través de los procesos históricos de colonización e independencia es peculiar y paradójica. Parte del malentendido de que la conciencia de la libertad corporal es menor bajo el poder colonial y mayor en el periodo que políticamente se denomina independiente. La experiencia muestra que la colonización del cuerpo no acaba con la «independencia» y que puede revelarse aún más dura. Kamel Daoud manifiesta con agudeza las paradojas de la colonización y la independencia y tiene que sustituir unas convenciones historiográficas por sus percepciones vividas.⁷⁴³ Las obras de Daoud nos revelan una sucesión continua de colonizaciones de los cuerpos humanos, por más que unas se presenten con la ilusión de la civilización (colonialismo), otras de la liberación (independencia) y otras de la verdadera liberación y salvación, la espiritual, la de la «religión verdadera». Las luchas por el poder sobre los cuerpos acaban constituyendo regímenes análogos en cada una de ellas, con parámetros diversos, pero con consecuencias igualmente dolorosas.

Su crítica al convencionalismo decolonizador va precedida de una auténtica deconstrucción de la colonización. La hace a favor de la producción colonial más difícil de criticar y de reformular alternativamente, la creación literaria. Es la crítica de un escritor que había iniciado un recorrido personal examinador de lo convencional frente al dilema colonial-independiente. Daoud da debida cuenta del relato, que impersonaliza al colonizado y personaliza al colonizador de un modo no exento de alienación (de extranjería; y por lo tanto de impersonalidad). Contrapone el

742 Nicole-Claude Mathieu, *L'anatomie politique...*, op. cit.

743 Kamel Daoud y Raymond Depardon, *Son oeil dans ma main*, Alger: barzakh, Marseille: Images Plurielles (2022); *Mes indépendances*, op. cit.; *Zabor ou Les Psaumes*, Alger: barzakh (2017); *Le peintre dévorant la femme*, Paris: Stock (2018); *Meursault, contre-enquête*, op. cit.

protagonista del relato de Camus *El extranjero* a la antibiografía o anonimato de su víctima árabe, invierte la trama del relato y revela las dos caras de la misma tragedia. Una tragedia literaria, pero que, con el reequilibrio que le confiere Daoud, adquiere un conocimiento moral más completo de la totalidad colonial.

Daoud deconstruye el relato de Camus con una puntilla jurídica: *por qué el proceso ha preferido juzgar a un hombre por no llorar la muerte de su madre más que un hombre que ha matado a un árabe*.⁷⁴⁴ Camus ya había revelado la banalidad del mal en el régimen colonial: el poder judicial colonizador que se muestra sensible con la apreciación convencional de un sentimiento que tiene en gran estima, el amor filial, mientras relega el hecho probado y su calificación jurídica, que deberían ser decisivas para la condena. Camus plantea una prevaricación en la que vence el empeño hipócrita de la corrección sentimental sobre la propia responsabilidad judicial conforme a la ley. La apariencia de una corrección moral asociada a la propia civilización —la prueba de ser civilizados— aventaja a la constatación jurídica del crimen. Eso es posible —aquí entra Daoud, donde Camus detiene su relato— porque la vida del árabe no vale nada ante la conciencia colonial. Es un cuerpo de segundo orden. Daoud quiere relatar su existencia personal y presentar su dignidad, pero pronto nos va introduciendo en la generalización de la banalidad de la muerte, sin que la civilización de la independencia tuviera con la vida humana una solicitud que no tenía el régimen colonial: *la muerte en los primeros días de la Independencia era tan gratuita, absurda e inesperada como lo había sido en aquella playa soleada de 1942* (el crimen de Meursault, *El Extranjero* de Camus como paradigma del crimen banal del poder colonial).

El escritor argelino expone el fondo de esta paradoja vivida de un modo extraño y valiente:

En aquella época no poseía a mi país [Argelia colonizada por Francia], a ninguna de sus tierras,⁷⁴⁵ y sin embargo yo tenía un cuerpo, aunque ciertamente humillado, frecuentemente maltratado, perseguido, encarcelado o asesinado, torturado. Hoy en día poseo un país, pero no tengo el cuerpo / Sueño con surgir en el mundo / tendré el cuerpo y la tierra veteados de agua y raíces.⁷⁴⁶

744 Kamel Daoud, id.

745 Fijémonos en la propinuidad entre la posesión del cuerpo, de la tierra y del «país».

746 Fragmento de «Je suis un revenant» en *Son oeil dans ma main*, op. cit.

El cuerpo descolonizado y libre es un sueño. La independencia histórica defrauda el cuerpo vivido y el hombre —Daoud— debe luchar para obtener algunas independencias. La historia sufrida le hace sentir como un reaparecido, como un fantasma, según sus propias palabras: porque fue contemporáneo de muchas muertes, con un sinnúmero de relatos de suma crueldad, enquistados en su cabeza: violaciones, masacres, humillaciones, hambre, enfermedades e inmundicia: una vida indigna. *Apenas tenemos un pantalón para ponernos*, le decía su padre. Así, se ve contemporáneo de los muertos, de cuando estalló la guerra entre los que ya estaban separados por el odio y los resentimientos.

Las casas de unos fueron tomadas por otros, luego reconquistadas. Y quedaron para siempre los fantasmas de unos y otros, prontos a reaparecer. La casa es un bastión que aún debe vigilarse. La relación con la casa no es la que se tiene con todo el país, bien sea antes de colonizarse, durante la colonización o después. Es una relación entre las familias que han vivido en cada habitación. Es una cuestión de posesión necesaria antes que de propiedad convencional. La sucesión de ocupaciones familiares precisas no tiene el sentido que tiene la sucesión de ocupaciones de todo el territorio. Al poseer la casa se posee una intimidad vivida que es el germen de los recuerdos. Daoud reafirma la experiencia de Camus desde su condición políticamente inversa y a la vez personalmente solidaria; y aún más por su encuentro literario. Ambos han vivido una alienación en relación con la intimidad de sus recuerdos. Saben lo que es la identidad vivida y prohibida. Camus ve prohibida su identidad vinculada al mundo colonizador, con el añadido de ser de los pobres de la colonización. Daoud, desde el reverso de la misma historia, se encuentra con la terrible paradoja que le acerca al absurdo del malentendido camusiano:⁷⁴⁷ se nutre de una cultura que le llega con lo colonial para desarrollar su libertad de conciencia y su emancipación política. Aprende con gran libertad personal la lengua francesa, de tal modo que consolidará su creatividad artística y le hará descubrir una cultura de la sexualidad.⁷⁴⁸ Más tarde, viajará al fin de la

747 El malentendido es también una obsesión camusiana, manifestada explícitamente en su obra teatral homónima, en la que tras una relación mercantil (de hospedaje) se esconde una relación íntima de familia. Como tras la relación colonial impersonal se escondía para Daoud una relación personalísima con la creación literaria.

748 *Esta lengua tuvo tres efectos en mi vida: curó mis crisis, me inició al sexo y al descubrimiento de lo femenino, y me ofreció el medio de esquivar el pueblo y su estrechez.* Daoud nos revela

noche,⁷⁴⁹ pero en un museo francés, en una explosión de arte y deseo sin censuras.⁷⁵⁰ Fatalmente, se encuentra con que esta liberación viene maldecida, porque viene del lado colonial: es una asociación sacrílega. Daoud atestigua el sufrimiento que causa una inesperada recolonización de los cuerpos. Los gritos de la liberación patriótica resultan ahogados por la losa de una opresión clerical. Una nueva y viejísima esclavitud pronuncia anatema el conocimiento de la libertad.

*Las religiones monoteístas llevan a término una desposesión del cuerpo.*⁷⁵¹ *Inventan el alma como rehén del cuerpo, cuando ocurre lo contrario.* Los caprichos del alma (hasta los más crueles), cualquier idea religiosa que va contra el cuerpo, que lo mortifica hasta la santidad o que lo conduce a la saciedad del sacrificio, a su total inmolación, es leída por el poder clerical como senda de la virtud: aunque siempre hay disensión ante el ejercicio de la crueldad por parte de la religión, porque también inspira piedad. Con su dialéctica de piedad y crueldad va sobreviviendo en la historia. La virtud deviene también coartada para el recorrido obsceno de la crueldad. Daoud descubre el arte que reivindica el cuerpo frente a la virtud, un fenómeno artístico que se da incluso dentro de la misma religión, como una osada travesura o como una queja desesperada.⁷⁵²

el sentido de ese aprendizaje de cultura francesa para su identidad vivida, para la posesión propia de su cuerpo y de su personalidad: *Era mía secretamente, íntima, escapada de la ley de mi padre, de la escuela, de la mirada de mi tía y del universo imbécil y redundante de los adolescentes de mi edad. Concluye: Mi aprendizaje de la lengua fue una batalla ganada contra la pobreza del mundo.* Apenas menciona que sea la francesa, lo importante es que fuera una lengua que le permitía abordar el mundo con más verdad y libertad. Por circunstancias históricas se le presentó la lengua y la literatura francesas.

749 El recorrido de Céline representa la contrapartida realista, cabalmente sombría, hecha de los pequeños hurtos que hace el cuerpo a la sociedad, mientras que Daoud defiende un amplio recorrido liberador del cuerpo y de sus deseos. Lógicamente —integrándose con la obra de Picasso— Daoud atiende únicamente a un deseo corporal masculino martirizado por el Poder. Habla como mártir del ascetismo político-religioso, y defensor en contrapartida de un tradicional culto al cuerpo femenino, que evidentemente puede aparentarse con su cosificación. Es un tema que solo puede juzgarse en la existencia real, no en los contrapesos simbólicos. Puede verse un recorrido análogo —destacando culto contra culto— en el poemario de Edoardo Albinati, *La tua bocca è la mia religione*, Milán: Ugo Guanda (2022).

750 Kamel Daoud, *Le peintre dévorant la femme*, op. cit.

751 Kamel Daoud, ibid., p. 65.

752 Destaca en una parte del arte religioso la extrema corporeidad de sus figuras, con algunas de ellas casi desnudas, especialmente en el Renacimiento italiano y en el Barroco español.

La polarización «poscolonial» se encuentra tanto en Francia como en Argelia, dos países condenados a reflejarse mutuamente, para bien y para mal. Daoud retrata magistralmente este juego de espejos entre la islamofobia y la cristianofobia en un artículo del 2014.⁷⁵³

Ambos reivindican raíces y pureza. Ambos sueñan con emiratos restaurados y con un pasado incontaminado. Ambos salafismos se completan, son necesarios entre sí y quieren que vuelvan los tiempos del aislamiento, ambos se sienten amenazados por la alteridad, por el otro y por la diferencia...⁷⁵⁴ Ambos se dividen la cartografía del mundo y lo precipitan a las guerras... Fascinan a la gente con una falsa promesa de restauración.

Donde domina el Estado clerical se ve la solución en la religión y donde domina una élite tradicionalista se ve la solución en la novedad de un partido político. *Para los salafistas y para sus fervientes islamistas la cristianofobia es una naturaleza... Se alerta del peligro cristiano por todas partes, se le sospecha en los demás y se denuncia como evangelización* (proselitismo)... Daoud no es nada optimista con esas derivas.

Al mismo tiempo, Daoud se ve instado a entonar *el canto de la ira santa contra la colonización*, pero se encuentra fatigado: no ignora la historia, pero le ha sido inútil, le ha dejado vacío. Si hay que rememorar siempre la historia «del país» también hay que rememorar la suya, con toda la diferencia que conlleva con la versión de las máscaras oficiales y clericales. Así se encuentra con que debe *liberarse de los libertadores*. Al hacerlo, reconstruye otra vivencia de la religión, más profunda, más familiar y a la vez más espiritual. Una religión vivida con sentido para la realidad próxima y para el derecho a una espiritualidad sin fronteras,⁷⁵⁵ alejada de la grosería clerical. De niño descubre que, con la muerte, las mujeres se hacen visibles y los hombres más discretos, que precisamente con la muerte aparece el lado prohibido de la vida. Lo mismo se le manifiesta con la lengua y la escritura. El amor y la creación artística están del lado prohibido. La descolonización del «país» no ha conseguido descolonizar los cuerpos que buscan comunicarse y crear, los ha atenazado. La libertad vuelve a ser una cuestión «privada». *El descolonizado detesta el movimiento, la alternancia,*

753 En *Mes Indépendances*, op. cit., p. 290.

754 Daoud cruza los nombres de Bin Laden y Marine Le Pen para simbolizar esa mutua complementariedad hostil: Marine Laden y Ben Le Pen.

755 Cf. *Zabor ou Les Psaumes*, op. cit.

y la libertad. Si no muere en la lucha, si no queda como héroe, reinventa una colonización, porque es su referente de poder.⁷⁵⁶ No lo hace desde la última colonización, sino desde las efectuadas hace siglos. Entonces,

el descolonizado se convierte en un miserable rostro sumiso, un ser que debe aprender a recordar, a no respirar, que debe remontar el tiempo pero sin interrogarlo, pasar una vida entera dando gracias atropellándose, aplastándose, culpabilizándose.

Daoud denuncia la fiebre descolonizadora, que es únicamente la coartada para una renovada colonización que rivaliza en brutalidad. Si el defecto mínimo de la colonización histórica (aparte de la obvia invasión y usurpación) fue precisamente la intolerancia con varias diferencias con los colonizados y entre estos, con la «independencia» se establece un ánimo de colonizar de un modo absoluto, instaurando un ideal de pureza antigua, el *salaf* (lo troncal, antiguo, del tiempo del profeta).⁷⁵⁷ Daoud constata cómo en el devenir histórico esta búsqueda (en francés, *quête*) de pureza desemboca en conquista (en francés, *conquête*) y en *inquisición y masacres*. Porque se impone un islam que no juzga por analogía el avance social que supuso en su tiempo el Corán, cuando limitaba el despotismo del patriarcado tribal, sin acrecentarlo.⁷⁵⁸ Con lo cual estaría siempre llamado al avance en derechos de igualdad, no a su retroceso. Si se recoge el espíritu del antiguo progreso en igualdad y justicia, la religión renueva el frescor de su capacidad social y espiritual.

Daoud observa la cancelación de la memoria histórica como una obsesión del ensimismamiento teológico; dicho socialmente: del egocen-

756 *Les décolonisateurs, quand ils ne sont pas morts, ont souvent fait le malheur de leur pays.*

757 Kamel Daoud, *Le peintre dévorant la femme, op. cit.*, libro dedicado a las mujeres que no tienen derecho a su propio cuerpo, en palabras del autor, p. 111 et passim.

758 Eric Wolf ya ha señalado lo que supuso la revolución islámica en una sociedad clasista dominada por oligarquías, por linajes privilegiados, por los abusos del poder mercantil, por un faccionalismo sanguinario. El Islam suponía establecer una igualdad basada en la pertenencia a una comunidad religiosa, en limitar privilegios y desigualdades donde no podía eliminarlos y en dar prelación a las alianzas a todos los niveles, estimulando las composiciones antes que las faidas. Por estos motivos, como señala Wolf, el Islam tuvo buena acogida por parte de grupos de personas sometidas a regímenes clientelares o serviles y de esclavitud: «The social Organization of Mecca and the Origins of Islam» en *Southwestern Journal of Anthropology*, 7 (1951). Sobre el patriarcalismo faccional y de linajes pre-islámico: Mahmodd Ibrahim, «Social and Economic Conditions in Pre-Islamic Mecca», *International Journal of Middle East Studies*, 14(3) (1982).

trismo clerical. De aquí la incuria, cuando no la destrucción directa, de la museística. Si Camus, en Tipasa, trataba de superar la mitología⁷⁵⁹ y la historia antigua con la sensualidad y la mística del paisajismo, en un *matrimonio de ruínas y primavera*,⁷⁶⁰ Daoud constata en el mismo lugar que los vestigios romanos no pertenecen ni a la historia ni a la descolonización, ni a la hagiografía de la identidad religiosa, y se condenan a la incuria, cuando no a la destrucción. El sentido de esa política obedece, siguiendo a Daoud, al imperativo de borrar todo *lo que cuestiona el absoluto y relativiza la creencia radical*.⁷⁶¹ Añade:

el museo es faraónico, asirio, bereber; es la persistencia de lo que se ha querido borrar para poder proclamarse ancestro o inmortal, es lo contrario de un solo libro sagrado y de una revolución armada... Se mata el cuerpo del tiempo, su calendario.

El conocimiento histórico se torna en disidencia, la revelación debe sustituir la memoria de otros dioses, de otras religiones y otras sociedades. Daoud nos recuerda que el relato hegemónico de

la historia nacional de Argelia comienza con la invasión francesa y con la guerra de Liberación, antes solo está Dios y su Libro... No se reconocen plenamente las raíces amazigh, la arabeidad es presentada como un origen sagrado, total e incontestable. No hay trazas de romanos, españoles, vándalos, otomanos o judíos.

En eso se reúne con un Camus más realista con el sentido del patrimonio histórico:

El reconocimiento de la ignorancia, el rechazo del fanatismo, los límites del mundo y del ser humano, el rostro amado, la belleza en fin, he aquí el ámbito en el que nos uniremos con los griegos... El sentido de la historia para mañana no es el que suele creerse. Está en la lucha entre la creación y la inquisición.⁷⁶²

Del otro lado, el museo colonial nos revela *una extraña alteridad, devorada, canibalizada y asimilada por Occidente: un tiempo vencido, una civilización vencida*. Parece que no hay alternativa entre la crueldad del

759 *Bien pauvres sont ceux qui ont besoin de mythes*, Albert Camus, *Noces a Tipasa*, París: Gallimard (1959), p. 15.

760 Albert Camus, *ibid.*

761 Daoud, *Le peintre...*, *op. cit.*, p. 117.

762 Albert Camus «Lexil d'Hélène» en *Noces...*, *op. cit.*

nacionalismo colonizador y la crueldad del clericalo totalitario. Ni la Revolución francesa como la islámica han podido sustraerse a las tentaciones del terror.

Todo esto recae en la posesión de los cuerpos. Se cree *en el cuerpo como el contrario de Dios*.⁷⁶³ el purismo tradicionalista trata de devolverlo a los orígenes de su posesión religiosa, a los rituales más atentos a la letra coránica, pero sin contextualizar lo que suponía entonces la irrupción de esa ritualidad, que era nueva, revolucionaria en muchos aspectos. Y, una vez más, Daoud se reencuentra con Camus: el cuerpo es la roca de Sísifo, que hay que sostener mientras, inexorablemente, se sabe que va a ceder. Entre ascensiones y caídas, esfuerzos y sufrimientos, hay tiempos de placer, *edenismos accesibles*. Incomodan sobremanera a los ascetas. Daoud evoca Meursault en *El extranjero* de Camus: mata al árabe cuando es un cuerpo enemigo que se le presenta con la insolencia del placer (en la playa y tocando una flauta). Luego vendrán los cuerpos insolentes de los turistas en la playa masacrados por un vengador árabe. Unos y otros matan también a su propio cuerpo en su derecho a relajarse, a disfrutar de la paz y de la cálida desnudez; pero *el desnudo escandaliza más que el cadáver*: el fervor clerical trata de intimidar la gente de las playas, lugar emblemático para la civilización del desnudo, un oxímoron para el ardiente fanático.

Frente a la incesante colonización, Daoud confiesa que aspira a negociar su independencia como la negociaron los políticos de la independencia de Argelia (piensa en los acuerdos de Évian). Así podrá defender la vida como Camus, por sí misma: *J'adore décrire le ciel*. El sentido de esta declaración está en su lucha por la posesión del cuerpo disputado: *Je veux le retour de ma souveraineté sur ma chair*. Daoud se enfrenta a un estado de poder hegemónico que ha establecido un lenguaje y una simbología de corrección política. Lo colonial se representa únicamente del lado «blanco» y lo descolonizador y liberador, íntegramente del lado de la «Argelia independiente»; pero ha sufrido con ambos poderes diversas formas de colonización, de posesión del cuerpo por parásitos y chantajistas de la vida social y sexual.

Daoud sintetiza la lucha por la posesión del cuerpo de la mujer, paradójicamente más asediado por los «descolonizadores» que por la co-

763 Daoud, *op. cit.* p. 141.

lonización, con una imagen de Depardon en que aparece una mujer de espaldas, andando con unos pantalones ceñidos y el cabello suelto (en la Argelia de 2019):

La guerra de independencia es una mujer. En su vientre se esconden los hombres perseguidos y los que han de venir. Hoy en ese instante, aquí, la mujer es una reina vestida que camina por la calle. Los hombres son unos niños deformes que gritan a su paso ¡va desnuda! La quieren arrebatar para que, oculta de todos, no sea de nadie. *Daoud ya había resumido esta cuestión*: Cuando la mujer queda encerrada, los hombres no son nunca libres y el cuerpo es una enfermedad.⁷⁶⁴

Frente a este estado de cosas traicionero, Daoud reclama otra visión de la historia y de la realidad vivida. Con unos relatos distintos de los oficiales, con otra representación de la cultura local y de otros países, con otros esquemas filosóficos, con antepasados más antiguos, con otras leyendas y otros mitos; y, como Camus, escoge preferir *los árboles a los monumentos, las cigüeñas en lo alto a la bandera izada*. La cultura vivida contra la identificación sociopolítica. Daoud emprende caminos de libertad con la cultura francesa y caminos de arraigo y sentimiento de vida (como Camus)⁷⁶⁵ en el paisaje —también muy humano, con las mujeres en primer término— de su Argelia.

Daoud se sitúa generosamente, más del lado de Baudelaire que de Montaigne, en la liberación que se enseña con el arte. Alcanza momentos paroxísticos, dejándose llevar por la glotonería que le sugiere Picasso, especialmente en contraposición con la avaricia del fanatismo.⁷⁶⁶ Ahora bien, en su recorrido existencial, ávido por conocer la verdad de la vida primero en las mujeres, coincide con la conclusión de Beauvoir citando a Marx: *La relación inmediata, natural, necesaria, del hombre con el hombre*, es la relación del hombre con la mujer (Marx subraya esta última oración). *Según el carácter de esa relación se puede deducir hasta qué punto el hombre se comprende a sí mismo como hombre...*⁷⁶⁷

764 *Mes Indépendances*, op. cit., p. 190.

765 De entre tantas otras páginas camusianas de Daoud: *Je veux me sentir proche du soleil, pas de la vérité... Je suis le lieu et ils sont l'histoire*.

766 *Le peintre...*, op. cit.

767 Ya hemos comentado antes ese final de Beauvoir citando a Marx.

27.2 *La posesión de la tierra, partiendo de los Jardines de Coral*⁷⁶⁸

Decíamos que la posesión de la tierra es la que viene inmediatamente después de la posesión del cuerpo, aunque en la historia de las disputas del poder se haya pensado antes. Por eso, a veces se ha tratado el cuerpo humano a imagen de como se ha tratado la tierra, tanto como lugar de acceso, de mínima posesión, como de objeto de sólida propiedad. Es decir, que antes de ver el mundo a través de la relación con el propio cuerpo se ha visto al cuerpo como parte del mundo, porque el principal objeto de deseo y posesión estaba en alguna cosa del mundo. Mundo, demonio y carne: no es casualidad que la carne sea la representación primera del cuerpo como conciencia de estar en el mundo, de ser una de sus partes. En esto han coincidido toda una filosofía de la ciencia social y una dogmática teológica: el relativismo de ser una parte providencial de la Creación ha coincidido con el de ser una parte contingente del cosmos. Ambas perspectivas presentan la insignificancia de la existencia humana junto con su afán posesorio: ante la inmensidad divina o ante la del cosmos, la más grande de las posesiones humanas es una nimiedad; pero la posesión y la propiedad vividas se miden primero en términos subjetivos y, de este modo, arrojan sobre cada existencia humana un valor determinado. El cosmos deviene casi la nada ante el interés subjetivo por una posesión o propiedad. Estas pasan al primer término de la visión del mundo.

Por otra parte, el desarrollo de las ciencias económicas y sociales a partir del siglo XIX ha centrado su interés en el progreso material o enriquecimiento de las naciones y élites, en la injusticia y en la desigualdad, en la creatividad cultural y en la persistencia de las tradiciones, en el desarrollo del Estado y de su Derecho, y en los compromisos del ámbito político. Menos interés ha despertado el conocimiento de otras sociedades con organizaciones y problemáticas sociales distintas, aunque —examinadas atentamente— con un fondo histórico común. Incluso dentro de la Antropología han prevalecido varios etnocentrismos: homologar excesivamente costumbres, normas y valores con los nuestros y descartar los que no encajaban. Se han pensado las otras sociedades, o bien como rudimentos de las nuestras, o bien como contrarias. Tenemos un fondo histórico común con ellas, como veremos, pero no en la dirección que ha dominado en las ciencias sociales en general. Ha costado mucho esfuerzo y condiciones

768 Bronislaw Malinowski, *Coral Gardens...*, *op. cit.*

de libertad de pensamiento para poderlas estudiar como diferentes y, a la vez, con un sustrato importante de carácter histórico (no esencialista o natural) que tenemos en común: porque podemos conocer las opciones que producen las divergencias históricas.

Este esfuerzo para comprender las diferencias históricas lo suscribe Malinowski⁷⁶⁹ cuando dice no haber encontrado en la sociedad trobriandesa ni el individualismo ni el comunismo de los paradigmas hegemónicos de las ciencias sociales de su época (y aún de la nuestra),⁷⁷⁰ sino algo distinto que conviene estudiar en sus propios términos y que —inesperadamente— nos remite a nuestra propia historia, cuando la estudiamos como selección de opciones sociales.

Malinowski teoriza una reciprocidad y una redistribución *sui generis* con tal de comprender el orden social trobriandés tradicional, precolonial; al hacerlo nos revela algo distinto y familiar a la vez: no regimos nuestro orden social con el mismo principio de *reciprocidad* (que él deduce), pero podemos comprenderlo perfectamente como una opción histórica con la que a veces hemos estado cerca, aunque parcialmente. Por eso podemos comprender de qué se trata. Ya lo hemos dicho anteriormente: no fundamentamos nuestro orden económico y social con base en dones y redistribuciones sistemáticas y constantes, pero lo hacemos parcialmente y podemos imaginar las consecuencias de la generalización de este otro proceder. Esto es lo que descubrió la Antropología de Meyer Fortes y la filosofía antropológica de Wittgenstein: que las diversas opciones históricas (y sus manifestaciones culturales) están presentes cuando se escogen unas excluyendo a otras. Esta presencia queda en el ámbito subjetivo e intersubjetivo, al ser excluidas de la objetividad social (del orden imperante) y también sucede a la inversa. Así, lo que se manifiesta en la *realidad objetiva*, externa, como orden social en una sociedad dada, puede ser comprendido en los ámbitos subjetivos de los individuos de otras sociedades que han escogido otra *realidad objetiva*. Wittgenstein propone una universalidad desde la que se toman varias opciones históricas, que

769 Para todo lo que sigue, proseguimos con *Coral Gardens and their Magic*, *op. cit.* Nos vamos a centrar principalmente en los capítulos sobre «El trabajo de campo y los hechos invisibles de la economía y del derecho nativos» y sobre la «Tenencia de la tierra». En estos es dónde se presenta el modelo teórico del cual partiremos.

770 Reformulados en las utopías del universalismo emprendedor y del ideal ahistórico de un comunismo con mercado.

pueden llevar a parcialidades totalmente comunicadas entre ellas, pero cuyas derivaciones podemos comprender si regresamos a la razón de ser de su acervo común.⁷⁷¹

Malinowski parte de un concurso de poderes o titularidades (*toli*, en trobriandés) que son a la vez derechos o prerrogativas para obtener la posesión y apropiación de los frutos de la tierra. Como ya hemos dicho, su teorización no coincide ni con el individualismo liberal ni con el comunismo colectivista; pero está más cerca de una complejidad histórica que conocemos, hecha de coexistencias entre las posesiones comunales, los derechos señoriales, las usucapiones, las aprisiones y precarios, las empresas de explotación y la fiscalidad y hacienda públicas. Sin embargo, no hay coincidencia con la idea de una demarcación fija de la propiedad y una titularidad unívoca de esta, con un sujeto individual que ejerce todos los derechos de posesión,⁷⁷² aunque esto sea más bien una proyección parcial o ideal y no una realidad histórica.

Los fenómenos posesorios y redistributivos que expone Malinowski están en un orden de cosas a medio camino histórico: entre unas formas de poseer y distribuir que en una sociedad regida por el mercado y el capital le parecen improvisadas, informales o rudimentarias, y el inicio de esas instituciones de mercado y capital. Resulta difícil captar en plena colonización lo tradicional, que ya tenía sus procesos de desigualdad y conflicto, con los que desarrolla y reinterpreta la nueva desigualdad. De ahí que la lectura de la etnografía de Malinowski, como de otras tantas en similares circunstancias, pueda resultar algo confusa. El mismo etnólogo no conoce exactamente qué prácticas se reinterpretan por la colonización ni hasta qué punto, con sus ideas de demanda, oferta, costes y rendimientos, rentas y precios.

Nuestro objetivo es el de plantear las direcciones diversas que toman las actitudes y prácticas de posesión y distribución, fijándonos en detalles significativos y en ideas de corte más general. Porque ocurre con la idea de

771 Es lo que he referido en el capítulo sobre el pluralismo ético y jurídico partiendo de la reflexión de Wittgenstein: el modo en que podemos entender todas las diferentes formas de enterrar y celebrar las exequias de los difuntos como formas de piedad y reverencia, aunque se prediquen de modo antagonista (especialmente por parte de las ideas religiosas).

772 Aún en el mejor de los casos previstos y aprovisionados por el Derecho positivo de inspiración liberal, la propiedad es solamente una instancia precaria entre sucesiones, usufructos, hipotecas, daciones y donaciones, servidumbres, alienaciones, posesiones tributarias, y posibles expropiaciones o confiscaciones.

mercado y capital lo que Pierre Clastres⁷⁷³ encontró en la idea de Estado. Al no disponer de unos conceptos positivos —definidos por afirmación de sí mismos— de las formas de vivir en las civilizaciones primitivas, se da una inversión epistemológica: el modo más claro de comprenderlas no es en sí mismas y por sí mismas, sino a través de las negaciones de lo que conocemos vigente en el orden del Estado, del mercado y del capital. Clastres lleva la cuestión hasta el extremo de sostener que en una civilización primitiva existe la idea de su corrupción con la formación del Estado y que se resiste a su implantación. Evidentemente, es fácil sostener esa representación una vez que existe el Estado y puede formarse una intuición de lo que supone su existencia, pero si realmente se trata de otra sociedad, para la que el Estado no tiene sentido, tampoco tiene sentido plantear esa sociedad como negación intuitiva de este. Con todo, es comprensible el planteamiento de Clastres y sin duda sigue teniendo sentido para los pueblos que sí conocen de cerca las desgracias que ocasionan los capitales, los mercados y sus Estados.

No obstante, el problema radica en comprender como mera positividad, no como negación de otro modo de vida, una civilización primitiva. Tampoco es un camino realista el de la inconmensurabilidad o radicalidad de otra cultura para ser interpretada: desprecia la posibilidad de traducción y comprensión que ofrecen tantas etnografías, que dialogan entre ellas y muestran realidades sociales en vez de meras subjetividades. En este sentido, hay que decir que no se entendió bien la propuesta de Peter Winch.⁷⁷⁴ Lo único que hizo Winch fue replantear la tarea interpretativa de la Antropología de acuerdo con la Filosofía de la Antropología de Wittgenstein: sustituir la oposición de ámbitos de vida y conocimiento (por ejemplo, ciencia vs. religión) por la coexistencia de distintos lenguajes (juegos de lenguaje), cada uno con su respectiva especificidad sintáctica, semántica y pragmática, sin que uno de ellos tenga que entenderse como antagónico de otro. Así, por ejemplo, el lenguaje de la poesía tiene una sintaxis característica (rimas, musicalidad, diversos cánones poéticos) con una semántica que también lo es (predominio de evocaciones simbólicas, metáforas y metonimias) y una pragmática también reconocible (emociones estéticas, sentimientos exaltados, evocaciones sensuales). El de la ciencia también: símbolos empíricos, representaciones algebrai-

773 Pierre Clastres, *La Société contre l'État*, Paris: Minuit (1974).

774 «Understanding a Primitive Society» en Peter Winch, *Ethics and Action*, *op. cit.*

cas, conceptos discretos y económicos, desarrollos formales de las ideas, utilizaciones técnicas o deducciones abstractas, con cánones precisos. La propuesta wittgensteniana de Winch es la de admitir la coexistencia, no necesariamente contradictoria, entre estos lenguajes en el curso de la vida humana. Solo cuando un poeta trata de hablar de ciencia con poesía puede haber antagonismo (el fracaso de Goethe frente a Newton, a pesar de que Newton incluye teología en el escolio final de sus *Principios*) o cuando un científico pretende presentar la ciencia como magia (la actitud de fe ante la ciencia que el mismo Wittgenstein criticaba).

No solo Winch establece esta filosofía de la Antropología, siguiendo a Wittgenstein, sino que también lo sigue al establecer lo más opuesto al relativismo radical (o de la incomparable inconmensurabilidad de cada cultura): que hay unos universales que todas las culturas atienden de un modo u otro y que precisamente por su incumbencia universal facilitan la traducción entre los distintos lenguajes que han generado. Es así como podemos comprender lo que los lenguajes humanos nos dicen de modo diverso cuando parten de las experiencias humanas comunes del nacimiento, la reproducción y la muerte. La experiencia del hecho material común facilita el recorrido traductor. A ello Winch añade una cuestión siempre vigente: cómo el modo de vivir estos acontecimientos como hombres y como mujeres (puede incluirse cualquier otra categoría relativa al género o a su negación) genera otro puente de comprensión (traducción) universal.

Con Wittgenstein se ha producido un avance importante para el estudio de las coexistencias de distintos lenguajes en una misma sociedad —y entre sociedades diversas— y, al mismo tiempo, para asentar la universalidad de determinadas experiencias y la comprensión de estas con sus lenguajes específicos (más fáciles de traducir si nos centramos en esas experiencias y deducimos a partir de ellas otros significados para otras).

Con todo, subsiste el problema de la positividad de esos otros lenguajes, porque no tenemos suficientes conceptos abstractos alternativos a los de nuestros propios lenguajes. Solo podemos utilizar algunos de etnosociología, como el *Kula*, para entender un tipo de reciprocidad; o bien etnojurídicos, como el *wampum* o la *sannasa*, para entender un tipo de valor registral.⁷⁷⁵ Por lo demás, hemos de mostrar la variedad con las descripciones y narrativas etnográficas.

775 Cf. Ignasi Terradas, *La justicia más antigua*, op. cit. III, p 10.

Al comienzo de este libro ya he defendido el uso del término *civilización primitiva*, pero el no poder prescindir de *primitiva*, porque de otro modo se cae en negatividades o en más imprecisiones (ágrafas, indígenas, aborígenes, etc.) tampoco se acierta con una positividad firme. Ni Marx pudo resolver este problema, apuntando para un futuro o para un pasado remoto un orden comunista empíricamente desconocido; y cuando disponía de datos históricos casi todo quedaba integrado en el precapitalismo. La misma Antropología marxista resumió en teorías de precapitalismo o de protocapitalismo (en esquemas de evolución y transición constantes) lo que constituía otro orden social, otra totalidad social.

Teniendo en cuenta todo lo dicho hasta aquí, el esfuerzo de Malinowski resulta encomiable. De entrada, nos proporciona el conocimiento de un orden jurídico vinculado a la economía muy diverso al que nos ha acostumbrado el pensamiento de *Law & Economics*, centrado en la atención y servicio del Derecho a la economía de mercado.

Hay un fondo de igualdad en el concurso de personas y grupos sociales con derechos de posesión y apropiación de frutos de la tierra.⁷⁷⁶ Se trata de clasificar distintas titularidades (que son poderes que tienen funciones sociales) para que obtengan bienes de subsistencia de una misma fuente. Lo que nosotros, para la agricultura, a partir de los siglos XVIII y XIX tenemos básicamente dividido entre salarios, beneficios del capital, impuestos, rentas de la propiedad y costes de riesgo e inversión (roturados, nuevos cultivos, mutualidades o seguros) los trobriandeses lo tenían dividido según unas funciones que estaban algo más cerca de la complejidad de rentas y servicios de la época medieval y revelan otra razón de ser de las titularidades. De hecho, los trobriandeses ponen en evidencia el concepto etnojurídico *toli* para representar la titularidad que se reconoce

776 Este fondo de igualdad es el que políticamente corresponde también a la titularidad de los clanes: estos poseen funciones de interdependencia que los hacen insustituibles y necesarios los unos a los otros. Una de las mejores reconstrucciones de esta distribución de poder es la etnografía de Paul Radin, *The Winnebago Tribe*, Lincoln: University of Nebraska Press (1990). Históricamente esta fórmula política de igualdad cederá a la desigualdad adquirida por acumulación de pérdidas e intercambios desiguales: es lo que registra la superioridad económica y política de unos clanes sobre otros. Esto último puede verse —entre otros ejemplos— en el recorrido histórico y etnográfico, con muchos datos empíricos, de Raymond Firth sobre los Tikopia: *We, the Tikopia*, *op. cit.*; *Social Change in Tikopia*. Londres: George Allen (1959); *Essays on social Organization and Values*, *op. cit.*; *Rank and Religion in Tikopia: A Study in Polynesian Paganism and conversion to Christianity*, Londres: Allen & Unwin (1970).

con derechos de posesión en términos de apropiación o recepción de los frutos de la tierra.

Podemos contrastar las titularidades o títulos para recibir o poseer bienes en la sociedad trobriandesa con la producción y apropiación de valores según la economía política clásica:⁷⁷⁷ así nos damos cuenta de la reducción de esas titularidades desde la Antigüedad y las épocas medievales. En general, se trata de una reducción derivada de la explotación del trabajo. La gran diferencia que veremos con la sociedad trobriandesa radica en que el trabajador de los huertos recibe también frutos de otros huertos en función de otra de sus titularidades (en un régimen de reciprocidades). Esto hace que no se establezca una relación biunívoca entre explotador y explotado o entre un único productor y varios rentistas como ocurre en las sociedades capitalistas o de régimen señorial.

Cuando Malinowski estudia las titularidades de posesión trobriandesas —él mismo lo reconoce— reconstruye un registro de posesiones y, en gran parte, el equivalente a un derecho civil. De aquí el interés de su obra: posee los elementos más radicales de los títulos de posesión y propiedad, de la constitución de pactos y obligaciones, de los estados civiles, las sucesiones y donaciones y de los conflictos inherentes a esos órdenes.

En nuestra historia, el Derecho civil agrupa un conjunto de fenómenos económicos y morales, e incluso algunos de origen religioso. Su objetivo ha sido establecer el reconocimiento social de unos estados civiles, unos derechos y obligaciones (relevancia de los registros civiles y notariales, de hipotecas y de propiedad) y unos procesos para resolver los conflictos. De este modo, el matrimonio y la familia, la sucesión y las donaciones, la propiedad y sus contratos, compraventas, pignoraciones, hipotecas y debitorios, todo el ámbito contractual y sucesorio entre personas y sobre cosas se ha constituido en la cultura y el derecho de lo *civil*. Su base está en el establecimiento de vínculos personales, por una parte, y en el reconocimiento de relaciones de posesión y propiedad, por otra. La existencia de esas relaciones personales previas a las definiciones de posesiones y

⁷⁷⁷ Por ejemplo: con la obra de Richard Jones, en la que—siguiendo el camino de Adam Smith, Malthus y Ricardo— al establecer una tipología universal de las rentas, mantiene el trabajo como fuente de todo valor, distinguiendo únicamente salarios, rentas y beneficios del capital introducido con el trabajo, dejando la tributación pública a un nivel superior de redistribución: Richard Jones, *An Essay on the Distribution of Wealth and on the Sources of Taxation*, Nueva York: Kelley Reprints of Economic Classics (1964 [1831]).

propiedades constituye el presupuesto sociológico del Derecho civil. Así pues, relaciones de tipo igualitario o jerárquico, de solidaridad y cooperación, o de competitividad y desconfianza, de patronazgo o de colectivismo, con sus equívocos y matices, preceden a los derechos y obligaciones en relación con las cosas, fundamentalmente con la tierra. Así es como se manifiestan diversas relaciones de posesión y propiedad.⁷⁷⁸

En cambio, en una civilización primitiva como la trobriandesa, en primer lugar, los sujetos individuales de derechos lo son por estatus de pertenencia colectiva (a clanes, a linajes y a comunidades locales) y, además, las titularidades frente a bienes y derechos no se basan en la propiedad individual y sus contratos, sino en las obligaciones recíprocas de varios intercambios de bienes según las titularidades (*tolu*).

La perspectiva de Antropología jurídica nos permite representar varias modalidades de la relación ser humano-tierra-ser humano que no poseen la teleología del contrato capitalista contemporáneo (inversión-trabajo-beneficio),⁷⁷⁹ el más adecuado para cuando prácticamente toda la tierra y todo el trabajo ya se dan en el mercado.⁷⁸⁰

La ventaja de partir del modelo de Malinowski en vez del de la economía (capitalista), incluso para comprender mejor a esta, se basa en que es mejor recortar un modelo teórico muy rico, que tener que enriquecer un modelo pobre. Porque frente a una sociedad organizada por reciprocidades generalizadas que dan fe de una complejidad de roles sociales, los modelos de productividad y beneficios, mercado y precios, o propiedad y rentas presentan unos reduccionismos teleológicos que empobrecen la comprensión de la totalidad social.

Se trata de unas reflexiones y de un modelo teórico útil por varias razones. El mismo Malinowski comienza diciendo que:

778 Para uno de esos condicionamientos: James C. Scott, «Patron-Client Politics and Political Change in South-East Asia», *The American Political Science Review*, 66 (1972). Sobre el poder en general y las ideologías de poder que lo dirigen en sociedades concretas, condicionando desposesiones, apropiaciones y acumulaciones de propiedad (especialmente con el paradigma del potlatch): Eric Wolf, *Envisioning Power. Ideologies of Dominance and Crisis*. Berkeley: University of California Press (1999).

779 O en conceptos de análisis marxista: dinero-mercancía-dinero

780 Cf. Karl Polanyi, *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, México: Fondo de Cultura Económica (1992 [1944]).

el estudio de la tenencia u ocupación de la tierra (land tenure) es un problema muy interesante, y un tanto difícil, de síntesis sociológica. Nada revela mejor el aspecto constructivo o creativo de las observaciones sociológicas hechas en medio de una raza nativa que el análisis de cómo la tenencia de la tierra debe ser estudiada, registrada y presentada.⁷⁸¹

Malinowski defiende una metodología constantemente inspirada en la propia construcción teórica. Al mismo tiempo, presenta la comprensión del sistema explicando lo que denomina las *constituciones o estatutos de las instituciones nativas*. Este punto es muy importante para la Antropología jurídica y se ha pasado por alto al reducir la lectura de Malinowski al positivismo funcionalista. No es así: los aspectos de carácter constitutivo de una sociedad y los conflictos, con sus violencias y resoluciones, están presentes en la obra de Malinowski, a pesar de algunos momentos de visión armónica y equilibrada del poder. En realidad, este «defecto», que en la actualidad se tiene por el modo más democrático de funcionar la sociedad (más funcionalista que nunca), no debe atribuirse a Malinowski como al que más. La lectura atenta de toda su obra revela tanto su interés por el orden y la autonomía de las instituciones nativas como por el conocimiento bien informado de los conflictos inherentes a este orden⁷⁸² y también por los generados por la colonización.

Malinowski nos brinda una alternativa a las teorías teleológicas (conservadoras, liberales y marxistas) de tenencia de la tierra. De entrada, nos presenta una lógica posesoria, instituida en una sociedad (primitiva), sin establecerla como transición hacia una lógica superior. Malinowski nos invita a comprender una sociedad como la trobriandesa por sí misma, en lo que de original tiene, y no soslaya los cambios que las propias contradicciones han ido produciendo, así como los introducidos por la colonización, la mayoría de ellos forzados y algunos bien recibidos. No explica la tenencia de la tierra trobriandesa partiendo de un orden previo conjeturado (colectivización comunista, individualismo posesivo) o de un orden futuro que viene del mundo colonizador (desarrollo tecnológico y mayor creación y reparto de riqueza), sino que le otorga, porque la comprueba, la autonomía que tuvo en su día, con la consistencia y la complejidad pacíficas y a la vez conflictivas: circunstancias análogas a las de sociedades

781 *Coral Gardens*, op. cit. I, p. 317.

782 En varias de sus obras hace referencia al conflicto básico entre el orden matrilineal y las preferencias patrilineales, así como entre las prohibiciones de afinidad y sus transgresiones.

pretendidamente más acabadas o perfeccionadas como la nuestra. Este es el logro de Malinowski para la Antropología jurídica: la explicación de unos derechos, obligaciones y conflictos para una época histórica de una sociedad determinada, sin reducirla a pura transición entre un orden económico y jurídico estático (primitivo) y otro dinámico (desarrollo capitalista, sostenible, revolucionario, etc.).

Análogamente, si, por ejemplo, vamos viendo que una época medieval de determinado país tiene también su propio ordenamiento pacífico y conflictivo, no lo comprenderemos mejor si lo escamoteamos entre un antes y un después que desfiguran su propia época. Evidentemente, hay transiciones hacia fines que acaban imponiéndose, pero la imposición final no explica adecuadamente la época en la que todavía no se producen; y mucho menos la vida de las personas para las que todavía no han llegado estos fines.

Así, nos enfrentamos continuamente a un mundo histórico con elementos propios y de transición o transformación. Lo más difícil de comprender para los anclados en el conocimiento del *después* es el *durante* de otra época. Es por este motivo que la historia y la Antropología jurídica deben entretenerse en ese *durante* y vencer los actualismos o anacronismos del *ahora*. Y esto es posible, puesto que no somos dóciles esclavos de nuestra época, ya que, precisamente —a través de la historia y la Antropología—, vamos conociendo los modos de vida y de conocimiento vigentes en otras épocas. Lo cual no quita que ese conocimiento no sirva para interpelar otras épocas y pueda también criticarse desde estas. Porque hay de todo: ideas más libres que hemos perdido y otras más libres que hemos ganado.

Así pues, enfrentémonos con Malinowski al entramado de la ocupación y apropiación de los frutos de la tierra. ¿Por qué hace falta un modelo teórico para comprenderlo, un modelo que descubra algo invisible? Complementemos fácilmente a Malinowski: no solo porque esa ocupación o posesión se basa en principios y sanciones de carácter implícito, sino porque —y esto es causa también de tal implicitud— la ocupación de la tierra se desenvuelve entre poderes que se desafían entre ellos, lo cual da lugar a no pocos conflictos.

Los poderes que se desafían para obtener bienes —y que lo hacen mediante títulos o derechos— tienen unos intereses. Estos, en su juego con las intenciones de los actos —de todos ellos, desde el más insignificante hasta el más tremendo— dan lugar a conductas regladas y a la vez

conflictivas. Ello da lugar a una serie de obviedades, pero con algunas paradojas: el más fuerte puede conseguir derechos para obtener por titularidad lo que en principio obtuvo por la fuerza, lo hemos visto con el robo de la leña. A su vez, el más débil puede adquirir un derecho creado por el más fuerte cuando este le solicita su adhesión, también para ampliar o consolidar su poder: así es como se ha pasado del sufragio censitario al universal.

Entre lanzamientos o expulsiones y patronazgos o caciquismos discurre la historia agropecuaria contractual. Estos son los extremos de gran parte de la historia económica y jurídica sobre la tenencia de la tierra, pero hay otra historia menos conocida y que se ha desarrollado en un ámbito de *reciprocidad*, con más titularidades de derecho y más obligaciones y responsabilidades. Malinowski nos presenta una distribución de frutos de la tierra como un tejido de derechos, prerrogativas y responsabilidades, producidos por diferentes *títulos legales*. Es decir, posiciones sociales con capacidad para acceder, dar y obtener algo en la relación ser humano-tierra-ser humano que Malinowski traduce como *títulos legales*, titularidades de cada persona, tanto de hombres como de mujeres. Aunque los primeros tienen más cantidad de roles con titularidad de posesión.

Malinowski critica una mentalidad colonizadora —más o menos versada en Antropología— que, movida por impresiones etnocéntricas decía que una parte de la tierra era de propiedad comunal, otra del clan, otra de un jefe local y otra de la familia, y obviaba que se trataba de derechos redistributivos sobre sus frutos, no de derechos sobre un territorio dividido. Malinowski considera que esta fijación con la propiedad del territorio era totalmente etnocéntrica: *y aún peor..., inspirados por nociones europeas..., por algunas distinciones concebidas a priori, como la inmortal falacia de los trabajos antropológicos —la oposición entre el comunismo y el individualismo—....* De este modo *Las soluciones ficticias nos ocultan el problema real*.⁷⁸³ Todavía andamos en medio de estas soluciones ficticias, con nuevas recreaciones del individualismo posesivo, ya solo como anticomunismo, y del comunismo, también como otro vago anti-individualismo. Embestidas ideológicas que dificultan la comprensión de diversas realidades históricas.⁷⁸⁴

783 Ibid. p. 319.

784 El fetichismo de la nuda propiedad, la idealización de los alodios, junto con el individualismo posesivo han marcado la ideología liberal sobre la propiedad, la cual ha afectado

La Partida tercera de Alfonso X⁷⁸⁵ era mucho más comedida al establecer el universal de la posesión:

Poseción tanto quiere decir como ponimiento de pies. E según dijeron los sabios antiguos, posesión es tenencia derecha que hombre tiene en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento... Ciertamente dos maneras hay de posesión. La una es natural, e la otra es por otorgamiento de derecho a que llaman en latín civil. E la natural es cuando hombre tiene la cosa corporalmente... E la otra que llaman civil es cuando algún hombre sale de casa de que él es tenedor, o de heredad, o de castillo o de otra cosa semejante..., entonces, aunque no sea tenedor de la cosa corporalmente, serlo en voluntad e en el entendimiento, e valdrá tanto como si estuviese en ella por sí mismo.

La ley sexta del mismo título persiste en la instancia de la posesión como vinculación corporal, que sigue hasta la compraventa, mediante la figura del *apoderamiento de vista, estando la cosa delante*. Se trata de un pasaje de verdadera distinción de una cultura jurídica (sin menoscabo de la influencia romana):

Ganar queriendo algún hombre alguna posesión de castillo o de casa o de otra cosa cualquiera, ha menester que haga dos cosas. La una que haya voluntad de la ganar [animus possidendi]. La otra que la entré por sí corporalmente e la tenga, u otro alguno la tenga por él en su nombre. E si alguna de estas dos cosas le falleciese, no la podría ganar. Empero si un hombre vendiese a otro alguna cosa, o se la diere, o se la enajenase en alguna otra manera, e estando la cosa delante dijese el que la enajenaba al otro que lo apoderaba en ella [que se apoderaba de ella], viéndola ambos a dos [presencial y simultáneamente], aunque éste [el adquiriente] no la entre ni la tenga corporalmente, bástale tal apoderamiento de vista para ganar la tenencia de ella.

Es decir que se establece un rito jurídico que es típico de sociedades con ordenamientos vindicatorios, en los que los objetos deben tener una presencia material encarnada, por lo menos metonímica, en el rito procesal (*la entré por sí corporalmente*).

la teorización historiográfica de la posesión y de la propiedad (Cf. Rosa Congost *Tierras, Leyes...*, op. cit; «Property rights and historical analysis: What rights? What history?», *Past & Present*, (181) (2003); Crawford Brough Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, op. cit.

785 Alfonso X, *Las Siete Partidas* (Ed. de J. Sánchez-Arcilla Bernal) Madrid: Editorial Reus (2004).

Esta idea de posesión en la recopilación alfonsina no pierde el referente de la posesión natural limitada por la vida del cuerpo, por sus percepciones y capacidades.⁷⁸⁶ En la alienación de una propiedad, por lo menos esta ha de ser vista por el cuerpo humano. Repetimos: *estando la cosa delante, el apoderamiento de vista*. Esta concepción se halla mucho más cercana a la de los frutos que se redistribuyen (con previa exhibición de estos a la vista de todos) a distintos cuerpos humanos encarnados en categorías sociales; y en periódicos flujos recíprocos. Es una idea y representación social distinta a la propiedad territorial con una disponibilidad ideal absoluta, casi arbitraria para su titular, por más que la realidad política y jurídica la limite y socave; pero se trata del hegemónico ideal de la propiedad liberal.⁷⁸⁷

Buscar el dueño de un territorio demarcado es distinto a buscar las personas que cruzan sus derechos sobre varios territorios. Desde una perspectiva de fijación catastral resulta imposible comprender lo que vamos a exponer, necesitamos más bien una perspectiva que parta de servidumbres, pero de frutos, no de territorialidad. Para comprender jurídicamente el sistema posesorio de una sociedad como la trobriandesa imaginemos una definición de la propiedad (para nosotros extraña o absurda) como una encrucijada de servidumbres y, cuanto más densa, más rica, porque si por un lado significa dar mucho, también significa recibir mucho. Así, subvirtiendo una base de nuestro concepto de propiedad podemos acercarnos mejor a la comprensión de los derechos de posesión de otra cultura jurídica como la trobriandesa.

Malinowski reconoce en los años 1930 que él mismo andaba equivocado una década antes cuando no se había dado cuenta de la importancia fundamental de la cuestión de la posesión en relación con los frutos de la tierra. Ahora la ve mucho más allá de la perspectiva del hombre práctico:

sus usos económicos no pueden separarse de los derechos de asentamiento, de las reivindicaciones políticas, de la libertad de comunicación y transporte,

786 Macpherson sitúa el punto de ruptura del individualismo posesivo (el germen del capitalismo liberal) en la trascendencia de este sentido encarnado de la propiedad (en el ámbito posesivo del cuerpo humano) y en considerar las posesiones más abstractas y alienadas (el dinero) como extensiones legítimas de las posesiones corporales (por intercambios de derechos basados primariamente en el trabajo del cuerpo): *The Political Theory...*, *op. cit.*

787 Remitimos a las obras de Rosa Congost ya citadas.

de los privilegios territoriales conectados con la vida religiosa, mágica y ceremonial.⁷⁸⁸

Dice también no dudar de que *el uso económico de la tierra da forma al núcleo más sólido de todos esos privilegios y reivindicaciones.*⁷⁸⁹ Su afirmación no es ni culturalista ni está exenta de algún determinismo material o natural (como expone en su teoría de las necesidades humanas).⁷⁹⁰ Y, a pesar del sesgo *funcionalista* (lo vuelve a postular en la página siguiente, después de estos argumentos), no esquiva la naturaleza conflictiva del fenómeno, cuando él mismo habla de reivindicaciones, libertades y colonizaciones frente a instituciones o hechos de apariencia más estática.

Anteriormente, Malinowski había estudiado la agricultura trobriandesa —un primer orden aproximativo— y había ordenado las actividades estacionales, la relación entre los actos ceremoniales y la distribución de explotaciones, se había fijado también en el interés por la agricultura que se recoge en varias ideas mitológicas... No obstante, ahora, al enfocar directamente la tenencia de la tierra en cuanto a redistribución de frutos según derechos, se enfrenta

a una construcción más compleja, con ramificaciones más profundas, y requiere un esfuerzo mental mayor que el dedicado a inventariar actividades agrícolas sucesivas.

Su nuevo enfoque incluye poner en evidencia cómo los colonizadores ignoran los derechos de los nativos y sus vínculos con la tierra y sus frutos, a la vez que los usurpan y ultrajan.⁷⁹¹ La colonización busca sustituir un título de propiedad por otro y reducir el complejo haz de derechos por uno solo, pasar de un vago comunismo (al que no se le reconoce un derecho

788 Al mismo tiempo, sostiene: *La tenencia de la tierra es la expresión integral de todas las maneras en que el hombre la usa y la envuelve con los valores de la avaricia, el sentimiento, el misticismo y la tradición: op. cit., p. 320.*

789 *Op. cit.*, p. 319.

790 Para una visión ponderada de la complejidad del objeto de la obra de Malinowski y de su metodología: Raymond Firth (ed.), *Man and Culture. An Evaluation of the Work of Malinowski*, Nueva York: The Humanities Press (1957).

791 *Coral Gardens, op. cit.*, p. 323.

de propiedad como tal) a un individualismo *propietarista*⁷⁹² que compra un usufructo indígena en el mejor de los casos.

Malinowski explica que fue la teoría e ideología liberal de la propiedad, en la que el control eminente y excluyente de la tierra recae en un solo título, la que facilitó la expropiación colonial. Se hizo mediante la ficción jurídica de la compra de un usufructo, más o menos complementada, o sustituida por un *organised ill-will, greed and dishonesty*.⁷⁹³ Malinowski menciona los casos de Estados Unidos, Sudáfrica y Kenia como ilustrativos de esta opción. Se dio también en la India. Ahí, los poderes coloniales no asimilaron el hecho de una pluralidad de títulos en el disfrute de la tierra y en la circulación de sus productos. Los redujeron al ejercicio del *dominio útil* o usufructo.⁷⁹⁴ Así, los británicos escogieron para compensar solo a los indígenas cuyo trabajo juzgaban más productivo. Los demás quedaron excluidos y, al no hallar un poder realmente coercitivo sobre aquellos «trabajadores», concluyeron que no había dominio directo y que los indígenas desconocían la propiedad (obviando todas las vinculaciones de reciprocidad y redistribución en la relación ser humano-tierra-frutos-ser humano). De esta forma, para obrar «en justicia», solo tenían que comprar el dominio útil a un precio «razonable» para el valor productivo (que ellos mismos estimaban) y devenir así propietarios del suelo, sin «perjuicio de terceros». Cuando los indígenas se encontraron con la destrucción de su tejido redistributivo y mostraron su descontento, los ingleses se decantaron entonces por la interpretación estatal y, en consonancia con ello, instituyeron recaudadores de impuestos nativos (como los *moneygars* de la India), guardas y policías rurales, ayudantes de caza, guías y sirvientes especializados. Con ello, trataron de transformar un tejido social de reciprocidad y redistribución (no exento de conflictos y desigualdades) en un instrumento de dominación colonial indirecto.

Vayamos a la construcción más puramente etnográfica de la cuestión. Malinowski nos advierte también de otro error que él mismo cometió: tomar lo que en algún momento podía aparecer como la representación de la personalidad jurídica de todo un clan como si se tratara de una persona

792 Sobre la ideología propietarista y el liberalismo económico: Thomas Piketty, *Capital et idéologie*, *op. cit.*

793 Malinowski, *Coral Gardens*, *op. cit.*, p. 323.

794 G. Cederlöf, «Narratives of Rights: Codifying People and Land Early Nineteenth-Century Nilgiris» *Environment and History*, 8(3) (2002).

física. Es decir, pasar por alto que, en la organización del trabajo y en la redistribución de los frutos, las diferencias dentro de los clanes superan a la manifestación del clan como persona jurídica dotada de derechos específicos (sobre la tierra y sus frutos). La conclusión crítica de Malinowski a su propio trabajo anterior es fulminante: a efectos de la tenencia de la tierra, en las Trobriand el clan no existe ni en la realidad social ni en las ideas nativas.⁷⁹⁵

La primera impresión que Malinowski obtuvo sobre la tenencia de la tierra surgió de una pregunta etnocéntrica: ¿A quién pertenece, de quién es ese huerto? Halló que la respuesta variaba según la presencia de determinadas personas que tenían algún tipo de relación con el huerto señalado. La primera conclusión de Malinowski era fatalmente concordante con la de muchos colonizadores: *In the Trobriands the natives do not really know who owns the land* (parecía repetirse el tema de la *ignorancia de la paternidad* también para la tierra).⁷⁹⁶ Lo más claro parecía la atribución del dominio eminente a los jefes, sobre todo si quien lo admitía les tenía temor, y luego las distribuciones de los cultivos parecían tan azarosas como poco importantes.

Con todo, la metodología de Malinowski avanzaba con valentía: después de admitir esos fallos, que continúan siendo corrientes entre los antropólogos, se enfrentó a la tentación del nominalismo nativo. Se dio cuenta de que se precisaba de un gran conocimiento contextual para comprender el significado de los conceptos nativos relativos a la posesión, pertenencia o vinculación con la tierra, que eran polisémicos, indistintamente metafóricos y empíricos, situacionales y abstractos. Eran tan maleables por el contexto que su intelección en forma de diccionario resultaba inapropiada. Hechas estas reservas, el mismo Malinowski ensayó un diccionario heterodoxo de la terminología trobriandesa de carácter económico y legal referida a los cultivos,⁷⁹⁷ pero antes insistió en la comprensión de las situaciones económicas, legales y mitológicas para abordar el conocimiento de la realidad de la tenencia de la tierra (que no era otra cosa que el poder para obtener derechos sobre sus frutos).

795 Malinowski, *Coral Gardens*, *op. cit.*, p. 324.

796 *Ibid.*, p. 325.

797 *Ibid.*, Vol. 2, part. V, div. XII.

27.3 La redistribución como atribución de posesiones

Esencialmente, Malinowski propone —sabiendo que estaba incompleta— una metodología de Antropología jurídica para la cuestión de la tenencia de la tierra: identificar la pluralidad de las personas que demandan, reivindicar o solicitan el disfrute de los productos de cada explotación. Con lo cual, como venimos diciendo, el derecho sobre la tierra deviene en realidad un conjunto de derechos sobre los frutos que produce, un derecho en la redistribución de estos. La posesión que lleva al consumo comienza con una instancia de redistribución, no con una relación de producción. Sencillamente, el derecho a poseer frutos por parte de quien —en perspectiva colonial— parece ser el que más trabaja la tierra depende de su situación en la redistribución de la producción: puede quedarse con menos donde ha trabajado más y con más donde ha trabajado menos o nada. Lo podemos imaginar fácilmente con el ejemplo de un hortelano que regala todo lo que produce y a su vez recibe más de lo que produce de sus parientes y amigos, que también son hortelanos.

Así, la primera instancia trobriandesa de reconocimiento de posesión es más jurídica que económica (según nuestras categorías), Malinowski construirá primero una *Table of Claims*⁷⁹⁸ no un catastro de propiedades. El término inglés *claim* se refiere a ese derecho que se mueve entre la solicitud y la expectativa, y también entre la demanda, la reclamación o la reivindicación. Porque la situación de cada *claim* personal dará cuenta de su poder y de su potencial conflictivo. Vamos a referir como derechos estos *claims*. Cada uno de ellos aparece en un contexto de determinadas relaciones familiares, políticas, económicas y rituales. Malinowski cruza esos derechos con las titularidades o *tolis*. Con este cruce entre el concepto del *toli* y los contextos en los que aparece, Malinowski establece una tabla de derechos que, básicamente, son nueve.

En primer lugar, Malinowski, destaca el derecho del *amo de la tierra*. Corresponde a la titularidad del máximo jerarca o cabeza de toda una región bien demarcada políticamente. Es lo que nosotros reconoceríamos como la titularidad gubernativa superior. Según Malinowski, se

798 Ibid., p. 328. Etimológicamente, el *clamor*, la acción de clamar, también para el francés *clamer* y para el inglés *claim*, procede del concepto jural latino *clamare* (común en el latín altomedieval) válido para el clamor de una queja, una protesta o para una reclamación, una demanda, un recurso o apelación jurídicos (*Oxford Dictionary of English Etymology*).

trata de una categoría claramente política. Un título que otorga el derecho a percibir una parte de los frutos (primicias) de la tierra como principal mandatario.

En segundo lugar, la titularidad del cabeza de la comunidad local. Pertenece al subclan o linaje de mayor ascendencia sobre dicha comunidad. Es el que tiene el poder de designar al responsable de la magia del crecimiento vegetal o de fertilidad de la tierra. También tiene autoridad para distribuir las tierras comunales. Recibe también las primicias de los frutos, pero en menor cuantía que el amo de la tierra.

En tercer lugar, los derechos del mago o ministro espiritual de los huertos, que puede ser el mismo jefe de la comunidad local. Si es otro, él es quien tiene el poder para designarlo. Este ministro espiritual recibe menos frutos que las autoridades anteriores, pero, según Malinowski, su derecho recibe tanta consideración como el de los demás.

Estos tres cargos titulares coinciden con las autoridades tradicionales que también tenemos en nuestra historia (monarca, conde, merino o corregidor, cura párroco, prior, abad...), pero sus connotaciones son diversas.

En cuarto lugar, el cabeza de cada linaje o subclan. Este tiene autoridad sobre los campos y los cultivos en los que faena la gente de su linaje, sobre todo respecto a la rotación de los barbechos.

En quinto lugar, existe otro título de posesión, pero sin percepción de frutos, que es para la gente de linajes alejados de sus tierras ancestrales, en las que dirigen, trabajan y ofician otros.

El sexto titular es la comunidad local, otro sujeto colectivo de derechos, especialmente comunales. Dice Malinowski que todos los miembros de una comunidad —con independencia de su linaje o subclan— que viven en el mismo pueblo tienen un derecho sobre la posesión comunal de los frutos.

La séptima titularidad se articula directamente con la sexta. Es la de los títulos individuales para los lotes de tierra que se distribuyen anualmente a cada hombre adulto (con exclusión de las mujeres). Es la titularidad de quien va a responsabilizarse de la explotación del huerto.

La octava titularidad corresponde a quien va a trabajar el huerto efectivamente, al *actual gardener*, en palabras de Malinowski. Este cultivador puede pertenecer o no a la comunidad del poseedor del huerto, quien sí que es un miembro de esta. La dedicación de este trabajador a un particular lote de tierra es anual.

La novena titularidad corresponde al derecho de *urigubu*, la porción de frutos que cada hombre debe entregar a su hermana o hermana clasificatoria. De este modo, cada mujer —y ello es muy importante, así lo recalca Malinowski— habla del huerto que produce su *urigubu* como de «su huerto».

Malinowski considera el *urigubu* como la dotación que hace el cabeza de una unidad de filiación matrilineal *que expresa la constitución real de la agrupación de parentesco trobriandés*.⁷⁹⁹ Normativamente, significa un vínculo entre el hogar patrilocal y la filiación matrilineal. Políticamente, para Malinowski, el avúnculo (hermano de madre) tiene la responsabilidad equivalente al *pater familias* de la sociedad patriarcal.⁸⁰⁰ Muy significativamente, Malinowski añade que traducir la idea de *cumplir con las obligaciones del urigubu en términos de una transacción comercial sería grotesca y repugnante para los nativos*.

Podemos entender perfectamente esta tabla de títulos que dan lugar a distintos derechos, porque la encontramos con algunas modificaciones en nuestra historia y en parte en nuestro presente. Así, los tributos al rey, a los señores jurisdiccionales y a la autoridad municipal, luego a la Iglesia. Después, los *patriarcas de la familia*, los propietarios de fincas que dan sustento a más de una familia. Luego, el reconocimiento de pertenencia o nacionalidad a quien no tiene ya ningún otro derecho en su lugar de procedencia. Después, la titularidad colectiva local de los bienes comunales, la de los propietarios que pueden cultivar directamente sus tierras o que pueden arrendarlas, y la de quienes realmente las trabajan. Finalmente, una titularidad que puede parecer la más exótica, pero que tiene precedentes parciales en nuestra historia: los parientes de los propietarios de fincas pueden referirse a la finca (de la que no son propietarios en Derecho) como «su finca» (derecho vivido), porque reciben frutos de esta en determinadas ocasiones, más o menos periódicas, y la visitan como algo «nuestro», de «la familia». Evidentemente —siguiendo las perspectivas de Wittgenstein y de Meyer Fortes— algunas de las características de las titularidades trobriandesas nos son más exóticas, su familiaridad nos resulta más indirecta, menos precisa. Así sucede con el *urigubu* si lo comparamos con los regalos de la antigua finca familiar que acabo de mencionar. Otros

799 Ibid., p. 208.

800 Id.

son formalmente muy parecidos, pero con contenidos bastante diferentes. Las fórmulas mágicas, los mitos, la representación ceremonial y la eficacia ritual de los ministros trobriandeses, comparados con los de la Iglesia, la intervención de esta en relación con la fertilidad de la tierra y el éxito de los cultivos (rogativas y patronazgos para la lluvia) ha sido mucho más discreta.⁸⁰¹ No ha constituido un valor sacramental, ni mucho menos el más importante. Los objetivos principales de la Iglesia han sido otros, considerados muy superiores (redención, salvación, inmortalidad del alma) por más que James G. Frazer hubiera explorado la genealogía pagana de estos objetivos,⁸⁰² procedentes de cultos de fertilidad y de conservación del mundo vegetal y animal.

En cambio, otros derechos son casi idénticos a los nuestros: las rentas absolutas de reyes y señores jurisdiccionales, las de los arrendadores, la del trabajador directo de las tierras (entendido como remuneración del trabajo) y los comunales de nuestros derechos consuetudinarios.

Por lo tanto, no se trata ni de unas diferencias abismales ni de unas coincidencias totales. Entendemos mejor subjetivamente (intersubjetivamente) algunas de sus instituciones objetivas, como avanzaba Meyer Fortes, pero para otras debemos sopesar la semejanza formal con la diferencia de contenidos; y vemos en otras una mayor coincidencia objetiva, o bien con nuestra historia o con parte de nuestro presente.

Al mismo tiempo, Malinowski sostiene —y esto no es nada funcionalista— que para entender bien la tenencia de la tierra hace falta entender los conflictos que se dan entre todos esos derechos. Que para entender cómo funcionan se ha de entender la conflictividad que pueden generar. Malinowski la comienza a explicar en su capítulo sobre el método del trabajo de campo y continúa explicándola en el capítulo sobre la tenencia de la tierra. Para ello, enuncia cuatro doctrinas trobriandesas que *fundamentaban todas las demandas y regulaban todas las prácticas relativas a la tierra*:⁸⁰³

801 Aunque en la devoción local haya podido constituir una teología dominante para bastantes feligreses y poseer una consuetudina para su celebración litúrgica.

802 Cf., especialmente, el capítulo que estuvo censurado bastante tiempo en la versión abreviada: «The Crucifixion of Christ» en James George Frazer (Robert Fraser ed.), *The Golden Bough. A Study in Magic and Religion*, Oxford: Oxford UP (1994).

803 *Coral Gardens, op. cit.*, p. 335.

La primera doctrina pertenece al dogma de la religión gentilicia. Es Malinowski quien afirma expresamente la noción de *dogma* para esa doctrina trobriandesa: *Al hablar de los mitos del surgir de la tierra, debo dejar claro su carácter dogmático.*⁸⁰⁴ Algunos derechos sobre los frutos de la tierra derivan del nacimiento en esa misma tierra de las primeras antepasadas matrilineales, en un lugar o rincón reconocido y sagrado. *En cada caso, los nativos pueden señalar sitios con precisión y reconocida vigencia: por ejemplo, en Omarakana hay un manantial llamado Bulimaulo, está sito en la parte del bosque del pueblo conocida como Obukula, y de allí se dice que surgió el sub-clan de Kaluva.*⁸⁰⁵ Malinowski pone énfasis en el hecho de que esta doctrina es válida para todos los linajes, también para los de rango muy bajo. Insiste en el alcance jurídico de la doctrina del lugar de surgimiento de la tierra. Afirmaciones como *Del pozo de Bulimaulo surgieron primero Kaluva'u y su hermana Bokaluv'a'u. Trajeron con ellas la magia para nuestro suelo y muchas otras hierbas...* Estas consideraciones de génesis local entran en cualquier discusión sobre la genealogía del subclan, la división de la tierra y los respectivos derechos o demandas respecto a la tierra formulados por los subclanes vecinos.

Además, la doctrina trobriandesa de la génesis gentilicia define los recursos necesarios para una explotación o enclave agrícola desde la perspectiva de quien la trabaja. Afirma su suficiencia o amenidad económica:

con un sitio de origen se halla siempre vinculado un pueblo, o parte de un pueblo, y un territorio o lo que podemos denominar un surtido de porciones de tierra. Pueblo y surtido de tierras pertenecen a los descendientes de quienes surgieron en el sitio de origen. Por lo regular, esto comprende una porción de tierra yerma, uno o dos bosques tabuados (arboledas) de reposición de materiales de madera y de recolección de algunos frutos, y una porción de rayboag o arrecife de coral emergente, utilizado para huertos, dotado de un humus negro muy fértil. Es uno de los siete tipos de suelo que distinguen los trobriandeses, y quizás uno o dos campos en la dumya (la marisma). En cada caso esto debe incluir una porción grande de matorrales cultivables (odila) que se dividen en un número de campos, y éstos a su vez se subdividen en lotes.⁸⁰⁶

804 Ibid., p. 343.

805 Ibid., p. 342.

806 Ibid., p. 343.

La doctrina del surgimiento de la tierra de una gran familia o linaje va asociada a la tenencia de esta tierra como lugar satisfactorio para el sostén humano. Además, esta doctrina cuenta con aspectos propios de un desarrollo económico o perfeccionamiento en las comunicaciones, complementariedad y alternancia de recursos y espacios de habitabilidad.⁸⁰⁷

En palabras de Malinowski, la doctrina que combina el principio de la ascendencia matrilineal con el dogma sobre la aparición de los primeros antepasados *constituye el fundamento legal y mitológico de la tenencia de la tierra trobriandesa: las ideas jurídicas nativas sobre la ciudadanía local y los derechos hereditarios, los lugares de pesca y las empresas locales.*⁸⁰⁸ Malinowski insiste en que esta doctrina trobriandesa equivale a la de una naturalización y ciudadanía jurídicas:

esta doctrina... crea, en fin, la idea trobriandesa de ciudadanía —una idea que corresponde a los términos nativos tolivalu (patronos-líderes del pueblo) y tolipwaywaya (patronos-líderes del suelo).⁸⁰⁹

Y añade:

Unidos con un sentimiento mitológico común, unidos por muchos intereses económicos, unidos también en una comunidad política con fuerzas armadas comunes, no para defender su territorio, sino para enaltecer su fama [aquí radica un matiz cultural importantísimo explorado por el mismo Malinowski y también por Nancy Munn⁸¹⁰ en su estudio de la cultura gawanesa], los ciudadanos se identifican con su territorio y lo poseen en virtud de esa misma identificación.

El mito doctrinal de la tierra de nacimiento *siempre se refiere a una mujer, a veces acompañada por un hombre que es su hermano, no su marido.*⁸¹¹ Este mito no es una metáfora abstracta al modo de la *madre tierra universal*, sino que es la gesta original y concreta, un génesis específico vinculado a un derecho de arraigo, a una legitimidad genealógica y a la concepción gentilicia de la religión.

807 Ibid., p. 344.

808 Ibid., pp. 336 y 344, n. 2.

809 Ibid., p. 350.

810 Nancy D. Munn, «Gawan Kula: spatiotemporal...», *op. cit.* Y de la misma autora: *The Fame of Gawa...*, *op. cit.*

811 *Coral Gardens*, *op. cit.*, p. 341.

Malinowski concluye al respecto:

El breve relato del primer surgimiento de la tierra, que cada persona, hombre o mujer, puede contar en conexión con su linaje y su tierra, no es un cuento de hadas ocioso. Es una fuerza viva, activa, eficaz, capaz de coordinar el trabajo humano, integrar a un grupo humano, y conferir beneficios económicos concretos a un pueblo. Comprender la función de esta creencia es obtener un conocimiento lúcido de la correlación entre el mito, la convicción moral, la costumbre jurídica y la organización económica.⁸¹²

En las Trobriand, los linajes que en su propia tierra pierden poder político y religioso suelen recibir un trato eminente por parte de los nuevos poseionados: su palabra es tenida como palabra de mayores o de primogénitos en los concejos de huerta. Los *antiguos* deben conceder el permiso para que se proceda al ritual agrario y a la distribución de lotes.⁸¹³ La espiritualización de la etimología y genealogía trobriandesas, todo el valor simbólico de los topónimos, así como de los nombres de las antepasadas y antepasados, constituye el fundamento de esa religión localizada, pagana, del *pagus*.⁸¹⁴

2

La segunda doctrina de los trobriandeses, según Malinowski, enuncia la decisiva y estrecha relación entre una forma de emparentarse dos grupos humanos y el acceso o tenencia de la tierra como recepción de sus frutos. Hablamos de la acción de emparentarse y no estrictamente de matrimonio porque la unión entre familias y demás parientes es la que trae más consecuencias para los vínculos ser humano-tierra-ser humano. Cuando una trobriandesa se emparenta, lo hace con exogamia de linaje y de población. Va a vivir a otro lugar, pero al mismo tiempo crea el derecho (con la institución del *urigubu*) de percibir los frutos de la tierra de sus antepasadas. Al mismo tiempo, ella y sus hijos obtienen el derecho a trabajar en las labores colectivas de la agricultura de la tierra de su marido y padre, respectivamente (y reciben también productos de esa labor). Esencial-

812 Ibid., p. 350.

813 Ibid., p. 348.

814 Cf. id.

mente, la mujer da su trabajo al lugar afín y recibe frutos de los trabajos de sus consanguíneos. El trabajo de la mujer consiste fundamentalmente en desherbar (el hombre tala) y, junto con el hombre, plantar y cosechar.⁸¹⁵

Malinowski distingue por lo menos siete tipos de *urigubu* que difieren entre sí respecto al paradigma genuino, el de origen matrilineal.⁸¹⁶ Antes conviene precisar en qué consiste la matrilinealidad trobriandesa. En términos jurídicos y éticos, jurales (derechos, responsabilidades, obligaciones, deberes morales) si se quiere, los hombres suceden y heredan primero de sus hermanos mayores y luego de sus avúnculos o hermanos de madre. Hay, pues, una prelación de primogenitura. Por eso los hombres jóvenes no disponen en principio de posesiones hereditarias ni de funciones sucesorias. Las mujeres reciben de sus hermanos una porción (*urigubu*) de los frutos de la tierra que ellos trabajan. La matrilinealidad estricta (*un hijo pertenece a la substancia corporal de su madre y de ella hereda sus características sociales y derechos*)⁸¹⁷ es un hecho sucesorio parcial. En realidad, el régimen matrilineal es una sucesión y herencia adélfica y avuncular. Una sucesión primordial entre hombres a través de su común filiación matrilineal, bien sea como hermanos, hijos de una misma madre, bien sea como hijos de la hermana de un hombre. La mujer, como madre y como hermana, orienta el fundamento de la filiación.

Malinowski deja bien claro que hay una jerarquía que se establece mediante el principio de la primogenitura masculina, sin menoscabo de la filiación femenina matrilineal:⁸¹⁸ hermanos mayores, hijos de una misma madre, y hermanos mayores de esta madre: este es el principio adélfico y avuncular conectado matrilinealmente.⁸¹⁹

Desde la perspectiva del hombre la cuestión económica básica es: ¿cuánta cantidad de producto va a parar al propio hogar y cuánta al de la hermana y hermanas clasificatorias? Malinowski vio que no había un cál-

815 Ibid., pp. 354-355

816 Ibid., p. 392 y ss.

817 Ibid., p. 345.

818 Ibid., p. 346.

819 Ahora puede quedar más claro que, por ejemplo, cuando en una sociedad medieval nos encontramos con «principios matrilineales», se trata de otra cosa. No es un principio de ascendencia y descendencia para toda la sociedad (ni para todo un estamento o clase de la misma) sino una filiación eventualmente significativa por las condiciones de una alianza matrimonial concreta.

culo fijo, una proporción consuetudinaria, sino que se sometía a la moral de la reciprocidad con las contingencias de cada temporada y con los incentivos o expectativas para desarrollar una buena fama (competitividad de honor, si se quiere):

la cantidad de producto destinado al propio hogar viene limitado únicamente por el orgullo (matrilineal) y los sentimientos familiares del esposo, que le obligan a dedicar una porción substancial en dotación de su propia hermana, hermanas o hermanas clasificatorias.

Como aclara bien Malinowski, todo el énfasis en la legitimidad sucesoria matrilineal, con sus consecuencias posesorias, no puede existir socialmente sin la exogamia, sin la alianza externa. Así, toda la ideología de pertenencia al linaje y su lugar, que podría representarnos la cerrazón de un grupo, es en realidad una mitad que busca necesariamente a otra mitad. Porque existe un tabú rígido contra la obtención de lo más esencial para la vida humana dentro del linaje: el trabajo, su organización y la redistribución de sus frutos. Sin exogamia no hay posibilidad social de trabajar en sociedades como la trobriandesa. Esta es una característica peculiar de su cultura que obra en contra de la autarquía de la localidad y el linaje. Sin desmerecer la importancia de pertenecer a un linaje y a su lugar, para vivir, trabajar y recibir frutos del propio trabajo y del de los demás, se precisa de una unión exogámica, del establecimiento de un régimen de reciprocidades con otro linaje; y no solo con uno, sino con varios, una reciprocidad generalizada. Los linajes son tan importantes como insuficientes para generar la vida económica y social.

Un hombre y una mujer deben emparentar sus familias para obtener derechos de titularidad sobre los frutos de varios trabajos en, por lo menos, dos lugares distintos. Al emparentarse, el hombre se establece en la aldea de su avúnculo o hermano de madre⁸²⁰ y su esposa se traslada allí. Este hogar constituirá la nueva base para el trabajo cooperativo de los huertos. Malinowski observa atentamente como la mujer, primero como hija, trabaja en la tierra de su padre, la cual produce una parte para el consumo del hogar y el resto para otros destinatarios (hermanas del padre). Luego trabajará en la de su marido con iguales resultados; pero —y ello

820 Recordemos que en las sociedades clasificatorias, siempre que por razones demográficas no exista un pariente en el grado ideal previsto, se sustituye por otro más lejano que ocupe la misma posición clasificatoria, y aún pueden adoptarse como parientes los que en principio no lo eran.

se corresponde con que su trabajo sea también para otros destinatarios— tiene derecho a recibir los frutos de la tierra de su avúnculo, la tierra que luego heredará su hermano. El hermano de su madre le proporciona el *urigubu* que luego recibirá directamente de su hermano. Es como el pago continuo de una dote derivada de la continua y legítima posesión de las tierras del matrilineaje (¡de sus frutos!). La mujer, pues, trabaja primero en las tierras de su padre y luego en las de su marido, y contribuye así a que estos hombres vayan «dotando» a sus hermanas. Así, trabaja, en parte, para los hogares de sus tías paternas y para los de sus cuñadas. De manera recíproca, recibe en su hogar los frutos, primero del trabajo conjunto de su avúnculo y de su esposa, y luego de su hermano y cuñada. Por lo tanto, las mujeres son las que con su trabajo rodean, envuelven, marcan el perímetro de la reciprocidad, tanto por la afinidad (con el matrilineaje de su padre y el de su esposo) como por la consanguinidad (con su matrilineaje: como hijas de madre y como hermanas).

Malinowski destaca que, al morir una mujer, aparece claramente el nexo entre el *urigubu* y la familia legítima matrilineal: *Recordemos que el urigubu, aunque es ofrecido formalmente por el hermano de la esposa a su marido, es en realidad un don ad personam, siendo la persona la esposa del recipiente.*⁸²¹ Aquí se esconde una cuestión fundamental de género que nos remite a la primera formulación del significado radical de género para la Antropología social, que en su día efectuó Peter Rivière.⁸²² Se trata de una distinción de género que nos remite a una discriminación más radical y con más connotaciones que las que se centran en los roles de género en el matrimonio y la familia. En la instancia trobriandesa, se trata del reconocimiento de la preeminencia en poder y responsabilidad de los hombres, relegando siempre a las mujeres, lo cual se impone también en esta sociedad matrilineal. Malinowski ya resolvió jurídicamente —exponiendo de forma clara la doctrina trobriandesa de la legitimidad— lo que Weiner

821 Ibid., p. 353.

822 Peter Rivière «Marriage: A reassessment» en Rodney Needham (ed.) *Rethinking Kinship and Marriage*, Londres: Tavistock (1971 [1969]). Peter Rivière sostenía en 1969 que los roles de quienes contraen matrimonio como hombre y mujer vienen asignados por un orden básico de la sociedad: la clasificación de género. Este establecía una distinción imbuida de atributos morales, emocionales y actitudinales que generaban el sistema simbólico total que es la sociedad. Cf. Ignasi Terradas «Género y control social» en Norbert Bilbeny e Ignasi Terradas (eds.) *Ciudadanía bajo control*, op. cit.

y Strathern⁸²³ han intentado resolver entre lo simbólico y lo sociológico concediendo importancia al rol femenino para el valor o prestigio de los hombres y a su radio de acción socioeconómico cuando estos mueren. Sin embargo, la explicación de Malinowski ya trascendía jurídicamente el tema: los hombres pueden reconocerse protagonistas y apropiadores de los trabajos y derechos de las mujeres, pero cuando estos entran en el circuito de la legitimidad se convierten de hecho y derecho en matrilineales y matrilaterales, donde prima el derecho por vínculo de fraternidad/sororidad (*siblingship*) y avuncular, no por ser hombre o mujer exclusivamente. El derecho lo crea un vínculo, no un ser.

El *urigubu* trobriandés es un derecho personal, personalísimo, y como tal se extingue con la muerte de su titular. Al morir una madre, sus hijos pasan a la tutela (y a menudo a la misma casa) del hermano de esta madre. La familia matrilateral es la legítima poseedora de los bienes: *Una mujer y sus hijos son parte y parcela del grupo de parentesco de su hermano... Ella y sus hijos son los poseedores reales de la tierra en la que crece el urigubu.*⁸²⁴ Quizás podría traducirse mejor el matrilineaje y la matrilateralidad como un vínculo avuncular y fraterno.

Para Malinowski, la combinación de esta segunda doctrina matrilineal y matrilateral con la anterior (genética-genealógica) *proporciona la carta de ciudadanía y tenencia de la tierra para cada trobriandés.*⁸²⁵

3

La tercera doctrina es la del liderazgo religioso. Este gestiona los tiempos de las faenas de cultivo, distribución y redistribución, y consumo ceremonial. En las Trobriand, la iniciativa religiosa para la empresa agrícola no puede desvincularse de la doctrina y práctica gentilicia local. La relación entre mito y ritual es consistente en este aspecto: *La pareja ancestral, her-*

823 Annette B. Weiner, *The Trobrianders of Papua New Guinea*, Chicago: Holt, Rinehart and Winston (1988); *Women of Value, Men of Renown: New Perspectives in Trobriand Exchange*, Austin: University of Texas Press (1976); *Inalienable Possessions: The Paradox of Keeping-while-Giving* Berkeley: University of California Press (1992); Marilyn Strathern, *The Gender of the Gift. Problems with Women and Problems with Society in Melanesia*, Berkeley: University of California Press (1988).

824 Malinowski, *Coral gardens, op. cit.*, p. 353.

825 *Ibid.*, p. 341.

*mano y hermana, trajo las hierbas y otras substancias para las pociones mágicas, o al menos su receta; ellos trajeron las prescripciones para todo el ritual y procedimiento mágicos, para los tabúes que deben observarse; y, sobre todo, trajeron consigo las fórmulas completas de las oraciones mágicas. Esta magia se transmite normalmente por línea materna directa y según los mismos principios que gobiernan la transmisión de la propiedad, los privilegios y el estatus.*⁸²⁶ Asimismo, magia y titularidad sobre frutos de la tierra se heredan mediante el mismo sistema (*pokala*). El heredero aprende, recibe y debe ofrecer algunos frutos de su trabajo a cambio.

4

La cuarta doctrina es de carácter dogmático-político y se basa en las prerrogativas de los linajes más fuertes. Malinowski la resume diciendo:

Esta doctrina está expresada históricamente por el desplazamiento gradual de los sub-clanes de rango más alto, desde su territorio original hacia distritos más fértiles, y el Tabalu, el sub-clan más alto, vino a ocupar gradualmente todos los enclaves de agricultura, influencia política y explotación económica.⁸²⁷

En contra de una perspectiva funcionalista estricta, inasequible al conflicto y a la historia que cambia la sociedad, el mismo Malinowski nos dice que tanto la doctrina del rango político como las demás se entienden como resultados de procesos históricos. Como fórmula política, Malinowski nos deja bien claro que es el poder histórico de un rango el que crea el discurso mitológico de su arraigo eminente en un territorio.

Malinowski define la fuerza del rango como un principio muy activo para la ocupación territorial.⁸²⁸ Este es el principal conflicto político de los trobriandeses: la desigualdad entre linajes que provoca relaciones de patronazgo y dependencia, que a su vez implican proyecciones del conflicto en otros ámbitos. Uno de los lugares comunes de este conflicto —que ocupa buena parte de la obra de Malinowski sobre las Trobriand— es el de los hombres que quieren favorecer el linaje de sus hijos con respecto al de sus sobrinos (hijos de hermana) y el de quienes sienten más afinidad

826 Ibid., p. 349.

827 Ibid., p. 337.

828 Ibid., p. 358.

(para casarse) con alguien de su propio linaje o clan que con el que les toca según el principio exogámico. En ambos casos se presenta el problema de la desigualdad entre clanes o subclanes (linajes) mezclado con los afectos: favorecer al propio hijo, por presumir que tiene menos recursos en su linaje que el sobrino con el suyo; y sentir mayor afinidad —amor— con «uno o una de los suyos» frente a otros clanes con los que se tiene menos consideración o por los que se siente menos aprecio. Para Malinowski, esas conflictividades perjudican la convivencia y el bienestar social, no pueden interpretarse como tensiones que producen *un equilibrio estático sino un conflicto perpetuo*... Se trata de un régimen de conflictos que envuelve a parientes y patrocinados hasta involucrar la *constitución de la tribu en su conjunto*. Nada más lejos de una tesis estructural-funcionalista basada en la tensión que da equilibrio al sistema,⁸²⁹ porque es una tensión que causa homicidios, suicidios y una revolución social que se hubiera producido de otro modo si no hubiera aparecido la colonización, que la dirigió hacia sus intereses.

Si, por una parte, se puede querer favorecer al hijo y a su linaje —supongamos que por ser más vulnerable—, con la colonización se facilita la exageración de ese objetivo: se va en la dirección de sustituir completamente la matrilinealidad por la patrilinealidad. Se sucumbe a esta sustitución al ver las ventajas del patriarcalismo colonial (una mayor individualización masculina del poder y de la acumulación de riqueza) impulsado por misioneros y gobernantes. Así, se corrompe el sistema matrilineal al favorecer a los hijos en detrimento de los sobrinos matrilaterales. Malinowski señala claramente la influencia colonial para esta sustitución del orden de Parentesco: encumbrar a los hijos y hacerlos herederos de lo que debe pertenecer a los hijos de hermana. Con ello, se va hacia la destrucción del Parentesco como dominio «público» (con la responsabilidad para cada persona para más de un linaje y en régimen de reciprocidad) y su reducción en familia privada, que subsistirá con su propiedad privada, sin las obligaciones y derechos de la reciprocidad redistributiva. Así se perderá el *ethos* de los recursos necesariamente compartidos entre más de un linaje, con base en el principio de la reciprocidad y la redistribución.

Malinowski destaca cómo el dominio colonial fue favoreciendo la destrucción de la sociedad trobriandesa como tal, transformando los

829 Ibid., p. 360.

tradicionales poderes políticos de los linajes en nuevos poderes faccionales.⁸³⁰ Describe el fenómeno como la *decadencia del derecho antiguo*. Él mismo lo atestigua durante su estancia, con su trabajo de campo. La filiación patrilineal mínima (la familia nuclear de carácter patriarcal) empieza a sustituir a la matrilineal máxima (entre subclanes, en términos de Malinowski) y la desplaza en el acceso a la tierra y a sus frutos. El *modus operandi* es a la vez tradicional en lo matrilineal e innovador en lo patrilineal, y cuenta con la aprobación colonial. Quien procede de un rango alto se asienta donde quiere con sus hijos, normalmente mediante una estrategia matrimonial hipógama.⁸³¹ Así se hace propietario de las tierras de un lugar que en principio no le pertenece e integra a los lugareños en su facción de patronazgo. El poder del rango se apropia de las tierras como si fueran del matrilineaje, pero con una nueva expresión social: los hijos de las personas de alto rango se quedan allí y las trabajan como suyas. Es así como un linaje poderoso acaba por arraigar donde quiere. Los linajes sometidos —los autóctonos— oscilan entre el servilismo con el patronazgo de los «nobles» y el resentimiento contra la nueva subordinación.⁸³²

Todo el subclan de la mujer casada con un hombre de alto rango trabajará para él, no lo harán solamente sus hermanos clasificatorios. Malinowski estima que en estas circunstancias se quintuplica el *urigubu* y se convierte en una especie de tributo. Si a ello añadimos el privilegio poligínico de los jefes (Malinowski contó entre una docena y dos docenas de mujeres) se producen unos *urigubus* extremadamente desiguales. Malinowski calculaba que, con una docena de mujeres, la cantidad de frutos que recibía el jefe era sesenta veces la recibida por un comunero ordinario.⁸³³ En los tiempos en los que un jerarca supremo tenía unas sesenta

830 Ibid., p. 361.

831 La masculina consiste en un hombre rico que contrae varios matrimonios hipógamos (poliginia con mujeres de familias más pobres) con lo que obliga a sus hermanos a tributarle el *urigubu*. En la femenina es la mujer que se casa con alguien de menor rango, con lo cual su hermano deviene patrón del linaje de su marido. Si se combinan ambas se acrecienta la riqueza: un hombre rico obtiene a través de la poliginia varios *urigubus* y a través de sus hermanas deviene patrón de las familias a las que favorece con sus ricos *urigubus*; pero ambas acumulaciones dependen de la obligación de una constante y periódica redistribución. La cuestión es obtener más *urigubus* con la poliginia y ejercer el patronazgo con la hipogamia, que hace que toda la comunidad de la mujer trabaje para el marido.

832 Ibid., p. 363.

833 Ibid., p. 191.

mujeres o más, recibía un *urigubu* unas cien veces superior al de los comunes. También se esperaba de los hermanos de las esposas de uno de estos jefes una dedicación mayor a su poderoso cuñado. Malinowski concluye al respecto: *Así, el urigubu del jefe se convertía en un tributo recaudado en varios pueblos, pero siempre establecido en virtud de su posición como el cuñado glorificado de todo el pueblo.*⁸³⁴

Los nuevos «nobles» siguen con la obligación matrilateral: trabajar esas tierras para sus hermanas y recibir los *urigubus* de sus cuñados. El rango depende, entonces, en gran medida de la poliginia y de la hipogamia: cuantas más esposas tienen, más hórreos de ñames consiguen de su dote matrilateral, lo que les da el prestigio de cumplir con la tradición. De este modo, al ser ellos los que pueden manejar el nuevo orden patrilineal-patriarcal junto con sus tradicionales obligaciones matrilaterales, se presentarán en el lugar colonizado como sus legítimos poseedores, ya que atienden a lo tradicional: al servicio matrilateral. Así adquirirán la doctrina tradicional del arraigo al lugar que han colonizado, sin turbarse por una apropiación que ha adulterado sus orígenes, mientras que los pierden los autóctonos.⁸³⁵

Malinowski describe con maestría la gradualidad de este proceso.⁸³⁶ En principio, hay varias estrategias, unas efímeras y otras más duraderas, dependiendo de las intenciones de los agentes. Todas parten de un tipo de emparentamiento. Pueden ser la «adopción» de un hijo de un subclan inferior por parte de un hombre de rango superior (y su posterior favorecimiento), lo cual solo puede influir en una generación; o bien el asentamiento de gente de alto rango en pueblos de bajo a través de estrategias matrimoniales. Estas pueden alterar drásticamente la soberanía local. Ya hemos visto que el matrimonio de un jefe puede suponer la subordinación de todo un subclan a su patronazgo.

834 *Ibid.*, p. 192.

835 Este mecanismo de colonización es bastante universal por analogía: basta pensar en cómo unos colonizadores designan tierras de nadie, conquistadas o usucapidas y luego se atribuyen una legitimación autóctona o tradicional de la propiedad. Unos versos de Frost resumen bien ese atropello colonizador ... *esta tierra era nuestra antes de que nosotros fuéramos de ella*. O bien solo los colonizadores saben trabajarlas bien y ello justifica el desalajo de los indígenas: Henry David Thoreau, *Walking*, Carlisle: Applewood Books (1992 [1862]).

836 *Coral Gardens*, *op. cit.*, p. 363 y ss. La transformación de los dones de reciprocidad en precios de mercado y en remuneraciones de trabajo aparece con más claridad posteriormente: Cf. Annette B. Weiner, *The Trobrianders of Papua New Guinea*, *op. cit.*

27.4. Entre la división y la disolución del trabajo social y la propiedad

Las prácticas de la reciprocidad y redistribución en sociedades como la trobriandesa hacen «milagros» frente al discurso anclado tercamente en el dualismo *trabajo y propiedad*. Ni un concepto ni otro resultan incólumes. Quedan más bien disueltos por unos vínculos sociales con unos tiempos de dedicación que borran la exclusividad semántica del trabajo y hacen muy borrosa la propiedad. Ambos conceptos no resultan apropiados para entender la vida de los trobriandeses con sus huertos.

Si cambiamos la perspectiva de la propiedad y su relación con el trabajo por la de posesiones de frutos en redistribución social, nos movemos hacia otras representaciones que, a falta de mejores conceptos, las podemos comprender provisionalmente con los de *reciprocidad y redistribución*, con la idea de que suponen otra forma de relacionar la posesión con el poder. Ello supone también, por lo menos, una disolución de la idea económica del trabajo,⁸³⁷ sin abandonarlo del todo, para identificarlo según la división durkheiminiana y así poderlo obtener como dato etnográfico comparativo; lo mismo con la idea de propiedad cuando ya obtiene el sentido catastral. De otro modo, a falta de mejores conceptos, no sabríamos de qué estamos hablando.

Si nos fijamos en lo que la tradición clásica distinguía como *circulación*, vemos que en sociedades como la trobriandesa tiene tantos y más efectos que la producción, en cuanto a la identificación de receptores y a la vez dadores de frutos. Insisto en que, entonces, conviene sustituir inmediatamente la idea de *circulación* (en un esquema productivo) por las de *reciprocidad y redistribución*. Estos procesos tienen diferentes momentos y no pueden valorarse según los extremos de producción y consumo. Así, Annette Weiner⁸³⁸ dio mayor importancia a los momentos o instancias de obtención y retención de riqueza por parte de las mujeres, en el circuito de reciprocidad, especialmente en la muerte de los hombres. Aunque no logró demostrar que esto las parangonara como patronas de redistribución y las convirtiera directamente en jefes o personas de rango superior.

837 Cf. el estudio genealógico de la Economía política clásica de Keith Tribe, *Land, Labour and Economic discourse*, Londres: Routledge & Kegan Paul (1978).

838 Annette B. Weiner, *The Trobrianders of Papua New Guinea*, op. cit.; *Women of Value...*, op. cit.; *Inalienable Possessions...*, op. cit.

Malinowski tradujo toda la participación social según la redistribución de los frutos de la tierra en términos jurídicos y aclaró: *jurídicas*⁸³⁹ *son también las palabras o frases que se refieren a obligaciones contractuales, deberes y privilegios.*⁸⁴⁰ Dejemos ahora el exceso en la traducción de Malinowski, que incluso atenta contra su teoría antropológica: porque, propiamente, un régimen contractual no es lo mismo que un vínculo de reciprocidad. Lo importante es destacar esa naturaleza jurídica que observa Malinowski: existen unos principios normativos y unas autoridades que velan por su realización social, toda vez que se consideran justos y propios del orden establecido en la sociedad.

Respecto a la idea de *propiedad o posesión* en abstracto, Malinowski dice que no hay palabra trobriandesa que pueda significarla. Cada contexto significa una relación o vínculo de posesión específico. Y si buscamos una semántica común, hallamos la noción de *proximidad, intimidad o lejanía* de lo poseído en relación con la persona física: recordemos la corporeidad y encarnación de la posesión en la Tercera Partida de Alfonso X, lo cual contrasta con la teoría de la propiedad, en la que lo poseído lo es en virtud de un título independiente de la cercanía o lejanía personal con el bien en cuestión.

Malinowski distingue cuatro tipos de propinquidad personal para apreciar una posesión. El primero, el más íntimo, se aplica a las partes del propio cuerpo, a las cualidades de la personalidad y a los parientes. Otro, algo más distante, se aplica a las prendas y adornos de vestir (con la excepción de lo que cubre los genitales), a los alimentos que uno posee para distribuir (no para consumir directamente) y a los estados mentales. Un tercero, ya más lejano, se aplica a la comida destinada al propio consumo, venga de donde venga. Es decir, que la comida redistribuida es más propia de uno, tiene que ver más con lo que es una persona, que la comida que su persona física va a consumir: se posee antes lo que se va a redistribuir que lo que se va a consumir. La responsabilidad por la redistribución antecede a la necesidad del consumo.⁸⁴¹ Este procede del anterior: una iniciativa de

839 Dice *legales* en inglés: recordemos que, en este contexto, *legal* no significa *derivado de una legislación*, sino de *naturaleza jurídica en general*.

840 Coral Gardens, *op. cit.*, vol. 2, p. 182.

841 Esto concuerda con lo narrado por Firth y Spillius ante los desastres naturales en una comunidad polinésica; ante la máxima escasez se da lo poco que se tiene para recibir lo que otros todavía pueden dar: James Spillius «Natural Disaster and Political Crisis in a Polynes-

redistribución social antecede al acto del consumo individual. Primero se posee lo que se va a dar, luego lo que se va a quedar para ser consumido. El cuarto se aplica a lo que podemos llamar las posesiones económicas reales de cosas muebles e inmuebles: tierras, casas, bienes muebles y las instalaciones hechas para exhibir y conservar las cosechas.

Fijémonos en la jerarquía afectiva y de vinculación personal de lo poseído, que dado este contexto deberíamos más bien traducir por *lo propio para vincularse con los demás*.⁸⁴² La tierra aparece en términos de posesión objetiva lejana y solo cobra proximidad a través de parientes o del ejercicio del trabajo. Esto coincide con la socialización de la tierra y sus frutos: los derechos prioritarios sobre la tierra y sus frutos no proceden de la posesión de la tierra en sí, sino del ejercicio del trabajo colectivo e individual, combinados, con el vínculo de reciprocidad entre parientes y el ofrecimiento de determinados servicios (rituales).

Las propiedades de la vinculación trobriandesa con las personas y sus cosas (en vez de la propiedad sin otros vínculos que los otorgados por su título) dan lugar a otros significantes: maestro espiritual, organizador o líder del trabajo en equipo o de las ceremonias religiosas; diestro en una labor, buen hortelano; eje o pivote de una tarea...⁸⁴³

Al mismo tiempo, los trobriandeses también «arrendaban» tierras. Malinowski da cumplida cuenta de ello, aunque no encuentra el modo de incorporar la doctrina del arriendo trobriandés al cuerpo doctrinal que nos presenta como más importante y generalizado. No queda claro si fue porque Malinowski, a pesar de no escamotear el hecho, lo vio contradictorio o simplemente marginal. Nos inclinamos por esta segunda interpretación —marginal y a la vez incluido en el régimen de reciprocidad— y ponemos en ella el peso de la diferencia con otras sociedades. Veamos: el arriendo trobriandés⁸⁴⁴ parte de un hecho *sine qua non*: la distancia lejana entre el lote de tierra asignado a uno y su residencia habitual. Se trata, pues, de la necesidad de sustituir el trabajo propio debido a la dis-

sian Society», I y II, en *Human Relations* (1957); Raymond Firth, *Social Change in Tikopia*, *op. cit.*; *Primitive Polynesian Economy*, *op. cit.*; *Rank and Religion in Tikopia*, *op. cit.*

842 Algo que evoca la relación que Adam Smith vislumbraba en su *Teoría de los sentimientos morales* entre la *simpatía* —entendida como capacidad y cultivo de la sociabilidad— y el trabajo, y no como hizo después entre el trabajo y el valor de cambio como objetivo social.

843 Cf. Malinowski *op. cit.* II, p. 184.

844 *Op. cit.* II, p. 185; I, p. 372.

tancia. Así es como aparece este «poseedor absentista»: situación propia de residentes de origen forastero, adolescentes y jóvenes de los subclanes que desean cultivar más tierras de las que les tocan localmente. En otras palabras, el arrendamiento trobriandés comienza con una situación en la que todo arrendador es también arrendatario, con lo cual no se desarrollan dos clases diferenciadas de arrendadores y arrendatarios. A partir de esta constatación, los tratos entre ambos no son propios de la generación de una renta, sino de un régimen de reciprocidad. Y, evidentemente, el trabajo de los más jóvenes y de algún forastero acabado de llegar tiene un carácter precario o transitorio.

El arrendamiento trobriandés cae de lleno en los tratos de la reciprocidad directa y generalizada. Quien cede la parcela para cultivo, después de un acuerdo privado, ratificado por el concejo de la huerta o *kayaku*, no puede considerarse un arrendador; ni el producto obtenido, una renta. Malinowski lo deja bien claro: los dos o tres cestos que el trabajador de la tierra entrega a su titular son

un don llamado *kaykeda*, el cual representa aproximadamente una veinteaava parte del producto total. Este don no puede considerarse propiamente una renta económica, ni por su substancia, la cual es cuantitativamente demasiado pequeña, ni en lo que concierne a la psicología de los nativos. Es más bien una prenda de apreciación, y pertenece al tipo de don que hallamos concomitante a toda transacción jurídica. De hecho, el don o cuota *kaykeda* es reciprocado, muy a menudo (*very often*) por el poseedor de la parcela, con un don llamado *takola* o *takwalela*, términos genéricos para indicar la reciprocación de comida con un objeto de valor (*vaygu'a*) o de uso (*gugu'a*), tales como una lanza o escudo, una pequeña cacerola, o una cuchilla de piedra. Este *takola*, que como regla debe exceder el valor del primer don, será a su vez reciprocado con más productos del huerto. Y esta segunda reciprocación obtiene el nombre de *karibudaboda* o *vewoulo*: varía en cantidad, y debe corresponder al valor convencional del *takola*, sin excederlo.

Hasta aquí el arriendo interpretado económicamente, como haría en principio Firth: consiste en el pago de una renta del cinco por ciento, o la mitad de un diezmo, en producto del huerto, y en la compraventa obligada de más producto del huerto por un objeto con valor para otro circuito de reciprocidad (*vaygu'a*) o de uso personal.

Malinowski observa variaciones locales en estos tratos (en el norte el *kaykeda* es algo mayor que en el sur, y más escrupulosamente reciprocado; en Vakuta, el *kaykeda* se omite y solo se realiza la segunda reciproca-

ción...) que pueden explicarse por datos de economía política local que él mismo ofrece. Lo que ahora nos interesa es la conclusión de Malinowski sobre este procedimiento: *En líneas generales, el poseedor no es recompensado substancialmente por el permiso para cultivar su parcela.*⁸⁴⁵ Malinowski observa este contraste con el capitalismo contemporáneo; pero, para la época moderna hallaría intereses aún menores, considerados como renta, en el préstamo de capitales. Por otra parte, Malinowski añade que la economía colonial ha trastocado la valoración de estos intercambios.

Estas apreciaciones de Malinowski son muy relevantes para la teoría del diezmo. Históricamente, el diezmo ha sido valorado como menos que una renta y como más. Menos cuando se resiste a perder la legitimidad del don u ofrenda a un dominio eminente ante la realidad o virtualidad de su contradon mayor (protección real, comunicación divina, salvación del alma). Sin embargo, esta misma cantidad es también una renta excesiva — una usura— para el interés de un capital establecido para cobrar un censo o pensión en la época moderna. Entonces, el tres o el cinco por ciento, a lo sumo (el veinteavo), se considera el valor máximo de una renta no usuraria. Las representaciones de la renta y de su contradon son muy importantes en las sociedades occidentales, pero son distintas de la trobriandesa en la sustancia y la espiritualidad del contradon (el ritual del crecimiento vegetal, cuyos titulares también están inscritos en los demás circuitos de reciprocidad). La renta trobriandesa se halla inscrita en un régimen de reciprocidades que invalidan material y simbólicamente la renta sobre la producción y la productividad en un régimen de propiedad y capital. De modo que lo que hace que en la historia trobriandesa no haya arrendamiento y renta, propiamente hablando, no es una cuestión de cuantía, sino de representación y vinculación a un circuito de reciprocidad.

Ello aparece todavía más claro cuando, en vez de una parcela, es todo un campo perteneciente a una comunidad el que se cede a otra para su cultivo. Entonces, la transacción viene formalizada por los dos jefes de las aldeas con el consentimiento de todos sus miembros. En este caso, el valor de los frutos entregados excede el veinteavo (aunque Malinowski no aclara hasta cuánto) y debe ser reciprocado con un *vayguà*. Malinowski concluye:

845 Seguimos en la referencia de la última nota.

Aquí también la transacción posee más bien el carácter de un intercambio de dones que de una renta económica.⁸⁴⁶

Por otra parte, nunca hay que olvidar que el régimen de reciprocidad, combinado con la jerarquización de los linajes, es fuente de desigualdad. Malinowski investigó poco esta realidad. Su etnografía de la sociedad trobriandesa revela la mayor tensión y conflictividad en la competitividad entre riquezas más que en la pobreza frente a la riqueza. Incluso aparece una institución típica de esta competitividad —el *Buritila'ulo*—⁸⁴⁷ que, a partir de *la malicia, la suspicacia y la envidia que acompañan a la exhibición de riqueza alimentaria*, puede desencadenar una lucha a muerte. Eso sí, no es por la codicia posesiva individual, sino por la vanidad en patrocinar una redistribución con gran ostentación de riqueza.

Malinowski nos revela cómo un trobriandés valora el huerto que cultiva.⁸⁴⁸ Halla varios motivos. Porque le procura el sustento y también las semillas y plantíos para poder renovarlo año tras año. Porque, junto con los huertos de los demás, contribuye a la prosperidad (*malia*) de todo el pueblo ahuyentando el hambre (*molu*). Porque proporciona la porción de frutos que constituyen el *urigibu* (recordemos: lo que cada trobriandés debe dar al hogar de su hermana o al de otro pariente matrilineal). Porque con otra porción puede tributar a su jefe o cabeza de clan y territorio. Porque también le da lo suficiente para poder hacer algunos trueques y contribuir a las fiestas ceremoniales de su tribu. Porque, si muestra buen hacer en su huerto, se gana una fama merecida que le estimula para el trabajo y para hacerse acreedor los frutos del trabajo de los demás.

Malinowski no encontró ninguna dificultad en que los trobriandeses admitieran dichos motivos con explicitud. Esto hizo que pudiera tratar esta información de modo empírico, aunque parte de ella residiera en percepciones y valoraciones subjetivas de la agricultura. Históricamente, los trobriandeses manifestaban explícitamente toda una cultura del agro. Admitían la parte de esfuerzo útil que nosotros distinguimos como *trabajo*, así como los poderes invisibles que hacen fructificar la tierra, y cómo de todo ello dependía el sustento humano, así como la reproducción estacional y anual de los frutos. Establecían un *continuum* entre estos hechos y

846 *Op. cit.*, p. 373.

847 *Ibid.*, pp. 181, 187.

848 *Ibid.*, p. 331.

la prosperidad de todo el pueblo, pero no se celebraba el éxito de la producción en el consumo, sino en sus itinerarios distributivos. En cuanto al trabajo, tampoco hay que olvidar que en una sociedad tradicional como la trobriandesa, todos, también los jefes, trabajan en huertos y experimentan de igual modo las contingencias entre el clima, la tierra, el esfuerzo humano, sus frutos y sus redistribuciones sociales.

Lo que Malinowski halló conectado con naturalidad en las Trobriand es la necesidad humana universal de un esfuerzo (nosotros la entendemos generalmente como *trabajo*)⁸⁴⁹ que integra el sustento humano, la previsión y provisión de la continuidad de dicho sustento, la conciencia de estar afrontando siempre el riesgo del hambre y la conciencia de un resultado de bienestar o de prosperidad para todo un pueblo. Un esfuerzo directamente vinculado al cumplimiento de obligaciones hacia los parientes; al sustento de actividades políticas y religiosas (que no implican una división absoluta del trabajo); a la capacidad para adquirir otros bienes por intercambio; al poder para desarrollar la sociabilidad y gastar en las celebraciones colectivas; a la adquisición de una fama, un renombre, y también a la creación de un paisaje humano, que lleva al reconocimiento de la forma de vida de una sociedad, con arreglo a la estacionalidad.⁸⁵⁰

Respecto al trabajo específico, al esfuerzo conectado con unidades de bienes producidos, Malinowski encuentra una experiencia similar a la expuesta por Chayanov⁸⁵¹ para el campesinado tradicional: poder trabajar en tanta tierra como puedan trabajar todos los miembros de una familia,

849 Con la idea de trabajo chocamos con algo similar a lo ya manifestado al comienzo de este libro con la idea de derecho: propiamente no existe la segregación o discriminación de una actividad entendida como trabajo. Viene siempre fusionada con otras actitudes y actividades que la disuelven, pero para mostrar que en esta fusión también existe una parte de esfuerzo para acompañar o transformar la naturaleza, no tenemos por ahora otro término que el de trabajo. Si lo negamos absolutamente como dato nos quedaríamos con afirmaciones solo inteligibles en el contexto de una Antropología surrealista, que puede tener su gracia: en las civilizaciones primitivas lo más productivo deriva del ocio (porque es dónde se producen las obligaciones sociales).

850 Sobre la relación entre trabajo, vida social y arraigo estacional en sociedades europeas agropecuarias tradicionales: Miriam Torrens, *Pagesos del Post-socialisme...*, op. cit.; Thomas K. Schippers, *Temps vécus, temps perçus. Au fil des saisons en Provence intérieure*, Paris: CNRS (1986).

851 Alexander Chayanov (Introd. Teodor Shanin), *The Theory of Peasant Economy*, Wisconsin University Press (1986)

ni más ni menos,⁸⁵² y satisfacer esta demanda sin contradecir la necesidad y el derecho de trabajar, además, en equipo. La alternancia de trabajos individuales, en familia y en equipo (que integran a todo un vecindario, un pueblo o más de uno) es una necesidad ineludible de la mayoría de los regímenes agrarios, silvícolas y pecuarios. Sin embargo, esta complementariedad ineludible ha suscitado no pocos conflictos y se ha visto adulterada con abusos y ficciones de hecho y derecho.

Malinowski atribuye tanta importancia al trabajo colectivo como al de cada familia. El trabajo colectivo o en equipo *no es otra cosa que la comunidad de gente del pueblo reorganizada para el trabajo de la huerta.*⁸⁵³ Esta reorganización quiere decir varias cosas: la aglutinación de todos los recursos humanos de cada hogar, el liderazgo religioso del cabeza o representante del linaje más influyente, la posible cooperación entre varios pueblos vecinos o la constitución de más de un equipo de trabajo para un mismo núcleo de población. Lo importante es que en todos los casos hay un líder religioso y otro «administrativo»; y estas funciones pueden coincidir en la misma persona. Malinowski resalta el frecuente *liderazgo económico* del ministro religioso. Hay varias tareas que debe ejecutarlas un buen número de trabajadores y la gestión del líder religioso es de suma importancia para armonizar esfuerzos y tiempos, separar y juntar a determinadas personas, y así sacar provecho del trabajo, también para un control efectivo de las malas hierbas y las plagas. El administrador del ritual ejecuta también tareas de organización del trabajo, según el conocimiento de las personas y según los conocimientos empíricos de las tareas.

Malinowski vio en la práctica de la distribución de lotes de tierra un primer esfuerzo de la imaginación para solucionar posibles conflictos. La forma como se confiere una identidad y se clasifica la tierra es fundamental para complementar los derechos individuales, familiares, de parentesco y vecindario, además de los colectivos o comunales. No se trata de una mera identificación y clasificación para repartir o sortear. Es algo mucho más elaborado (por eso pasa por rituales que concluyen en tabuaciones, discriminaciones temporales y sociales, especializaciones, rotaciones ineludibles...) y requiere una especie de fe social. Por este motivo, la cuestión de complementar los esfuerzos individuales y colectivos, con el mínimo de

852 Malinowski, *Coral Gardens*, *op. cit.*, p. 331.

853 *Ibid.*, p. 355.

fricciones y conflictos, ha precisado de mucha confianza y sabiduría social. Sabemos que las doctrinas más razonadas para armonizar los trabajos o esfuerzos y sus resultados, individuales y colectivos, no han conseguido el respeto de la mayoría de los humanos. Por ello, no nos ha de extrañar que se haya decidido cumplir con esta finalidad mediante principios religiosos o poderosos rituales. En las civilizaciones primitivas, siempre las primeras en atender la naturaleza humana, aparece el dogma como una respuesta a esta naturaleza. El dogma es un trato con la tierra inspirado por temas míticos sencillos y primordiales. Suelen predominar —como en las Trobriand— las proyecciones de género femenino y masculino: apreciar la tierra; amarla y consentirla como a una madre, hermana o esposa; acatarla, respetarla y tolerarla como a un padre, marido u hombre mayor; temerla como a un ofendido; comprenderla en sus arrebatos como a una joven o un joven; escucharla, anticiparla, acompañarla y despedirla en sus conocidas, pero siempre sorprendentes, idas y venidas, las estaciones y las temporadas. Para cumplir con este dogma, se construyen rituales elaborados y repletos de actividad lógica y mágica, es decir, en este contexto, humanamente convincentes.⁸⁵⁴ El resultado de estos dogmas y rituales converge con las responsabilidades demandadas por las ciencias naturales de sociedades como la nuestra: equilibrio ecológico, limitación de intervenciones con efectos desconocidos, tabuación de perjuicios irreversibles.

Así, la identidad con que se respeta la tierra es un condicionante efectivo para muchas sociedades humanas. No basta con una clasificación, se necesita fe en lo clasificado. Nuestra sociedad es un ejemplo constante de como, entre otras consecuencias, sin esta fe se puede alterar constantemente la clasificación de la tierra. Y el dogma científico puede ser menos poderoso que el religioso ante cualquier dosis de codicia.

La identidad conferida a la tierra no puede ser otra cosa que un vínculo humano.⁸⁵⁵ Porque solo humanamente la tierra puede verse con iden-

854 Aquí entra la teoría de la magia de Malinowski: basada en la observada en los huertos trobriandeses: fórmulas con un coeficiente de inteligibilidad: una parte esotérica, misteriosa, para obedecer al dogma y una parte inteligible para acordarlo con la razón y experiencia humanas. Todo ello transmitido por el carisma de expresividad corporal del ministro del ritual.

855 Soslayamos toda la discusión del *perspectivismo* o *giro ontológico*. Baste aquí sostener que como ya destacó Lévi-Strauss en sus *Mitológicas*, uno de los grandes problemas que se advierte en la mitología universal es precisamente el de la incomunicación entre seres humanos y animales (además de otros elementos del cosmos). Pero todo el conocimiento de los atributos o cualidades de todos los seres o elementos no humanos procede de la

tividad. No es cierto —y las etnografías lo atestiguan, a pesar de la lectura etnocéntrica que hizo Mauss del *hau*— que las cosas como la tierra posean por sí mismas una vida espiritual o humana. Lo que nos dicen las etnografías atentas a esta cuestión, como la de Malinowski, es que se trata siempre de un vínculo humano el que genera esta impresión. La clave está en el modo de vinculación, en cómo se obtiene y se transmite. Y precisamente esto último lo explicó magníficamente Marcel Mauss en plena contradicción con su teoría del espíritu de la cosa en sí.⁸⁵⁶

Un grupo de trabajadores en acción comunal no tiene por qué coincidir con la acción y el derecho comunal de todo un pueblo o enclave administrativo de población. Malinowski lo advierte en las Trobriand.⁸⁵⁷ Además, nos muestra cómo la compenetración entre trabajos individuales y colectivos depende casi siempre de una agenda iniciada y pautada por una autoridad ritual. Su iniciativa organiza primero el tiempo social de los trabajos y luego somete el espacio asignado, ya con su tiempo, al carácter de las relaciones entre las personas, a sus deberes y estatus recíprocos. Así consigue una combinación entre las empresas colectivas y las individuales, siguiendo siempre las pautas de su autoridad. Dicho de otro modo: se procede como en una obra de teatro, atenta a cada escena y a sus actores, no a un trabajo que hay que realizar con mínimos costes y máxima productividad. Aquí manda cada escenario de la interacción social, hay que respetar sus tiempos y formas de moverse por el espacio: manda el respeto a las

imaginación de lo humano, modificada por los atributos o propiedades empíricas, humanamente conocidas, de estos seres o elementos. De aquí que la empatía o la resituación en ellos («su» perspectiva) proceda de la extensión del humanismo (situarnos en ellos pero sin poder abandonar impresiones humanas) no de su negación o pretendida superación: quedan por descubrir sensibilidades o sensores con sus propias cualidades que serían distintas de las que los humanos ya poseen y entienden mínimamente. Para una evaluación etnográfica de esta cuestión (especialmente en el capítulo «La Montaña mágica: dos puntos de vista») junto con varias cuestiones dialécticas de la subjetividad-objetividad o doble subjetividad en relación también con lo justo y la justicia: Pedro Pitarch, *La cara oculta del pliegue. Antropología Indígena*, México: Artes de México, CONACULTA (2013). Para una crítica general del supuesto giro ontológico, aunque bastante externa al paradigma en sí: Carlos Reynoso, *Crítica de la Antropología perspectivista*, Argentina: SB Editorial (2015).

856 Precisamente al considerar el trabajo etnográfico y hermenéutico de Malinowski: Marcel Mauss, *Essai sur le Don*, en *Sociologie et Anthropologie*, París: PUF. (1950); y en «Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne, celle de «moi» en *Sociologie et Anthropologie*, op. cit.

857 *Coral Gardens*, op. cit., p. 332.

vinculaciones y estatus sociales, aunque sea en el contexto del laboreo. Se trata de algo cercano a cuando, en régimen de hospitalidad, se invita a trabajar a los huéspedes en una tarea común: prima el bienestar de lo que se entiende por hospitalidad, no se va para explotarlos con el máximo rendimiento en tiempo mínimo.

Ese procedimiento resulta irracional para el régimen capitalista: no hay cálculo del rendimiento del trabajo (para en función de ello descartar la ventaja social de según qué trabajos colectivos o individuales),⁸⁵⁸ no se tiene idea de la productividad ni, por supuesto, de un valor que se pueda representar como precio.

Asimismo, en las economías de tiempo y vínculo social, no hay que olvidarlo, la línea de los abusos está siempre presente: parientes aprovechados, huéspedes entrometidos, patronos déspotas, autoridades codiciosas y, ya más claramente, hurtos y deberes omitidos. La colonización triunfa, en parte, por el hartazgo con determinadas servidumbres tradicionales, pero pronto se revela con otras iguales o peores. La condición social es muy humana; demasiado humana, que diría Nietzsche.

27.5 Pul Eliya: la adjudicación judicial de la posesión

Como colofón al recorrido de Malinowski, Edmund Leach⁸⁵⁹ nos proporciona otro aspecto de tenencia de la tierra vinculado a una cultura jurídica. Antes, hay que advertir que en el contexto del Parentesco en Pul Eliya se debe distinguir entre el Parentesco socio-político, que se tiene como una alianza entre dos grupos de parientes mediante un matrimonio, y el matrimonio visto como una relación sexual y de procreación. Leach sostiene el concepto de *afinidad* (teorizado desde Morgan) para la primera idea de matrimonio y el de *filiación* de los hijos para la segunda. Luego, en el caso de Pul Eliya no puede hablarse de descendencia propiamente, porque no hay linajes unilineales en los que el individuo adquiere su pertenencia solo en virtud de su nacimiento.

858 Así, por ejemplo, en un régimen de redistribución como el trobriandés no tiene sentido no respetar la «ociosidad» de alguien con quien se trabaja, que es hermano de la propia esposa y al que se considera un generoso donador.

859 *Pul Eliya. A village in Ceylon*, Cambridge: Cambridge UP (1971).

En esta monografía subtitulada «Un estudio de tenencia de la tierra y de parentesco», Leach destaca el arbitrio judicial para decidir pertenencias de Parentesco. La normativa no viene dada por un estatus adscrito, sino por una conflictividad resuelta en los concejos de cada subclan. Una jurisprudencia va decidiendo los criterios de pertenencia y de sucesión a los títulos de tenencia de la tierra. De tal modo que, como explica Leach, es una decisión de carácter judicial la que adjudica la pertenencia. Los vínculos de Parentesco y su concomitante derecho a poseer la tierra proceden de la normativa creada por una política judicial. Son los conflictos los que crean los derechos, no son los derechos los que resuelven los conflictos. Una vez más, se trata de un ordenamiento en el que el proceso crea la normativa.

Leach sigue la hermenéutica jurisprudencial, desarrollada por Gluckman, y la encuentra idónea para explicar las atribuciones de pertenencia y posesión en Pul Eliya. Entra en los detalles de esa creación normativa que se da en el proceso y no en la aplicación de una norma (ley) para cualificar y resolver. Nos acerca a la hipótesis de que, históricamente, los derechos tienen su origen en los conflictos y que son las resoluciones de estos conflictos las que dan lugar a derechos que luego pueden interpretarse más desgajados (leyes) o menos (jurisprudencia) de los procesos. Los códigos más antiguos revelan su naturaleza jurisprudencial, una casuística de casos juzgados. Las primeras normativas son más bien de carácter religioso (los diez mandamientos de la Biblia hebrea), mientras que las de carácter más específico, para hacer frente a conflictos mediante procesos, proceden de estos mismos (Código de Hammurabi y análogos).⁸⁶⁰

Leach establece el Parentesco como función jurídica de la posesión y de la propiedad. Nos dice que, fundamentalmente, el Parentesco establece relaciones de posesión (derechos a percibir frutos) y de propiedad de la tierra (derecho a delimitar un territorio). Pul Eliya invierte hasta cierto punto la relación causal que establecen los códigos civiles: no va desde titulares de bienes y derechos a las acciones que se pueden dar en función de dichas titularidades (deudores, acreedores, vendedores, compradores, herederos, legitimarios...; y acciones de legitimación, de nulidad de contrato, de resarcimiento de daños...), sino de conflictos entre partes (promovidos, eso sí, por la acción o querrela de una de ellas) que

860 Cf. Ignasi Terradas, *Justicia Vindicatoria*, op. cit; *La justicia más antigua*, op. cit.

no pueden partir de *presunciones legales*, sino de una adjudicación plenamente determinada por la acción del mismo tribunal. El Parentesco se manifiesta como consecuencia de esas decisiones judiciales y, se pretende, alcanzándolas.

De hecho, como ocurre con el sistema vindicatorio, no es que otras civilizaciones tengan normativas y procesos opuestos, absolutamente diferentes, a los nuestros, sino que su proporción social es mayor o menor a la nuestra e implican un ordenamiento distinto. En este caso, nosotros partimos de la publicidad de la ley para asegurar nuestras posesiones y propiedades, mientras que otras civilizaciones parten de la publicidad de los conflictos y de sus resoluciones judiciales. Nosotros también, pero en menor medida. Se está más pendiente de cumplir con una normativa positiva que de controlar las motivaciones que dan lugar a los conflictos, al menos no como tarea principal de las relaciones cotidianas de posesión y propiedad. Se acude más a la ley para orientarse y adquirir seguridad jurídica en posesiones y propiedades que al conocimiento de los conflictos y de su itinerario procesal.

El *Pul Eliya* de Leach presenta el Parentesco como resultado del ordenamiento judicial de la posesión y de la propiedad, no al revés. No es que a partir del Parentesco se ordene la posesión y la propiedad. Ello nos brinda una idea muy útil para la historia de la propiedad en nuestra civilización: el Parentesco genealógico y de afinidad es mayor objeto de conocimiento y traducción jurídica por parte de las personas que tienen importantes relaciones de propiedad. Son estas relaciones las que buscan, discriminan y hacen parientes. La monografía de Leach alcanza cierto determinismo de la posesión y la propiedad sobre el Parentesco: la ley no es igual para todos, el tribunal puede otorgar el derecho de pertenencia al subclan a un individuo —como si tuviera antepasados en el lugar— por su riqueza o su buena fama social. El mecanismo se acerca una vez más a la atribución política de la nacionalidad: por la riqueza aportada a la nación, como equivalente a un derecho de nacionalidad por consanguinidad o por nacimiento en el lugar. Este criterio que nosotros tenemos vigente para atribuir nacionalidades por parte de los Estados, en otros lugares, se tiene para atribuir la pertenencia a un linaje. Leach establece la ley del pueblo: la pertenencia al subclan endógamo depende de un caso paradigmático: el de quién —para el tribunal— resulta aceptable como un propietario entre los demás propietarios de un linaje; y aceptable también como cuñado de cualquiera de ellos. De este modo se convierte en alguien del propio *variga* (linaje o

subclan). El Parentesco de consanguinidad reconocido como referencia consuetudinaria no interviene en esa atribución de pertenencia.

Por lo demás, Leach destaca como los imponderables ecológicos y las prioridades económicas sostenidas en el tiempo deciden los emparentamientos, mucho más que la moral construida en torno a la pertenencia según una consanguinidad convencional. Por este motivo, considera oportuno suplir una *estructura de parentesco* por una *estructura de la localidad*.⁸⁶¹ En esta estructura cobra fuerza su argumento: *quiero insistir en que los sistemas de Parentesco no tienen otra «realidad» que la que obtienen en relación con la tierra y la propiedad. Lo que los antropólogos sociales llaman estructura de Parentesco es solo un modo de hablar de relaciones de propiedad que también pueden expresarse de otra manera.*⁸⁶² De este modo, Leach subvierte los excesos concedidos al campo del Parentesco como una totalidad dogmática (con axiomas morales) y lo encauza hacia una Antropología que se reúne con la de Malinowski al estrechar las relaciones entre las posesiones (y propiedades) y sus conflictos, campo predilecto para la Antropología jurídica.

Leach parece anticipar un *Law & Economics* para la Antropología, en la que unos poderes e intereses económicos marcan las acciones legales y su jurisprudencia. Si asociamos la investigación de Leach a la de Malinowski y las situamos en diversas colonizaciones históricas, nos encontramos frente a periodos complejos con diversas intersecciones. Sin embargo, todavía no manda la orientación *Law & Economics*. Así, con Malinowski se nos presentan varias titularidades y doctrinas de posesión que tienen que ver con desigualdades de la propia sociedad, o debidas a otras colonizaciones anteriores a la occidental (que afectan a todo el archipiélago Massim, por lo menos) y las que van a encajar mejor con la sociedad de mercado y su capitalismo. Algunas instituciones —como las del derecho al *urigubu*— presentan procesos de desigualdad más compatibles con el régimen matrilateral y otras —como la titularidad y doctrina de la autoctonía— se transforman al servicio de la nueva colonización. Precisamente, esta última institución es la que nos presenta Leach de modo destacado. Todo hace pensar en que el modelo de Malinowski —más complejo— corresponde a unos momentos históricos en los que todavía existe

861 Leach, *Pul Eliya...*, *op. cit.*, p. 301.

862 *Ibid.*, *op. cit.*, p. 305.

cierta igualdad entre la institución ritual, la del *urigubu* y otras prestaciones, la de las autoridades locales y supralocales, y la de los comuneros y trabajadores del reparto comunal de las tierras. Mientras que el paradigma de Leach corresponde a un desequilibrio en el que la riqueza puramente material (el capital económico en el sentido de Bourdieu) ha invadido el criterio jurídico y ha desplazado la concurrencia en valor de los otros capitales (social, simbólico-ritual, político).

El caso paradigmático que nos ofrece Leach⁸⁶³ nos aclara el funcionamiento de esta construcción judicial del Parentesco o de la atribución de pertenencia a un grupo de consanguinidad ideal, clan o subclan. Leach interpreta el proceso judicial como una representación teleológica enfocada a la admisión de un nuevo miembro del subclan. Un foráneo convive con una mujer del subclan, con quien pretende casarse formalmente. Es demandado por un opositor a su pretensión. Se celebra un juicio con un tribunal y con una audiencia que representa ampliamente el clan. En el proceso, se presentan testigos de la buena fama y fortuna de su familia de procedencia: no importa que los testimonios sean falsos, lo importante es que sean miembros significados en el clan y que lo avalen socialmente.⁸⁶⁴ El tribunal resuelve admitirlo después de haber pagado una multa que reconoce su «impertinencia». El demandado paga la multa, paga las «dietas» de los jueces y ofrece una fiesta a toda la colectividad local. De este modo, por sanción judicial, acaba formando parte del clan y ya puede celebrar su boda con toda formalidad.

Leach destaca que el proceso se desarrolla como si fuera para sustanciar una acusación probada de falsa pertenencia que acaba en condena (una multa), pero que en realidad significa el trámite para la admisión de un foráneo en el clan (concretamente, en un subclan). Se trata, pues, de una ficción jurídica en la que la demanda sirve para crear un derecho de pertenencia.⁸⁶⁵ La defensa del demandado toma la forma de una súplica

863 Ibid., p. 307 y ss.

864 Se trata del mismo criterio para los cojuradores en un sistema vindicatorio: importa la cantidad y calidad de la solidaridad social manifestada, no tanto (o nada) la verdad de lo declarado.

865 Nosotros tenemos, análogamente, la demanda judicial para suscitar un proceso de incapacitación con el fin de conseguir una mayor protección jurídica para el demandado. Podemos entender pues que una ficción sirva para desarrollar una relación contraria a la presumida por los términos formales del proceso.

acompañada de una tasa registral y del pago de costas procesales (además del ofrecimiento de una fiesta que en nuestra cultura jurídica podría interpretarse como un acto de congraciamiento con la población local o de soborno).

Poseer es tener poder para regir el propio cuerpo, satisfacer sus necesidades, procurar su bienestar, cuidar la vida que lo sostiene y ampara, pero no solo eso. Se trata, al mismo tiempo, de poseer la voluntad y las capacidades de otros cuerpos, su existencia. También de desposeer y apropiarse de los recursos y capacidades vitales de otros. De un interminable posesionarse y disputarse la posesión.

Fundamentalmente, hay tres culturas de la posesión, que históricamente se mezclarán, pero una de ellas prevalecerá casi siempre sobre las demás. La que se ha idealizado con un colectivismo o comunismo vagos, que en realidad corresponden a una reciprocidad combinada con redistribuciones. Es la propia de las civilizaciones primitivas y no está exenta de desigualdad.⁸⁶⁶ Luego está la típicamente capitalista, consistente en aprovechar la explotación de desposeídos (por deudas, abusos de poder e invasiones; o por imponderables de la vida) y acumular riqueza bajo una dictadura de mercado. Hay una tercera que ha afectado históricamente a muchas sociedades rurales y que se ha caracterizado por una precaria autosuficiencia, una articulación con bienes y trabajos comunales, una participación mínima en el mercado y una tributación intimidadora. Este último cuadro ha correspondido también a amplios segmentos de sociedades urbanas y a sectores dispersos del ámbito económico de las artesanías y, en expresión de Ramón Valdés,⁸⁶⁷ de las artes de subsistencia (cazadores y recolectores, pastores y agricultores en márgenes coloniales, arrieros y mercaderes, pescadores, silvicultores, apicultores, carboneros, etc.).⁸⁶⁸

La figuración de una posesión firme y tranquila que puede enfrentarse a conflictos posteriores debe confrontarse con los datos etnográficos e históricos de los conflictos que condicionan desde el comienzo a toda

866 Para un planteamiento básico de la cuestión de la desigualdad en la historia de las civilizaciones primitivas: Alain Testart, *Les chasseurs-cueilleurs ou l'origine des inégalités*, París: Société d'ethnographie (1982).

867 Ramón Valdés, *Las artes de subsistencia*, La Coruña: Adara (1977).

868 Un paradigma etnográfico al respecto: José Luis González Arpide, *Los tabarquinos*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid (1980).

posesión y a toda propiedad. La colonización no es un fenómeno histórico excepcional, es constante: en la larga duración histórica, la propiedad vinculada a un grupo genealógico es más bien un fenómeno elitista y tampoco es eterno. La cultura moral de los vaivenes de la fortuna encaja más con el conjunto de la realidad, tanto si seguimos la historia de los clanes, como la de los grandes caseríos o de las familias nobles. Segregadas por sus individuos, aún se aprecian mayores desigualdades, grandes sacrificios de unos por otros.

En cuanto a la posesión de los cuerpos, el conflicto está en la misma génesis de la idea. Es difícil hablar de posesión sin que interfiera alguna sospecha de violencia. La posesión, sin llegar a la cosificación extrema y a la explotación exterminadora, ya somete, disciplina y transforma la vitalidad del cuerpo. El concepto de Foucault de la *disciplina*⁸⁶⁹ del cuerpo y las políticas sobre la vida ejercidas por quienes ostentan poderes para desarrollar esas políticas, micro- y macrosocialmente, establece los condicionantes de la posesión para toda una civilización. El sujeto posesorio parece empeñado en la ilusión de la libertad, seguridad y propiedad, si bien su misma acción posesoria está condicionada, cuando no determinada, y constantemente resignificada en varios niveles, por poderes que escapan a su control y aun a su conciencia. Frente a esta experiencia, cada vez más acentuada en nuestra sociedad, existen otras sociedades que nos enseñan la inutilidad de pretender fijar individualmente posesiones —y propiedades— fuera de lo más sólido que puede darse entre seres humanos, el vínculo social.⁸⁷⁰

869 Disciplina como control directo o indirecto sobre la vida del cuerpo. Tema que aparece en varios volúmenes de la ingente obra de Michel Foucault y en Gilles Deleuze. Para un resumen: Norbert Bilbeny e Ignasi Terradas (eds.), *Ciudadanía bajo control*, op. cit.; También Edward P. Thompson, «Time, Work discipline and Industrial Capitalism», *Past and Present*, (38) (1967).

870 Con el permanente desafío epistemológico que João de Pina-Cabral expone sin ambages: *As phenomenology has taught us, human experience is social before it is rational. The world is one because, in personhood, alterity is anterior. In all of its plurality, the world cannot escape from history, that is, all those untold determinations that accumulate in each single act of any singular person* (World. An Anthropological examination, Chicago: Hau Books, 2017).

28. ORIENTACIONES FINALES

No podemos hablar propiamente de conclusiones porque ya adelanté que todo el propósito del libro es abordar la Antropología jurídica en su curso, en su devenir. En este podemos constatar varias cuestiones que justifican la continuidad de la tradición disciplinaria y que nos pueden ayudar a orientar una parte de su futuro:

1

Puede seguir planteándose, como se hizo desde su inicio, una vocación universal para comparar sistemas y culturas jurídicas, así como, más etnográficamente, casos y contextos de responsabilidad, deber, obligación, derechos y juicios. El caso conflictivo, bien contextualizado, seguirá siendo el enfoque más seguro para que el aporte antropológico obtenga mayor sentido. La cuestión no estriba en hallar similitudes formales con la normatividad y los procedimientos de nuestros ordenamientos jurídicos, sino más bien en los resultados coincidentes o muy próximos a los de la justicia y resolución de conflictos, aunque se obtengan con medios dispares a los nuestros que incluso pueden causar reprobación o estupor. Conviene hacer una autocrítica sosegada y profunda de los etnocentrismos que impiden reconocer la presencia de ofensas y de justicia en otras culturas, y también en la nuestra, fuera de las reconocidas formalmente. En este sentido, para establecer estudios bien fundamentados, se hace necesaria una continua revisión de las percepciones y representaciones del daño, la ofensa, la venganza, la reconciliación, el perdón y el castigo.

2

Podemos seguir cualificando y discutiendo la constatación de dos grandes tendencias para ordenar normativamente cualquier sociedad humana y

establecer procesos de resolución de conflictos. En la historia de las ciencias sociales se han enfatizado según varios aspectos: *estatus y contrato, individualización y socialización, don y compraventa, solidaridad orgánica y mecánica, comunidad y sociedad, matriarcal y patriarcal, con y sin Estado...* Con estos dualismos disponemos de una guía inicial, imperfecta, por supuesto, pero que ayuda mucho a plantear toda teoría que quiera abarcar el campo de unas relaciones humanas que reconocemos cuando se invocan o establecen responsabilidades, derechos, obligaciones y juicios. A estas particiones duales, ya tradicionales de las ciencias humanas, hemos añadido la de los ordenamientos vindicatorios y civiles/penales. Poseen características comunes, pero lo que más los distingue es la jerarquía y la proporción de estas. En el sistema penal, la precedencia de la pena sobre la responsabilidad civil para reparar o indemnizar; en cambio, la precedencia de la composición y reparación en el sistema vindicatorio, junto con la mayor relevancia de la reconciliación. Asimismo, se da una iniciativa legítima de la autotutela vindicatoria frente a la tutela de la autoridad judicial en el sistema penal. Históricamente, las bases de ambos sistemas se requieren mutuamente: la igualdad normativa (legislación general) va con la discreción y equidad judicial, la autotutela vindicatoria va con la provocación suficiente y la legítima defensa, el combate justo va con la igualdad de armas en los mismos litigios civiles; y aún hay más rasgos o características de cada sistema que parecen apelarse mutuamente, porque cada sistema es imperfecto y en su recorrido recuerda y hasta requiere al que ha abandonado por sus vicios. Así es como aparece la justicia restaurativa o reparadora para hacer frente a algunos límites del Derecho penal. Con todo, el sustrato vindicatorio tiene siempre en común con el Derecho civil/penal la presencia de una autoridad judicial: tutela indispensable en todo proceso para el que el conflicto significa alguna desigualdad de fuerzas («armas») para solventarlo con una idea de justicia.

3

La utilidad del concepto del derecho vivido. No como costumbre frente al Derecho o independiente de él, ni como Derecho vigente, sino como repercusión del Derecho y de todo poder normativo sobre la vida de las personas, que incide en sus identidades e interacciones sociales. Tiene dos orientaciones fundamentales: una que debemos a Joaquín Costa y otra a Paul Vinogradoff. Ambas se juntan y producen una de las características

más notables de la Antropología jurídica frente al Derecho, se invierte la doctrina positivista. Dicho en sus términos sería que la costumbre es la forma más avanzada del Derecho. Incluso la ley puede verse a veces como una simplificación, una reducción forzada o incluso una degeneración de lo que tendría que ser costumbre. La ley es más imperfecta que la costumbre cuando esta expresa y comunica mejor la inteligibilidad casuística, el contexto moral, la capacidad de tolerancia, el sentido de la realidad, la oportunidad equitativa y el discernimiento de la conciencia.

La costumbre da fe de la normativa de un modo más adecuado para la complejidad de la vida humana. El realismo de la costumbre frente al convencionalismo de la ley: Costa lo sostenía cuando hacía hincapié en que la mayor legitimación de la ley se obtiene cuando se asume y practica como costumbre. Idea que Vinogradoff complementaba con la asunción del Derecho por el *sentido común*. Ambas teorías sostienen que solo cuando la ley se asume como una buena costumbre, como algo acorde con el sentido común, obtiene validez y legitimidad pragmáticas, no como una norma que está por encima de la costumbre y que habla un lenguaje sintáctico y ético extraño a aquella. La verdadera legitimación del Derecho no depende del momento de su aprobación en régimen parlamentario, sino de su asunción sensible e inteligible en la práctica del bienestar cotidiano. Así es cómo el derecho vivido reinterpreta la incidencia que tiene en la vida un negocio jurídico o una sentencia judicial.

4

Ver el derecho natural y luego los derechos humanos como derechos concretos: a partir de la exégesis de Benjamin de la obra de Bachofen. Los casos y ejemplos, la jurisprudencia y las historias jurídicas contextualizadas en sus hechos, constituyen el aporte de la Antropología jurídica. Esto es, la etnografía que expone la situación de un derecho fundamental ayuda a reconocerlo con mayor realismo y completitud. Así se constituye en auxiliar indispensable para la postulación de este derecho en su modo más abstracto, en su nivel dogmático y de doctrina consecuente. La investigación etnográfica, cada caso, cada situación ejemplar o casuísticamente significativa resultan muy elocuentes para establecer y defender derechos humanos. Así, pueden complementarse sus enunciados filosóficos más abstractos y dotarlos de mayor realismo y comprensión para la vida de las personas.

Persiste la relevancia de los valores éticos y jurídicos asociados a la primigenia oposición entre tendencias *matriarcales* y *patriarcales*. Sigue vigente la capacidad explicativa de la conflictividad social asociada a esta oposición. Hay que modificar las connotaciones de estos términos, quizás llegar a sustituirlos por otros más apropiados, pero hay que continuar con la semántica social que creó su oposición. Su significado antropológico es de *hecho social total* (incrustación de lo económico, político, estético, religioso, jurídico, micro- y macrosocial) y, a la vez, de *condicionamiento etnográfico*: partir o no partir de lo que la acción persistente de un poder (concreto y abstracto, específicamente personal y social) normaliza o deja como costumbre, a pesar de toda la violencia (implícita o simbólica) que implica su vigencia. La etnografía ha mostrado —desde Malinowski— que ni la matrilinealidad ni la matrilateralidad aseguran una predisposición para una mayor igualdad social, en general, en términos de sexo y género. Tanto pueden dominar los hombres siendo hermanos y avúnculos como siendo padres y maridos. Puede darse una inculcación de valores y pasiones patriarcales por ambientes dominados por mujeres y puede que haya una tendencia hacia la igualdad, equidad o justicia compasiva a instancia de partes masculinas o con indiferencia de sexo y género. Sería mejor encontrar unos conceptos más unívocos para aclarar cada situación de poder, pero por ahora no tenemos otro remedio que seguir utilizando términos equívocos y paradójicos; hay que tratar, eso sí, de desarrollar su significado más concreto y preciso para cada contexto o situación social. La clave es no perder de vista la dinámica real de las relaciones de poder.

La posesión como manifestación de la fenomenología del poder, que conecta los ámbitos subjetivos y objetivos del Derecho. Comenzando con la posesión de los cuerpos: su disputa ideológica, religiosa, de interés material o utilitarista, y su defensa individualizada y en colectividad frente a los poderes de gobierno corporal. Tomar conciencia de que cualquier conciencia y decisión sobre una posesión (comenzando con la del propio cuerpo y el de los demás) está condicionado por los poderes que se disputan dicha posesión; que disputan el control de los cuerpos y de lo que estos

poseen o pueden poseer. Nos encontramos con varios poderes que condicionan la conciencia y la libertad para poseer. Hay que comenzar con el conocimiento de la libertad que uno dispone realmente para poseer. Hay que conocer cómo los poderes políticos, religiosos, económicos, jurídicos y estéticos condicionan y mandan sobre el conocimiento y las decisiones posesorias (sobre cuerpos y bienes).

7

Destaco la importancia del tiempo corporal, de la duración de la persona física y de los imponderables de la existencia humana frente al Derecho: la vida frente a las ficciones trascendentes de las instituciones jurídicas. Cómo los debates sobre posesión y propiedad revelan la realidad de la vulnerabilidad y finitud de la vida, y relativizan la historia realista de los valores patrimoniales. El Derecho persigue una institucionalización de la vida para la cual esta suele resultar demasiado corta. La lógica del desarrollo de un patrimonio privado implica a varias generaciones, pero está sometida a los avatares de cortísima duración, incluso para la vida de una persona. Por ese motivo, el desarrollo patrimonial cede a la riqueza personal (o a su empobrecimiento): es difícil, aun para la mentalidad conservadora, seguir con realismo y fidelidad una idea de patrimonio intergeneracional. Asimismo, hemos visto de qué modo patrimonios públicos, valiosos y costosos se convierten en monopolios privados sujetos a erráticas especulaciones que —paradójicamente— los deterioran y encarecen, con lo que se destruye el sentido del tiempo y el trabajo que los ha construido. Mientras, los derechos sobre las cosas carecen de sentido para las personas sometidas a la precariedad y pobreza materiales, y consecuentemente también jurídicas. En otro extremo de la cultura jurídica, haría falta el tiempo de más de una vida humana para que la teleología penal diera sus frutos: para que los estigmas de la pena aflictiva y de la estancia penitenciaria quedaran totalmente borrados por una reeducación y reinserción exitosas. Simplemente, la extinción de la pena es algo que para muchos casos, y en términos realistas, precisa de más de una generación.

En general, las identidades forjadas en la existencia real de los seres humanos chocan con las identificaciones jurídico-políticas tanto en lo individual como en lo nacional e internacional. Las identidades subjetivas —y las otorgadas por los poderes de la objetividad jurídica— sirven

contrastes que, como tales, resultan imperfectos. De ahí que se busquen resoluciones de repliegue y cerrazón en lo inmanente, o bien de constante apertura exterior (*exotización* de la identidad) por la insatisfacción con lo forzado y reduccionista que tiene cualquier identificación de connotaciones jurídico-políticas.

8

La fuerza relativa de lo simbólico, siempre entre dos extremos: significados intensos y capacidades de movilización social en uno, y evanescencia semántica y debilidad para movilizar voluntades en otro. Tenemos un sentido de lo simbólico cuando es referido como *puramente simbólico*, como sinónimo de fuerza escasa; y otro cuando es referido como poderoso símbolo sagrado o de valores que pueden sacrificar la vida. El poder tras la máscara simbólica explica mejor una u otra tendencia. La evolución del poder —de sus intereses y formas sociales— explica la fuerza o debilidad del motivo simbólico. No es una cuestión semiológica, sino de sociología política. Asimismo, las persistencias simbólicas facilitan la comprensión de las continuidades entre órdenes sociales o políticos aparentemente incompatibles; a la vez, las evanescencias simbólicas ayudan a saber dónde se encuentra realmente el Poder, ese que permea cualquier situación y relación; y el símbolo puede ser un falso lugar de poder.

9

La realidad del pluralismo ético, político y jurídico debe enfrentarse con lo que tradicionalmente prevén las teorías del pluralismo jurídico. Por un lado, la soberanía nacional de los Estados se va revelando incompatible —dados los intereses «nacionales» o «multinacionales»— con el respeto a los derechos consuetudinarios locales (indígenas). Hay que resolver esa contradicción con provisiones constitucionales efectivas. Al mismo tiempo, se dan diferentes posicionamientos ante conflictos que no pueden solventarse con el dictado preferente de una o dos opciones ético-jurídicas. La subordinación o exclusión sociopolítica debe superarse con una mayor aceptación de razones y motivaciones contrarias —con el solo límite de su manifestación violenta, de su criminalidad— si se quiere mantener una sociedad con interacciones realmente democráticas. Hay que dar la pala-

bra para que ceda la irritación del silenciamiento. Hay que admitir razones y motivos justificados junto con otros que pueden criticarse por sus falacias e imposturas. Hay que superar los maniqueísmos de los faccionalismos para comprender y exponer con propiedad lo que en cada facción hay de justo, ingenuo o razonable, y así disolver la cerrazón faccionalista y promover la comprensión entre facciones. No obstante, una cosa es saber escuchar el coro de la tragedia cuando explica y da razón del drama de cada personaje, de su parte en la verdad de la tragedia, y otra es que, a la vez, haya que escuchar muy bien el coro cuando denuncia la *hybris*, los abusos o desmesuras de la injusticia, y defienda y tome un partido decidido cuando ve que esa va a prevalecer.

10

La colonización de la conciencia no es solo un hecho de la colonización histórica. Es una constante de los poderes hegemónicos que actúan a modo de colonización. Un modo que se parece más a una domesticación (la vida antes de la colonización era más «salvaje») que a una simple opresión o explotación. Porque se establece una dominación desde un principio de superioridad generalizada. Es lo que se entendía por *civilizar*: conformar un régimen de servidumbre, presumiendo que de este modo las personas se integraban a una civilización superior en todo: en la economía, en la religión, en la tecnología, en el derecho, en el arte, en la ética y estética en general. El espíritu colonizador establece su irreversibilidad e irrevocabilidad: no hay marcha atrás en su progreso ni puede contradecirse lo superior para todos los aspectos de la vida. El espíritu colonizador puede erguirse también contra una colonización previa: someter a una nueva servidumbre con el pretexto de superar a otra.

El espíritu colonial arrolla con una intransigencia característica: su verdad viene de fuera del grupo que coloniza, no atiende a ninguna verdad que haya surgido entre los que coloniza. De aquí la vigencia del término, por la procedencia o construcción externa de la verdad «superior» que se arroga la misión de colonizar. Esta externalidad sistemática es la que genera una constante alienación con el país o grupo que se quiere colonizar. Ello puede aplicarse a cualquier operación de estilo similar, sea de unos países sobre otros o de cualquier grupo social que pretende colonizar a otro con este *ethos* de superioridad unilateral.

Una opción de la colonización histórica ha sido la *indirect rule*: la cual ha tratado —por lo menos en la representación— de tolerar una parte de orden social y de cultura simbólica indígena o del grupo colonizado, aunque en una relación de tributación o sometimiento a la soberanía y jurisdicción suprema colonizadora. Este proceder ha servido para establecer y desarrollar una política y cultura de gueto, lo cual ha dado lugar más bien a un colaboracionismo colonial, en el que la estructuración política del gueto obtiene seguridad jurídica del Estado y al mismo tiempo participa del orden superior de ese mismo Estado.

11

Destacar la falacia de ciertas pruebas judiciales cuando solo pueden defenderse con arreglo a su vigencia o tolerancia político-legal: así con la tortura y los chantajes de las autoridades judiciales. Luego, en general, las falacias asociadas al criterio restrictivo de la prueba judicial que dan lugar a equiparar la inocencia con la ineficacia probatoria y la culpabilidad con la prueba como trampa. La corrupción y la *aemulatio* o *lawfare* siguen explicándose por estos dos vicios. El de la parte que, aun reconociendo cierta impropiedad, mala práctica o falta de ética en su proceder, se defiende con falta de pruebas para su delito; y la que construye pruebas contra otra, que es el anverso de saber eludir la efectividad probatoria del propio delito. Hacer las dos cosas al mismo tiempo es la especie de alevosía del *lawfare* o utilización del Derecho para hacer daño y perjudicar con cuidado de no ser dañado ni perjudicado por el Derecho ni por la parte acusada o chantajeada. Así surge el Derecho contra los derechos: la peor corrupción para el Derecho y la justicia que destacaba Montesquieu, pensando en los casos comunes del Antiguo Régimen. Luego, ninguna revolución o reforma jurídicas han sido capaces de extirparlos. Así se comprende el aborrecimiento del Derecho cuando se contempla su fácil manipulación por parte de un poder que lo supera y la carrera para convertir por lo menos una parte del Derecho en el privilegio de unas élites. Si no hay una mayor distribución del poder en relación con el Derecho, este, desde las civilizaciones primitivas, se va partiendo entre privilegio e indefensión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- TYAD, Muhammad B. (1998) *La actuación de los jueces en los procesos judiciales*. Madrid: CSIC [ed. Y trad. de Delfina Serrano].
- ABU-LUGHOD, Lila (1988) *Veiled Sentiments*. Berkeley: University of California Press.
- (1993) *Writing Women's Worlds*. Berkeley: University of California Press.
- (ED.) (2002) *Feminismo y modernidad en Oriente Próximo*. Madrid: Cátedra, Feminismos.
- ADORNO, Teodor W.; FRENKEL-BRUNSWIK, Else, y SANFORD, Nevitt (1950) *The Authoritarian Personality*. Nueva York: Harper and Brothers.
- AGULHON, Maurice (1970) *La vie sociale en Provence intérieure au lendemain de la Révolution*. París: Société des Études Robespierriest.
- ALBINATI, Edoardo (2018) *Cronistoria di un pensiero infame*. Milán: Baldini & Castoldi.
- (2020) *La scuola cattolica*. Milán: Rizzoli.
- (2021) *Velo piatoso*. Milán: Rizzoli.
- (2022) *La tua bocca è la mia religione*. Milán: Ugo Guanda.
- ALCARAZ, Enrique, y HUGHES, Brian (2002) *El español jurídico*, Barcelona: Ariel.
- ALCUBILLA, Marcelo M. (1875) *Manual de las atribuciones de los Jueces de Paz*. Madrid: El Consultor.
- ALFONSO X (2004) *Las Siete Partidas* [ed. de J. Sánchez-Arcilla Bernal]. Madrid: Editorial Reus.
- ALGA, Maria Livia (2018) *Etnografía «terrona» de sujetos excéntricos*. Barcelona: Bellaterra.
- ALGHERI, Dante (1985) *La divina comèdia* [edición de Josep Maria de Sagarra]. Barcelona: Edicions 62.
- (1921) *La divina comedia* [edición de Paolo Costa traducida por Aranda y Sanjuan]. Barcelona: Maucci.
- (2014) *Divina Commedia* [edición de Giovanni Fallani y Silvio Zennaro]. Roma: Newton.
- ALICE DE AGUIAR, Maria (1984) *O Elogio da Dominação*. Río de Janeiro: Achiamé.
- ALJOXAMI (Al-Jusani) (s. f.) *Historia de los jueces de Córdoba*. Granada: EAUSA.
- ALONSO CABRÉ, Marta (2015) *Responsabilidad compartida. El rol de la composición de la diya en la resolución jurídica de los accidentes de circulación en la Mauritania contemporánea*. Tesis doctoral. Universitat de Barçlona.
- ALZINA, Jordi (2016) «La clínica social d'Iràklion (Grècia): un exemple de resistència i solidaritat davant la indefensió neoliberal». *Pedagogia i Treball social*, 4(2).

- AMADES, Joan (1934) *Les esposalles. Costums i creences*. Barcelona: Biblioteca de Tradicions populars.
- AMODIO, Ennio, y CATALANO, Elena Maria (2022) *La sconfitta della ragione. Leonardo Sciascia e la giustizia penale*. Palermo: Sellerio.
- AMSON, Charles (2007) «Ravaillac, ou le procès du fanatisme». En Daniel AMSON, Jean-Gaston MOORE y Charles AMSTON, *Les grands procès*. Paris: PUF.
- ANOUILH, Jean (2008 [1946]) *Antigone*. Paris: La Table Ronde.
- ANTONAKAKIS, Nikolaos (2004) «The impact of fiscal austerity on suicide: on the empirics of a modern Greek tragedy». *Social Science & Medicine*, 112 (2004)
- APARICIO WILHELMI, Marco (2015) «Poniendo el Derecho a la protesta a régimen (Democrático). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 161/2015, de 17 de Marzo». *Jueces para la Democracia*, (83).
- ARISTÓTELES (2003) *Retórica* [edición bilingüe de Antonio Tovar]. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2014) *Ética a Nicómaco* [edición y traducción de María Araujo y Julián Marías]. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (1999) *Moral, a Nicómaco* (Traducción de Patricio de Azcárate) Madrid: Espasa-Calpe.
- ARNOLD, Thurman (1960 [1937]) *The Folklore of Capitalism*. New Haven: Yale University Press.
- ASSIER ANDRIEU, Louis (2011) *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*. Paris: Dalloz (2011).
- (1981) *Coutume et rapports sociaux*, Paris: CNRS.
- (1987) *Le peuple et la Loi*, Paris: LGDJ.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis (1996) *Le droit dans les sociétés humaines*. Paris: Nathan.
- (1997) Frédéric Le Play et la question forestière. *Les Études sociales*, (126).
- (2011) *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*. Paris: Dalloz.
- (2011) *Les avocats: identité, culture et devenir*. Paris: Gazette du Palais.
- (2020) *Chroniques du juste et du bon*. Paris: SciencesPo.
- (2001) «Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume». *L'Homme*, (160).
- ASTELL, Mary (2013) *Escritos feministas*. Madrid: Maia.
- AUDIENCIA NACIONAL, Sentencia 31/2014, de 24 de febrero.
- AULARD, A., y MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (1929) *Les Déclarations des Droits de l'Homme*. Paris: Payot.
- BACHOFEN, Johann Jakob (1996 [1861]) *Le Droit Maternel. Recherche sur la gynécocratie de l'Antiquité dans sa nature religieuse et juridique*. Lausanne: L'Age d'Homme.
- BAILLY, Anatole (2000) *Dictionnaire Grec-Français: Le grand Bailly*. Paris: Hachette.
- BALDWIN, John W. (1961) «The intellectual preparation for the Canon of 1215 against ordeals». *Speculum*, 36(4).

- BARROS, Carlos (1990) *Mentalidad justiciera de los irmandiños, siglo xv*. Madrid: Siglo XXI.
- BARTSCH, Karl, y DE BOOR, Helmut (1979) *Das Nibelungenlied*. Wiesbaden: Brockhaus.
- BASTARDAS, Joan (1984) *Usatges de Barcelona. Establiment del text llatí...* Barcelona: Fundació Noguera.
- BEALS, Ralph, y HOIJER, Harry (1968) *Introducción a la antropología*. Madrid: Aguilar.
- BEAUVOIR, Simone de (1976) *Le Deuxième sexe*. París: Gallimard.
- (1947) *Pour une morale de l'ambiguïté*. París: Gallimard.
- BECCARIA, Cesare (1994) *Dei delitti e delle pene commento di Voltaire*. Roma: Tascabili Economici Newton.
- BELTRÁN, Elena (2017) «Mi cuerpo ¿de quién es? Propiedad y derechos sobre el cuerpo humano». *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (35).
- BENITO, Pere (2020) «Les crisis econòmiques medievals: entre la teoria dels cicles i la praxis historiogràfica». En Neus PUIG y Montse VIADER (eds.), *Les crisis a l'Edat Mitjana*. Hostalric: Ajuntament d'Hostalric.
- BENJAMIN, Walter (1991 [1935]) *Écrits français*. París: Gallimard.
- BENSAÏD, Daniel (2007) *Les dépossédés. Karl Marx, les voleurs de bois et le droit des pauvres*. París: La fabrique.
- BERGER, Peter, y LUCKMANN, Thomas (1966) *The social Construction of Reality*, Nueva York: Doubleday.
- BERNANOS, Georges (2014 [1936-37]) *Les grands cimetières sous la lune*. París: Points.
- BERRAONDO, Mikel (coord.) (2007) *La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Punto y seguido*. Barcelona: alterNativa.
- BERTAGNA, Guido; CERETI, Adolfo, y MAZZUCATO, Claudia (2015) *Il Libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*. Milán: il Saffiatore.
- BESTARD, Joan (2004) *Tras la biología: la moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- BETTI, Ugo (1993 [1944]) *Corruzione al Palazzo di Giustizia*. Roma: Tascabili Economici Newton.
- BHATTACHARYYA, N. N. (1996) *Ancient Indian Rituals and their social Contents*. Nueva Delhi: Manohar.
- BILBENY, Norbert (2015) *Justicia Compasiva. La justicia como cuidado de la existencia*. Madrid: Tecnos.
- , y TERRADAS, Ignasi (eds.) (2021) *Ciudadanía bajo control*. Vilassar de Dalt: Icaria.
- BLACKSTONE, William (1979 [1765]) *Commentaries on the Laws of England*. Chicago: The University of Chicago Press.

- BOBBIO, Norberto (1997) *Letà dei diritti*, Turín: Einaud.
- (2011) *La consuetudine come fatto normativo*. Turín: Giappichelli.
- BOHANNAN, Paul (1957) *Justice and Judgment among the Tiv*. Londres: Oxford University Press.
- BOURDIEU, Pierre (1982) *La distinction. Critique sociale du jugement*. París: Minuit.
- (1993) *La misère du monde*. París: Seuil.
- (1998) *La domination masculine*. París: Seuil.
- BOYER, Régis (1996) *L'Edda poétique*. París: Fayard (1996).
- BRANCATI, Vitaliano (1974 [1952]) *Ritorno alla censura*, Milán: Bompiani.
- BURY, John (1920) *The idea of Progress*. Londres: Macmillan.
- CAI, Hua (1997) *Les Na de Chine. Une société sans père ni mari*. París: PUF.
- (2008) *L'homme pensé par l'homme*. París: PUF.
- CAMILLERI, Andrea (1999, 23 de noviembre) «Vecchie storie di mafia e Dc». *La Repubblica*
- CAMPANERA REIG, Mireia (2008) *Vida i política: afectes, malestars i treballs de les preses*, [trabajo de fin de máster]. Universitat de Barcelona.
- CAMPBELL, John F. (1964) *Honour, Family and Patronage*. Oxford: Clarendon.
- CAMUS, Albert (1942) *L'Étranger*. París: Éditions Gallimard.
- (1959) *Noces a Tipasa*. París: Gallimard.
- CANYELLES, Caterina (2010) *Subvertint l'ordre de gènere hegemònic* [trabajo de fin de máster]. Universitat de Barcelona.
- CARBONNIER, Jean (1979) *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*. París: LGDJ.
- CARNAP, Rudolf (1985) «Le dépassement de la métaphysique par l'analyse logique du langage; Hans Hahn "Entités superflues"». En Antonia SOULEZ, *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*. París: PUF.
- CARRER, Philippe (1986) *Oedipe en Bretagne. Essai d'éthnopsychiatrie*. Toulouse: Privat.
- CARVALHO PAIVA, Rosana (2021) *Na cercania da morte: Situação de ameaça e terror de estado em conflitos territoriais no Amazonas*. Manaus: Fundação Universidade do Amazonas.
- CASANOVAS, Pompeu (1998) *Las formas sociales del Derecho contemporáneo: el nuevo Ius commune*. Barcelona: UAB/ICPS.
- (2017) *Sub lege pugnamus. De la Gran Guerra a les grans dades*. Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona.
- (2022) *Law as Knowledge: Anthropological Bases for the Regulation of the Web of Data* [tesis doctoral]. Universidad de Barcelona.
- CASSIRER, Ernst (1968) *Antropología filosófica*. México: FCE.
- (1972) *La philosophie des formes symboliques* [3 vols.]. París: Minuit.
- CÉLINE, Louis-Ferdinand (1972 [1952]) *Voyage au bout de la nuit*. París: Gallimard.

- CESANO, José Daniel (2006) *Sistema penal y diversidad cultural*. Córdoba (Argentina): MEL Editor.
- CHAMOUX, Marie-Noëlle, y CONTRERAS, Jesús (eds.) (1996) *La gestión comunal de recursos*, Barcelona: Icaria.
- CIESLAR, Anna; NAYER, André, y SMEESTERS, Bernadette (2007) *Le droit à l'épanouissement de l'être humaine u travail: métamorphoses du droit social*. Bruselas: Bruylant.
- CLASTRES, Pierre (1974) *La Société contre l'État*. París: Minuit.
- CLAVERO, Bartolomé (2019) *Constitución a la deriva*. Barcelona: pasado y presente.
- CLOTTE, Jean (2011) *Pourquoi l'art préhistorique*, París: Gallimard (2011).
- COLLIER, Andrew (1977) *R. D. Laing: The Philosophy and Politics of Psychotherapy*. Hassocks: The Harvester Press.
- COLLIER, Jane F. (1973) *Law and social Change in Zinacantan*. Stanford: Stanford UP.
- (1975) Legal Processes. *Annual Review of Anthropology*, 4.
- COMAROFF, Jane, y COMAROFF, John (2016) *The Truth about Crime. Sovereignty, Knowledge, social Order*. Chicago: Chicago UP.
- COMAROFF, John, y ROBERTS, Simon (1977) «The invocation of norms in dispute settlement: the Tswana case». En Ian HAMNETT, *Social Anthropology and Law*. Londres: Academic Press.
- COMAROFF, John, y ROBERTS, Simon (1981) *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context*. Chicago: Chicago UP.
- COMAS, Dolors (2020) «Cuidados, derechos y justicia». En Mikel ARAMBURU y Sílvia BOFILL (eds.), *Crisis y sentidos de injusticia*. Barcelona: Edicions UB.
- COMAS, Dolors, y BOFILL, Sílvia (eds.) (2021) *El cuidado de mayores y dependientes*. Barcelona: Icaria.
- COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence, y ROBERT, Cécile (dir.) (2000) *La juridicisation du politique, Leçons scientifiques*. París: LGDJ.
- CONGOST, Rosa (2003) «Property rights and historical analysis: What rights? What history?» *Past & Present*, (181).
- (2007) *Tierras, Leyes, Historia. Estudios sobre «la gran obra de la propiedad»*. Barcelona: Crítica.
- CONQUERGOOD, Dwight (2002) «Lethal Theatre: Performance, Punishment and the Death Penalty». *Theatre Journal*, 54(3).
- CONTE, Amedeo G. (1990) *Filosofia del linguaggio normativo* [vol. 1]. Turín: Giapichelli.
- CONTRERAS, Jesús (1981) «El gamonalismo local y la reforma agraria: el caso de Chinchero (Perú)». *Boletín Americanista*, (31).
- (1991) «Estratificación social y relaciones de poder». En Joan PRAT, Ubaldo MARTÍNEZ, Jesús CONTRERAS, Isidoro MONTERO, *Antropología de los pueblos de España*. Madrid: Taurus (1991).

- COOPER, David (1970) *Psychiatry and Anti-Psychiatry*. Londres: Paladin.
- COSTA, Joaquín (1880) *Derecho consuetudinario y economía popular en España*. Barcelona: M. Soler.
- (1908) *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*. Barcelona: M. Soler.
- (1975 [1902]) *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*. Madrid: Revista de Trabajo.
- (1984) *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Zaragoza: Guara (1984).
- CRUELLS, Marta, e IGAREDA, Noelia (eds.) (2005) *Women integration and prison*, Barcelona: Aurea.
- CUNHA, Manuela Ivone (2002) *Entre o bairro e a prisão: tráfico e trajectos*. Lisboa: Fim de Século.
- DAOUD, Kamel (2014) *Meursault, contre-enquête*. Arlés: Actes Sud.
- (2017) *Mes indépendances*. Argel: Barzakh.
- (2017) *Zabor ou Les Psaumes*. Argel: Barzakh.
- (2018) *Le peintre dévorant la femme*. París: Stock.
- , y DEPARDON, Raymond (2022) *Son oeil dans ma main*, Argel: Barzakh, Marseille: Images Plurielles.
- DAVY, Georges (1922) *La foi jurée. Étude sociologique du problème du contrat. La formation du lien contractuel*. París: Alcan.
- DAWKINS, Richard (2017) *El fenotipo extendido*. Madrid: Capitán Swing.
- DENNIS, Andrew; FOOTE, Peter, y PERKINS, Richard (trads.) (1980) *Laws of Early Iceland*. Winnipeg: University of Manitoba Press.
- DEVEREUX, Georges (1961) *Mohave Ethnopsychiatry*. Washington: Smithsonian.
- (1985) *Ethnopsychanalyse complémentariste*. París: Flammarion.
- DI BELLA, Maria Pia (1988) «Manquer de parole: omertà et dénonciation en Sicile». En *Le genre humain* [número dedicado a la traición]. París: Seuil.
- DI LUCIA, Paolo (1997) *L'Universale della Promessa*, Milán: Dott. A. Giuffrè.
- (2008) «Idealtypen per una tipologia degli atti istituzionali». *Rivista di Estetica*, (39).
- (2010) «Le due vendette». En *La ricerca di Antonio Pigliaru (1922-1969) sulla vendetta barbaricina*. Pavia: Nuova Tipografia Popolare (2010).
- (2010) *Normatividad, derecho, lenguaje, acción*. México D. F.: Fontamara.
- y PASERINI, Lorenzo (2015) «¿Religiones sin Dios? Hans Kelsen, antropólogo de la modernidad». *Revista de antropología social*, 24.
- DI LUCIA, Paolo, y MAZZOLA, Riccardo (eds.) (2019) *Vindicta. Studi e testi sulla giustizia vendicativa*. Milán: LED.
- DI LUCIA, Paolo, y PASSERINI, Lorenzo (2022) «Hans Kelsen's Philosophy of Revenge». En Raúl MÁRQUEZ, Riccardo MAZZOLA, Ignasi TERRADAS (eds.), *Vindictary Justice*. Cham: Springer.

- DIAMOND, Stanley (1973) «The Rule of Law versus the Order of Custom». En Donald BLACK y Maureen MILESKI, *The Social Organization of Law*, Nueva York: Seminar Press.
- DRAKE, Judith (atrib.) (1696) *An Essay in Defence of the Female Sex. It which are inferred the characters of A Pedant, A Squire, A Beau, A Vertuoso, A Poetaster, A City-Critick, & c.* Londres: Roper and Wilkinson.
- DUMONT, Louis (1982) *Homo Aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*. Madrid: Taurus.
- (1987) *Ensayos sobre el individualismo. Una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna*. Madrid: Alianza.
- DU TOIT, Louise (2007) «Feminism and the Ethucs of Reconciliation». En Scott VEITSCH, *Law and the Politics of Reconciliation*. Aldershot: Ashgate.
- DURKHEIM, Émile (1991 [1983]) *De la división du travail social*. París: Quadrige/PUF.
- (2016 [1897]) *De la division du travail social*, op. cit.; *Le suicide. Étude de sociologie*. París: PUF.
- (2022 [1892-93]) *Leçons de Sociologie Criminelle*. París: Flammarion.
- ECKERMANN, J. P. (2005) *Conversaciones con Goethe*, Barcelona: Acantilado.
- ECKERT, P., y NEWMARK, R. (1980) «Central Eskimo Song Duels: A Contextual Analysis of Ritual Ambiguity». *Ethnology*, (19).
- ÉCOLE BIBLIQUE DE JÉRUSALEM (1961) *La Sainte Bible*, París: CERF.
- EGRET, Jean (1962) *La Pré-Révolution Française, 1787-1788*. París: PUF.
- ELWIN, Verrier (1939) *The Baiga*. Londres: John Murray.
- ENDARA ROSALES, Juan (2022) *Las injusticias de la capacidad. Una aproximación etnográfica al derecho vivido en la incapacitación judicial*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona.
- ENGELS, Friedrich (1972 [1884]) *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. En relación con las investigaciones de L. H. Morgan*. Madrid: Ayuso.
- ESTEBAN, Mari Luz (2001) *Re-producción del cuerpo femenino*. Donostia: Tercera prensa.
- (2004) *Antropología del cuerpo. Género, itinerarios corporales, identidad y cambio*. Barcelona: Bellaterra.
- , y HERNÁNDEZ, Jone M. (2018) *Etnografías feministas*. Barcelona: Bellaterra.
- ESTRADA, Marco, y VIQUEIRA, Juan Pedro (2010) *Los indígenas de Chiapas y la rebelión zapatista. Microhistorias políticas*. México: El Colegio de México.
- FALCONE, Giuseppe (2003) «Obligatio est iuris vinculum». En *Annali del Dipartimento di Storia del Diritto, Università degli Studi di Palermo*. Turín: Giap-pichelli.
- FASSIN, Didier (2017) *Punir, une passion contemporaine*. París: Seuil.
- FATIMA SILVA, Rosely de, y Oliveira GONZÁLEZ, Vania de (2016) «Cuidado e Reconhecimento». *Via Atlantica*, (29).

- FEARON, Peter (1979) *The Origins and Nature of the Great Slump, 1929-1932*. Londres: Macmillan.
- FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina (2022) «La legislación primordialmente simbólica: ¿irracional y engañosa?» *Revista Catalana de Dret Públic*, (64).
- FERRARO, Francesco (2022) «Deception and Expression: The Puzzling Rationality of Symbolic Legislation». En F. FERRARO y S. ZORZETTO (eds.), *Exploring the Province of Legislation*. Cham: Springer Nature.
- FERRER, Llorenç (1983) «Censals, vendes a carta de gràcia i endeutament pagès al Bages (s. XVIII)». *Estudis d'Història Agrària*.
- FIRTH, Raymond (1936) *We, the Tikopia*. Londres: George Allen & Unwin.
- (1959) *Social Change in Tikopia*. Londres: George Allen.
- (1965) *Primitive Polynesian Economy*. Londres: Routledge & Kegan Paul (1965).
- (1967) *The work of Gods in Tikopia*. Londres: LSE.
- (1969) *Essays on social Organization and Values*. Londres: LSE.
- (1970) *Rank and Religion in Tikopia: A Study in Polynesian Paganism and conversion to Christianity*. Londres: Allen & Unwin.
- (ed.) (1957) *Man and Culture. An Evaluation of the Work of Malinowski*. Nueva York: The Humanities Press.
- FISON, Lorimer, y HOWITT, William (1991) *Kamilaroi and Kurnai*. Melbourne: G. Robertson (1991 [1880]).
- FITTIPALDI, Edoardo (2022) *Norma. Una proposta di concettualizzazione per la Sociologia del diritto e le altre scienze sociali*. Milán: LED.
- FONTANELLA, Joan Pere (1627) *De pactis nuptialibus...* Ginebra: Albertum (1627).
- FORTES, Meyer (1945) *The Dynamics of Clanship among the Tallensi*. London: Oxford UP
- (1969) *Kinship and the social Order*. Chicago: Chicago U. P.
- (1987) *Religion, Morality and the Person*. Cambridge, University Press.
- FOUCAULT, Michel (1975) *Surveiller et Punir*. París: Gallimard.
- (2018) *Les aveux de la chair*. París: Gallimard.
- FRANKENBERG, Ronald (1972) «Taking the blame and passing the buck, or, The carpet of Agamemnon» en Max GLUCKMAN (ed.) *The allocation of responsibility*. Manchester: Manchester University Press.
- FRAZER, James G. (1990 [1913]) *Balder the Beautiful*. En *The Golden Bough* [parte 7, 2 vols.]. Londres: Macmillan.
- (1994) *The Golden Bough. A Study in Magic and Religion*. Oxford: Oxford UP.
- FREYRE, Gilberto (1968) *Sobrados e Mucambos*. Río de Janeiro: Olympio.
- (1969) *Casa grande e senzala*. Río de Janeiro: Olympio.
- (1974) *Ordem e Progresso*. Río de Janeiro: Olympio.
- FRIEDRICH, Paul (1970) *Agrarian Revolt in a Mexican Village*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall.
- FRIGOLÉ, Joan (1980) «Inversió simbòlica i identitat ètnica». *Quaderns del ICA*, (1).

- FROMM, Erich (1962) *Marx y su concepto del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FURET, François (1978) *Penser la Révolution française*. París: Gallimard.
- FUSTEL DE COULANGES, Denis Numa (1889- 1908) *Histoire des Institutions Politiques de l'Ancienne France* [4 vols.]. París: Hachette.
- (1889-1908) *Histoire des Institutions Politiques de l'Ancienne France*, París: Hachette.
- (1984) *La Cité Antique*. París: Flammarion.
- GAOS, José (1949) «La "Cura" en Goethe y Heidegger». *Revista de la Facultad de Filosofía y Letras*. Disponible en: revistafyl.filos.unam.mx.
- GARRISON, James (1992) *Pietas from Vergil to Dryden*. Pensilvania: Pennsylvania State UP.
- GAUDEMET, Jean (2000) *Sociologie Historique du Droit*. París: PUF.
- GAUTHIER, Florence (1992) *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution*, París: PUF.
- GELLNER, Ernest, y WATERBURY, John (eds.) (1977) *Patrons and Clients in Mediterranean Societies*, Londres: Duckworth.
- GERNET, Louis (1982) *Droit et institutions en Grèce antique*. París: Flammarion (1982)
- GHANEM, Isam (2000) «Yemen: recent cases». *Arab Law Quarterly*.
- GIBBS, James L. (1973) «Two forms of dispute settlement among the Kpelle of West Africa». En Donald BLACK y Maureen MILESKI, *The social Organization of Law*. Nueva York: Seminar Press.
- GLOTZ, Gustave (1904) *Lordalie dans la Grèce primitive*. París: Albert Fontemoing (1904).
- (1904) *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*. París: Albert Fontemoing.
- (1988) *La cité grecque*. París: Albin Michel.
- GLUCKMAN, Max (1963) *Order and Rebellion in Tribal Africa*. Nueva York: The Free Press.
- (1965) *Custom and Conflict in Africa*. Oxford: Basil Blackwell.
- (1965) *The Ideas in Barotse Jurisprudence*. New Haven: Yale UP.
- (1967) *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester UP.
- (ed.) (1972) *The allocation of responsibility*. Manchester: Manchester University Press.
- GODELIER, Maurice (1995) «L'énigme du don». *Social Anthropology*, 3(1 y 2).
- GOFFMAN, Erving (1959) *The Presentation of Self in Everyday Life*. Nueva York: Doubleday Anchor.
- GOFFMAN, Erving (1961) *Asylums*. Chicago: Aldine.
- GONZÁLEZ ARPIDE, José Luis (1980) *Los tabarquinos*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2016) *Juicio a un abogado incrédulo. La aleatoriedad de la justicia como aleatoriedad de la vida misma*. Madrid: Civitas.
- (2017) *Tratado de Derecho Administrativo*. Cizur Menor: Aranzadi/Thomson Reuters.
- GOODY, Jack (1983) *The Development of the Family and Marriage in Europe*. Cambridge: Cambridge U. P.
- (1983) *The Development of the Family and Marriage in Europe*. Cambridge: Cambridge U. P.
- GREENHOUSE, Carol (1986) *Praying for justice: faith, order, and community in an American town*. Ithaca: Cornell University Press.
- (ed.) (2010) *Ethnographies of Neoliberalism*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.
- GREIMAS, A. J. (1966) *Sémantique structurale*. París: Larousse.
- GULLIVER, Philip H. (1969) «Dispute settlement without courts: The Ndendeuli of Southern Tanzania». En Laura NADER (ed.), *Law in Culture and Society*, Chicago: Aldine.
- (1977) «On mediators». En Ian HAMNETT, *Social Anthropology and Law*. Londres: Academic Press.
- GURGO, Ottorino (2019) *La Verità. Sciascia e Pirandello. Un dialogo immaginario*. Sanremo: Leucotea.
- HALBWACHS, Maurice (2015) *La psychologie collective*. París: Flammarion.
- HANDMAN, Marie-Élisabeth (1983) *La violence et la ruse. Hommes et femmes dans un village grec*. La Calade, Aix-en-Provence: Édisud.
- HARRISON, J. F. C. (1984) *The Common People*, Londres: Fontana.
- HAYDEN, Robert M. (1999) *Disputes and Arguments among Nomads*. Oxford: Oxford University Press.
- HEIDEGGER, Martin (2010 [1927]) *Being and Time*, Albany: State University of New York Press.
- HENRIQUE CARDOSO, Fernando (1977) *Capitalismo e escravidão no Brasil meridional*. Río de Janeiro: Paz e Terra.
- HERNÁNDEZ VALLÉS, Marc (2022) *Análisis etnográfico de la comunidad spoitor de la comuna de Gradistea (Rumanía)*. Tesis doctoral, Universitat de Girona.
- HERRERA, Mel (2022, 22 de diciembre) «Perspectivas desde el feminismo negro a propósito del caso Pablo Milanés». *Afrofeminas*.
- HERTZ, Robert (1990) *La muerte y la mano derecha*. Madrid: Alianza.
- HERZFIELD, Michael (1988) *Anthropology through the looking glass*. Cambridge: Cambridge UP.
- (1988) *The Poetics of Manhood*. Princeton: Princeton UP.
- HESSE, Philippe-Jean (2002) «Un droit fondamental vieux de 3000 ans: L'état de nécessité». *Droits fondamentaux*, (2).
- HILTON, Rodney (1975) *The English peasantry in the Later Middle Ages*. Oxford: Clarendon.

- HILTON, Rodney (1980) «Individualism and the English Peasantry». *New Left Review*, 1(120).
- HOFMANNSTHAL, Hugo von (1983) *L'Austria e l'Europa*. Casale Monferrato: Marietti.
- HOLLIS, Patricia (ed.) (1973) *Class and Conflict in Nineteenth-century England*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- HOLÝ, Ladislav (1974) *Neighbours and Kinsmen. A study of the Berti people of Darfur*. Nueva York: St. Martin's Press.
- (1991) *Religion and Custom in a Muslim Society. The Berti of Sudan*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HUNNICUTT, Gwen (2009) «Varieties of Patriarchy and Violence against Women. Resurrecting "Patriarchy" as a Theoretical Tool». *Violence Against Women*, 15(5).
- IANNI, Otávio (1962) *As metamorfoses do escravo*. São Paulo: Difel.
- IBRAHIM, Mahmodd (1982) «Social and Economic Conditions in Pre-Islamic Mecca». *International Journal of Middle East Studies*, 14(3).
- INCAMPO, Antonio, y ZELANIEC, Wojciech (2015) *Universality of Punishment*. Bari: Cacucci Editore.
- ITURRALDE, Ignacio (2014) *Comunidades encadenadas. Análisis de la cultura política y el caciquismo en un distrito de Oaxaca*. Tesis doctoral, Universitat de Barcelona.
- JANIK, Allan, y Toulmin, Stephen (2017) *La Viena de Wittgenstein*. Sevilla: Athenaica.
- JONES, Richard (1964 [1831]) *An Essay on the Distribution of Wealth and on the Sources of Taxation*. Nueva York: Kelley Reprints of Economic Classics (1964) (1831).
- JULIANO, Dolores (2010) «El cuerpo del guerrero. El modelo perverso». En Mari Luz ESTEBAN, Josep M. COMELLES y Carmen Díez MINTEGUI (eds.), *Antropología, género, salud y atención*. Barcelona: Bellaterra.
- JUNG, Carl (1963) *L'âme et la vie*. París: Buchet/Chastel.
- (1964) *L'Homme et ses symboles*. París: Pont Royal (1964)
- JUST, Peter (2001) *Dou Donggo Justice. Conflict and Morality in an Indonesian Society*. Oxford: Rowman & Littlefield.
- KEEFE, Patrick Radden (2020) *No diguis res: Una història real de violència i memòria a Irlanda del Nord*. Catalunya: Periscopi.
- KELSEN, Hans (2000) *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Turín: Einaudi.
- (2014) *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come «nuove religioni»*. Milán: Raffaello Cortina editore.
- (2015) *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*. Macerata: Quodlibet (2015).
- KERSHAW, Ian (1983) *Popular Opinion and Political Dissent in the Third Reich. Bavaria, 1933-45*. Oxford: Oxford UP.

- KEYNES, John Maynard (1919) *The Economic Consequences of the Peace*. Londres: Macmillan.
- KRADER, Lawrence (1998) *Los apuntes etnológicos de Karl Marx*. México: Siglo XXI.
- KROPOTKINE, Pierre (1901) «L'organisation de la vindicte appelée Justice». *Les Temps Nouveaux*, (19).
- KULA, Witold (1973) *Problemas y métodos de la Historia económica*. Barcelona: Península.
- LAGASNERIE, Geoffroy (2016) *Juger. L'État pénal face à la sociologie*. París: Fayard.
- (2017) *Penser dans un monde mauvais*. París: P. U. F.
- LAQUEUR, Thomas (1994) *La construcción del sexo*. Madrid: Cátedra.
- LASLETT, Peter (1949) *Patriarcha and other political works of sir Robert Filmer*. Oxford.
- (1956) *Philosophy, Politics and Society*. Oxford: Balckwell.
- LATOUR, Bruno (2002) *La fabrique du droit*, París: La Découverte.
- LEACH, Edmund (1971) *Pul Eliya. A village in Ceylon*. Cambridge: Cambridge UP.
- LEMESLE, Bruno (2008) *Conflits et justice au Moyen Âge*. París: PUF.
- LÉVI-STRAUSS, Claude (1969) *Antropología estructural*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- (1977 [1949]) *Les structures élémentaires de la parenté* [2.^a ed.]. París: La Haye, Mouton.
- (1983) *Le regard éloigné*. París: Plon.
- (2002) *Le Totémisme aujourd'hui*. París: PUF.
- LIGHTOWLERS, Carly, y QUIRK, Hannah (2014) «The 2011 English “Riots”: Prosecutorial Zeal and Judicial Abandon». *British Journal of Criminology*, (55).
- LINEBAUGH, Peter (2014) «Karl Marx, the Theft of Wood, and Working-Class Composition: A Contribution to the Current Debate». *Social Justice*, 40(1-2).
- LISÓN, Carmelo (1991) *La imagen del Rey (Monarquía, Realeza y Poder ritual en la Casa de los Austrias)*. Madrid: Espasa-Calpe.
- LLEWELLYN, Karl (1962) *Jurisprudence. Realism in theory and practice*. Chicago: The University of Chicago Press.
- , y HOEBEL, Adamson (1941) *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman: University of Oklahoma Press.
- LOCKE, John (1988 [1968]) *Two Treatises of Government* [edición de Peter Laslett]. Cambridge: Cambridge UP.
- LÓPEZ, M. (2017, 17 de febrero) «Recortar en sanidad y servicios sociales aumenta, y mucho, la mortalidad de la población». *ABC*.
- LÓPEZ, Ricard (2020, 11 de julio) «Recortes, “procés” y mala gestión: el cóctel letal del coronavirus en Catalunya». *Crónica Global*.
- LORENTE ACOSTA, Miguel; LORENTE ACOSTA, José Antonio; LORENTE ACOSTA, Manuel Javier; MARTÍNEZ VILDA, María Elena, y VILLANUEVA CAÑADAS, En-

- rique (2000) «Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. (RECPC-02-07).
- LORRENZO Criado, Emilio (ed.) (1994) *Cantar de los Nibelungos*. Madrid: Cátedra.
- LORINI, Giuseppe (2010) «Antonio Pigliaru, filosofo della giuridicit». En *La ricerca di Antonio Pigliaru (1922-1969) sulla vendetta barbaricina*. Pavia: Nuova Tipografia Popolare.
- LORINI, Giuseppe (2015) «Revenge as Universal Legal Structure vs. Revenge as Individual Legal Institution». En Antonio INCAMPO y Wojciech ZELANIEC, *Universality of Punishment*, Bari: Cacucci Editore.
- LORINI, Giuseppe (2017) «Il comportamento nomico di animali non-umani». *Sociologia del diritto*, 44(3).
- M. BAK, János (1999) *Decreta Regni Mediaevalis Hungariae*. Idyllwild: Charles Schlacks.
- MACFARLANE, Alan (1987) *The Origins of English Individualism. The Family, Property and social Transition*. Oxford: Basil Blackwel.
- MACHIAVELLI, Niccolò (1977) *Il Principe e Discorsi*. Milano: Feltrinelli.
- MACPHERSON, Crawford B. (1962) *The Political Theory of Possessive Individualism*. Oxford: Clarendon.
- (1985) *Principes et limites de la démocratie libérale*. París/Montreal: La Découverte/Boréal Express.
- MADRID, Antonio (2010) «El acceso a los derechos: la experiencia del Proyecto “Dret al Dret”». *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- (2010) *La política y la justicia del sufrimiento*. Madrid: Minima Trotta.
- (2014) «El indulto como excepción». *Crítica penal y poder*, (6).
- MAGNET, Jordi (2019) «¿Mundo fenoménico de la Sorge o mundo de la praxis humana?» *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, (76).
- MAIFREDA, Germano (2018) «Io dirò la verità». *Il proceso a Giordano Bruno*. Bari: Laterza.
- MALINOWSKI, Bronislaw (1929) *The Sexual Life of Savages in North-Western Melanesia*. Nueva York: Eugenics Publishing Company.
- (1935) *Coral Gardens and their Magic* [2 vols.]. Nueva York: American Book Company.
- (1942) «A New Instrument for the Interpretation of Law—Especially Primitive». *The Yale Law Journal*, 51(8) [HeinONline: 2020].
- (1947 [1926]) *Crime and Custom in Savage Society*. Londres: Kegan Paul.
- (1964) «El problema del significado en las lenguas primitivas». En C. K. OGDEN e I. A. RICHARDS, *El significado del significado*. Buenos Aires: Paidós.
- (1978 [1922]) *Argonauts of the Western Pacific*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- (2013) *Edipo destronado. Sexo y represión en las sociedades primitivas*. Madrid: Errata Naturae.

- MAMOULAKI, Elena (2013) *An Unexpected Hospitality*. Tesis doctoral, Universitat de Barcelona.
- (2015) «From Poetic Anamnesis to Political Commemoration». En VV. AA., *Heritage and Memory of War*. Nueva York: Routledge.
- MANZONI, Alessandro (1981) *Canti*. Milán: Garzanti.
- (2015) *Storia della Colonna Infame*. Milán: Feltrinelli.
- MAQUEDA, Maria Luisa (2016) «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015». *Cuadernos de Política Criminal*, 1(118), época II.
- MARQUÉS DE SADE (1978 [1797]) *La nouvelle Justine*. París: U. G. É.
- MÁRQUEZ PORRAS, Raúl (2013) *Construir la Propiedad*, Santiago de Compostela: Andavira.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2020) *El gobierno de las togas*. Madrid: Catarata.
- (2022) en *La guerra de los jueces. El proceso judicial como arma política*. Madrid: Catarata.
- MARTÍNEZ-HERNÁEZ, Ángel (2000) *What's Behind the Symptom?* Amsterdam: Harwood.
- MARTINO, Ernesto de (1999) *La tierra del remordimiento*. Barcelona: Bellaterra.
- MARTINO, Francesco de (1979) *Storia Economica di Roma Antica*. Florencia: La Nuova Italia Editrice.
- MARX, Karl (1983) *En defensa de la libertad. Los artículos de la gaceta renana (1842-1843)*. Valencia: Fernando Torres.
- MASPONS I ANGLASELL, Francesc (1916) *Tractat dels Pactes Nupcials: o capitols matrimoniales, que escrigué Joan Pere Fontanella*. Barcelona: Ibérica.
- MATHIEU, Nicole-Claude (1991) *L'anatomie politique. Catégorisations et idéologies du sexe*. París: Côté-femmes.
- MAUSS, Marcel (1950) *Essai sur le Don*, en *Sociologie et Anthropologie*. París: PUF.
- (1950) *Sociologie et Anthropologie*. París: PUF.
- (1974) *Oeuvres*. París: Minuit.
- MAYER, Arno J. (1981) *The persistence of the Old Regime*, Londres: Croom Helm.
- MAYERFELD, Jamie (2007) «Playing by our own rules: How U.S. Marginalization of International Human Rights Law led to Torture». *Harvard Human Rights Journal*, 20.
- MAZZOLA, Riccardo (2022) «“To Restore” versus “To vindicate”». En Raúl MÁRQUEZ, Riccardo MAZZOLA e Ignasi TERRADAS, *Vindictory Justice. Beyond Law and Revenge*. Chaim: Springer.
- (2020) *Componere. Offesa e riconciliazione nell'ordinamento vendicatorio*. Milán: Giuffrè Francis Lefebvre.
- (2023) *Chiedere Scusa*. Libro en curso de publicación.
- MCLENNAN, John Ferguson (1885). *The Patriarchal Theory*. Londres: Macmillan ad Co.
- MINKOWSKI, Eugène (1936) *Vers une Cosmologie*, París: Aubier-Montaigne.

- MOLHO, Mauricio (ed.) (1964) *El Fuero de Jaca*. Zaragoza: Instituto de Estudios Pirenaicos.
- MONTESINOS, Lidia (2013) *Iraliku'k: La confrontación de los comunales*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona.
- MONTESQUIEU (1995 [1748]) *De l'Esprit des lois*, París: Gallimard.
- (1973) *Lettres Persanes*. París: Gallimard.
- MOORE, Sally F. (1975) «Ritual concord and fraternal strife: Kilimanjaro 1968-69». En S.F. MOORE y B. MYERHOFF (eds.), *Symbols and Politics in Communal Ideology*, Ithaca: Cornell UP.
- MOORE, Sally Falk (2001) «Certainties undone: fifty turbulent years of Legal Anthropology». *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 7(1).
- MORENO FELIU, Paz (2010) *En el corazón de la zona gris. Una lectura etnográfica de los campos de Auschwitz*. Madrid: Trotta.
- MORENO, Isidoro (2003) «La Trinidad sagrada de nuestro tiempo: Mercado, Estado y Religión». *Revista española de antropología americana*, (extra, 1).
- (2010) «Religiones, sacralidades laicas y globalización: el papel de las religiones en tiempos de sacralización del mercado». En J. J. TAMAYO, *Religión, género y violencia*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.
- (2011) «La exención de responsabilidad a los delegados del sacro: de sacerdotes, políticos, economistas y banqueros». En Ignasi TERRADAS (coord.), *Antropología jurídica de la responsabilidad*. Santiago de Compostela: Andavira.
- (2020) «Conflictos y consensos entre Religión, Estado y Mercado: las tres sacralidades de nuestro tiempo». En Constantino CIPOLLA (coord.), *La Sociologia Sovranazionale di Roberto Cipriani*. Roma.
- MOREY, Antònia, y CARRERAS, Joan (2011) *Sobre el significado de la cláusula «a uso y costumbre de buen labrador» en los contratos agrarios de las Baleares*. Lleida: XIII Congreso de Historia Agraria (SEHA).
- MORGAN, Lewis H. (1870 [1868]) «Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family». *Smithsonian Contribution to Knowledge*, 17.
- MORGAN, Lewis H. (1907 [1877]) *Ancient society. Researches in the lines of human progress from savagery through barbarism to civilization*. Nueva York: Henry Holt.
- (1962 [1851]) *League of the Iroquois*. Nueva York: Citadel Press.
- MOSCA, Gaetano (1884) *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare*. Palermo: Tipografia Dello Statuto.
- MOSKO, Mark S. (2000) «Inalienable Ethnography: keeping-while-giving and the Trobriand Case». *JRAI*, (6).
- MUNN, Nancy (1983) «Gawan Kula: spatiotemporal control and the symbolism of influence». En Jerry LEACH y Edmund LEACH, *The Kula. New Perspectives on Massim Exchange*. Cambridge: Cambridge UP.
- MUNN, Nancy (1992) *The Fame of Gawa. A Symbolic Study of Value Transformation in a Massim Society*. Durham: Duke University Press.

- MUÑOZ, Leticia (2012) *Las antígonas y el Estado. Aflicción y resistencia en el relato de mujeres*. Buenos Aires: Biblos.
- NADER, Laura (1998) *Ideología armónica. justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*. Oaxaca: Instituto Oaxaqueño de las Culturas / CIESAS.
- (2002) *The Life of the Law*. Berkeley: University of California Press.
- (ed.) (1969) *Law in Culture and Society*, Chicago: Aldine.
- NAREDO, José Manuel (2015) *Economía, Poder y Política*. Madrid: Díaz & Pons.
- (2019) *Taxonomía del lucro*. Madrid: Siglo XXI.
- NATAHN, Tobie (1986) *La folie des autres. Traité d'ethnopsychiatrie clinique*. París: Dunod.
- (1988) *Psychanalyse païenne. Essais ethnopsychanalytiques*. París: Dunod.
- NEW PROPOSALS (2010) *Universities, Corporatization and Resistance* 3(2).
- NICHOLAS, Ralph (1969) «Factions: A Comparative Analysis». En Michael BANTON (ed.) *Political Systems and the Distribution of Power*. Londres: Tavistock.
- NICOLAU, Gilda; PIGNARRE, Geneviève, y LAFARGUE, Régis (2007) *Ethnologie juridique. Autour de trois exercices*. París: Dalloz.
- NIETZSCHE, Friedrich (1980) *On the advantage and disadvantage of History for Life*. Indianápolis: Hackett.
- (2016) *El nacimiento de la tragedia y escritos preparatorios*. Madrid: Tecnos.
- NINO, Mireia (2011) «El cas de Kima'i: el suïcidi (lo'u) comexpressió i protesta entre els trobriandesos». *Curs d'Antropologia jurídica*: Universitat de Barcelona.
- NISBET, Robert (1973) «Kinship and Political Power in First century Rome». En Donald BLACK y Maureen MILESKI, *The social Organization of Law*. Nueva York: Seminar Press.
- ORESTANO, Riccardo (1967) *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*. Turín: G. Giappichelli Editore.
- ORESTANO, Riccardo (1978) *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*. Boloña: Il Mulino.
- OSUNA, Carmen (2020) «Confinamiento, agencia y reinserción. Análisis etnográfico de una vida dentro y fuera de la prisión». *Revista de antropología social*, 29(1).
- OURLIAC, Paul (1989) «Le droit social du Moyen Age». En Jean-Louis HAROUEL, *Histoire de droit social: Mélanges en hommage à Jean Imbert*. París: PUF, pp. 447-456.
- PADIGLIONE, Vincenzo (1989) *Il cinghiale cacciatore. Antropologia simbolica della caccia in Sardegna*. Roma: Armando.
- PALIERO, Carlo Enrico (2018) «Il sogno di Clitennestra: Mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire». *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 61(2).
- PANDYA, Vishvajit (1993) *Above the Forest. A Study of Andamanese Ethnoanemology, Cosmology and the Power of Ritual*. Delhi: Oxford UP.
- PARTRIDGE, P. H. (1971) *Consent and Consensus*. Londres: Pall Mall.

- PASCUAL RODRÍGUEZ, Ester (2013) *Los ojos del otro: Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*. Santander: SalTerrae.
- PASSERINI, Lorenzo (2020) *Le realtà della norma, le norme come realtà*. Milán: LED.
- PASSERINI, Lorenzo, y DI LUCIA, Paolo (2022) «Towards a Sigmatics of the word “Norm”. An ontological turn in the Semiotics of the Normative». *International Journal for the Semiotics of Law*.
- PÉREZ I MOLINA, Isabel (1991) «Les dones en el Dret clàssic català: un discurs sexual». *Duoda*, (2).
- PERRY, Ruth (1990) «Mary Astell and the Feminist Critique of Possessive Individualism». *Eighteenth-Century Studies*, 23(4).
- PETTI, Gabriella (2009) «Enjuiciar al enemigo después del 11 de Septiembre». *AFDUDC*, (13).
- PIGLIARU, Antonio (1975) *Il Banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*. Milán: Giuffrè.
- PIKETTY, Thomas (2019) *Capital et idéologie*. París: Seuil.
- PINA CABRAL, João de (1989) *Filhos de Adão, Filhas de Eva: A Visão do Mundo Camponesa do Alto Minho*. Lisboa: Quixote.
- (2002) *Between China and Europe*. Londres: Continuum.
- (2003) *O Homem na Família*. Lisboa: ICS.
- (2017) *World. An Anthropological examination*, Chicago: Hau Books.
- (2010) «El dinamisme del plural: assaig sobre la compatibilitat equívoca». *Revista d'Etnologia de Catalunya*, 35.
- PIQUÉ, David (2009) *El fenómeno okupa/antisistema circunscrito al distrito de Gràcia (Barcelona) como factor de riesgo para la convivencia y potencial foco de percepción de inseguridad. El síndrome de Sherwood* [trabajo de máster]. Universitat Oberta de Catalunya.
- PIRANDELLO, Luigi (2018 [1921]) *Sei personaggi in cerca d'autore*. Milán: Feltrinelli.
- PITARCH, Pedro (2001) «El laberinto de la traducción. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en tzeltal». En Pedro PITARCH, y J. LÓPEZ GARCÍA, *Los derechos humanos en tierras mayas*. Madrid: Sociedad española de estudios mayas.
- (2013) *La cara oculta del pliegue. Antropología Indígena*. México: Artes de México, CONACULTA.
- , y LÓPEZ GARCÍA, J. (2001) *Los derechos humanos en tierras mayas*. Madrid: Sociedad española de estudios mayas.
- PLAZA, Elsa (2020) *La vieja cárcel de la calle Amalia*. Barcelona: El Lokal.
- POLANYI, Karl (1957) «The Economy as an Instituted process». En C. ARENSBERG y H. PEARSON (eds.), *Trade and Market in the Early Empires*. Nueva York: The Free Press.

- POLANYI, Karl (1992 [1944]) *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- PORQUERES, Enric (2021) *Individuo, persona y parentesco en Europa*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- PORTMAN, Maurice Vidal (1899) *A History of our relations with the Andamanese*. India: Office of the Superintendent of Gov.
- POSPISIL, Leopold (1967) «Legal levels and multiplicity of legal systems in human societies». *The Journal of Conflict Resolution*, 11(1).
- (1971) *Anthropology of Law. A comparative Theory*. Nueva York: Harper & Row.
- PROPB, Vladimir (1970) *Morphologie du conte*. París: Seuil.
- PURGATORI, Andrea (s. f.) «La strage di Ustica, 40 anni fa: la battaglia nei cieli e le bugie di Stato». *Corriere della Sera*. Disponible en: <<https://www.corriere.it/speciale/cronache/2020/ustica-strage-27-giugno-1980/>>
- RACHIOTIS, George; STUCKLER, David; MCKEE, Martin, y HADJICHRISTODOULOU, Christos (2015) «What has happened to suicides during the Greek economic crisis? Findings from an ecological study of suicides and their determinants (2003-2012)». *British Medical Journal Open*, 5(3).
- RADCLIFFE-BROWN, Alfred R. (1952) en *Structure and Function in Primitive Societies*. Londres: Cohen and West.
- (1964 [1922]) *The Andaman Islanders*. Nueva York: The Free Press.
- RADIN, Paul (1990) *The Winnebago Tribe*. Lincoln: University of Nebraska Press.
- RAMANUJAN, A. K. (1994) *The interior landscape*. Delhi: Oxford UP.
- RAMIS, Rafael (2015) «En torno a la antropología jurídica romana». *Revista de antropología social*, 24.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2008) «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo». *AFDUDC*, (12).
- (2008) «Sobre el delito de amenazas con finalidad terrorista». *AFDUDC*, (12).
- (2009) «Mi hermano y mi enemigo: la gestión de la memoria histórica en la legislación penal franquista y la Ley de memoria histórica de 2007». *AFDUDC*, (13).
- REDONDO, Santiago (coord.) (2002) *Delincuencia sexual y sociedad*. Barcelona: Ariel.
- REICH, Wilhelm (1998) *La psychologie de masse du fascisme*. París: Payot.
- REYNOSO, Carlos (2015) *Crítica de la antropología perspectivista*. Argentina: SB Editorial.
- RICOEUR, Paul (2000) *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. París, Seuil.
- RIVERA, Iñaki (2017) *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RIVERO Ysern, Enrique y FERNANDO PABLO, Marcos (2011) *Equidad, Derecho administrativo y administración pública en España*, Santiago de Compostela: Andavira.

- RIVIÈRE, Peter (1971 [1969]) «Marriage: A reassessment». En Rodney NEEDHAM (ed.), *Rethinking Kinship and Marriage*. Londres: Tavistock.
- ROBINSON, Joan (1964) *Economic Philosophy*. Harnondsworth: Pelican Books.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio (2002) *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales.
- ROCA, Jordi (1996) *De la pureza a la maternidad. La construcción del género femenino en la postguerra española*. Madrid: Ministerio de Educación y Cultura.
- RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P. (2001) *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia*. A Coruña: Netbiblo.
- (2012) *Galicia y su Derecho privado*. Santiago de Compostela: Andavira.
- (2015) *Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho romano*. Santiago de Compostela: Andavira.
- (2017) *Sobre Historia y Derecho*. Santiago de Compostela: Andavira.
- RÓHEIM, Géza (1967) *Psychanalyse et Anthropologie*. París: Gallimard.
- ROIGÉ, Xavier (1991) «Parientes en el Juzgado». En Jesús CONTRERAS, Ubaldo MARTÍNEZ-VEIGA, Isidoro MORENO, y Joan PRAT (eds.), *Antropología de los Pueblos de España*. Madrid: Taurus Universitaria.
- ROSÉS, Mariona (2013) *Responsabilitats adjudicades, compromisos heretats*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona.
- ROTHSCHILD, Kurt Wilhelm (1971) *Power in Economics*. Baltimore: Penguin.
- SALAS, Denis (2005) *La Volonté de punir, essai sur le populisme pénal*. París: Hachette.
- (2012) *La justice dévoyée. Critique des utopies sécuritaires*. París: Éditions des Arènes.
- SALAZAR, Carles (2006) *Anthropology and Sexual Morality*. Oxford: Berghahn.
- SALEH, Nabil (2001) «Freedom of contract: what does it mean in the context of Arab Laws?» *Arab Law Quarterly*, 16(4), 346-357.
- SANMARTÍN, Joaquín (1990) «El problema de la desamortización en España». *Cuadernos de Aragón*, (21).
- SARKIS, Diana (2015). *Trabajar con el corazón. Trabajo, capital y economías morales en la agricultura Siria*. Tesis doctoral, Universitat de Barcelona.
- SARTRE, Jean-Paul (1996 [1946]) *L'existentialisme est un humanisme*. París: Gallimard.
- SATTA, Salvatore (2004) *Soliloqui e Colloqui di un giurista*. Nuoro: Ilisso.
- (2013 [1949]) *Il Mistero del Processo*, Milán: Adelphi.
- (2013) *Il giorno del giudizio*, Milán: Adelphi.
- , y CAVALLARO, Luigi (2015) *Trattatello di procedura civile*, Milán: Giuffrè.
- SAUSSURE, Ferdinand de (1967) *Curso de Lingüística general*. Buenos Aires: Losada.
- SCHAPER, Isaac (1940) *Married life in an African Tribe*, London: Faber and Faber.

- SCHAPER, Isaac (1977 [1938]) *A Handbook of Tswana Law and Custom*. Londres: Frank Cass.
- SCHEPER-HUGHES, Nancy (1993) *Death without Weeping. The Violence of Everyday Life in Brazil*. Berkeley: University of California Press.
- SCHEPPELE, Kim Lane (2010) «Liberalism against Neoliberalism: Resistance to Structural Adjustment and the Fragmentation of the State in Russia and Hungary». En Carol GREENHOUSE (eds.), *Ethnographies of Neoliberalism*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.
- SCHIPPERS, Thomas K. (1986) *Temps vécus, temps perçus. Au fil des saisons en Provence intérieure*. Paris: CNRS.
- SCHOPENHAUER, Arthur (2011) *Metafísica de las costumbres* [edición de Roberto Aramayo]. Madrid: Trotta.
- SCIASCIA, Leonardo (2019) *Opere* [vol. 2]. Milán: Adelphi.
- SCOTT, James C. (1972) «Patron-Client Politics and Political Change in South-East Asia». *The American Political Science Review*, 66.
- SEGURA MUNGUÍA, Santiago (1985) *Diccionario etimológico latino-español*. Madrid: Anaya.
- SERRA I PUIG, Eva (1978) *La Societat rural catalana del segle XVII: Sentmenat: un exemple local del Vallès Occidental (1590-1729)*. Tesis doctoral, Universitat de Barcelona.
- SERVICE, Elman (1988) *A century of controversy*. Nueva York: Academic Press.
- SHUKLA, H. L. (1994) *Semiotica Indica* [2 vols.]. Nueva Delhi: Aryan Books.
- SKAPERDAS, Stergios (2003) «Restraining the genuine Homo Economicus: why the Economy cannot be divorced from its governance». *Economics & Politics*, 15(2).
- SLYOMOVICS, Susan (2011) «American “Blood Money” and a Question of Reparations». *Middle East Report*, (259).
- SMITH, Adam (1976) *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Oxford: Clarendon Press.
- (1976) *The Theory of Moral Sentiments*. Oxford: Clarendon Press.
- SOULEZ, Antonia (1985) *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*. Paris: PUF.
- SPENCER, Herbert (1851 [1969]) *The Man versus the State*. Londres: Penguin.
- SPENCER, Robert (1959) *The North Alaskan Eskimo*. Washington: Smithsonian Institution.
- SPERBER, Dan (1975) *Rethinking Symbolism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SPILLIUS, James (1957) «Natural Disaster and Political Crisis in a Polynesian Society I». *Human Relations*, (1).
- (1957) «Natural Disaster and Political Crisis in a Polynesian Society II». *Human Relations*, (2).
- SPIRO, Melford (1982) *Oedipus in the Trobriands*. Chicago: The University of Chicago Press.

- SRINIVAS, M. N. (1991) *The Remembered Village*. Nueva Delhi: Oxford UP.
- STARCKE, Carl N. (1976 [1889]) *The Primitive family in its origin and development*. Chicago: The University of Chicago Press.
- STEINER, George (1986) *Les Antigones*. París: Gallimard.
- STONE, Lawrence (1979) *The Revival of Narrative. Past and Present*, (85).
- STRATHERN, Marilyn (1988) *The Gender of the Gift. Problems with Women and Problems with Society in Melanesia*. Berkeley: University of California Press.
- (1992) *After Nature. English Kinship in the Late Twentieth Century*. Cambridge: Cambridge U. P.
- SUMNER Maine, Henry (1965 [1861]) *Ancient Law*. Londres: Dent & Sons.
- SUPIOT, Alain (2005) *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. París: Seuil.
- (2011) *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*. Barcelona: Península.
- (2015) *Critique du droit du travail*. París: PUF.
- SYED, Yasmin K. (2020) *The Legitimacy of the Past*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona.
- SZASZ, Thomas (1974) *Ideology and Insanity*. Harmondsworth: Penguin.
- TARGETTI, R.; BONIFIGLIO, R.; LENTI, R., y SOMAINI, V. (1964) «Il movimento dei prezzi nel Ducato di Milán dal 1600 al 1700». *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, (3/4).
- TERRADAS, Ignasi (1992). *Eliza Kendall. Reflexiones sobre una antibiografía*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.
- (1995) *Requiem Toda*. Barcelona: Edicions UB.
- (2002) «La reciprocidad superada por la equidad, el amor y la amistad». *Éndoxa* (15).
- (2004) «La contradicción entre identidad vivida e identificación jurídico-política». *Quaderns del ICA*, (20).
- (2008) *Justicia Vindicatoria*. Madrid: CSIC.
- (2008) «La construcción primitiva de la identidad sucesoria y la génesis de la ordalía». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (12).
- (2009) «Cuestión de responsabilidad y equidad: una perspectiva desde la antropología jurídica». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (13).
- (2010) «Antropología jurídica: costumbres y conflictos». En Javier Marcos ARÉVALO, Salvador RODRÍGUEZ BECERRA, Enrique LUQUE BAENA (eds.) *Nosotros: miradas antropológicas sobre la diversidad*, Mérida: Asamblea de Extremadura.
- (2010) «Limits and possibilities of restorative justice». *6th Biennial Conference of the European Forum for Restorative Justice*. Bilbao.
- (2011) «La antropología de la responsabilidad en tiempos del folklore neoliberal». En Ignasi TERRADAS (coord.), *Antropología jurídica de la responsabilidad*, Santiago de Compostela: Andavira.

- TERRADAS, IGNASI (2018) «Legitimidad en la jurisprudencia. A propósito del machismo». En Norbert BILBENY (coord.), *Legitimidad y acción política*. Barcelona: Universitat de Barcelona, Edicions.
- (2019) *La justicia más antigua*. Madrid: CSIC.
- (2020) «Les representacions cristianes del Judici Final». En Rosa ALCOY y Cristina FONTCUBERTA (eds.), *Judici i Justícia*. Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona/EMAC.
- (2020) «Para una Filosofía realista de la Historia del Derecho». En José María PÉREZ COLLADOS (ed.), *Maneras de Construir la Historia. La filosofía de los historiadores del Derecho*. Madrid: Marcial Pons (2020).
- (2022) «Patriarcalismes». En Yolanda BODOQUE PUERTA, Montserrat SORONELLAS MASDEU y Joan PRAT CARÓS (eds.), *L'Antropologia importa. Textos en homenatge a Dolors Comas d'Argemir*. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili.
- (coord.) (2011) *Antropología jurídica de la responsabilidad*. Santiago de Compostela: Andavira.
- TESTART, Alain (1982) *Les chasseurs-cueilleurs ou l'origine des inégalités*. París: Société d'ethnographie.
- THOMPSON, Edward P. (1967) «Time, Work discipline and Industrial Capitalism». *Past and Present*, (38).
- (1995) *Costumbres en común*. Barcelona: Crítica.
- THOREAU, Henry D. (1992 [1862]) *Walking*. Carlisle: Applewood Books.
- TORRENS, Míriam (2013) *Pagesos del post-socialisme. Un estudi de comunitat a Transilvània*. Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona.
- TOUATI, François-Olivier (2007) *Vocabulaire historique du Moyen Âge*. París: La Boutique de l'Histoire.
- TRAUTMAN, Thomas (1987) *Lewis Henry Morgan and the invention of Kinship*. Berkeley: University of California Press.
- TREVES, Renato (2000) «Prefazione». En Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Turín: Einaudi.
- TRIBE, Keith (1978) *Land, Labour and Economic discourse*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- TSIBIRIDOU, Fotini (2022) «On Honor and Palimpsest Patriarchal Coloniality in Greece, the Western Balkans, and the Caucasus: Anthropological Comparative Accounts from a Post-Ottoman Decolonial Perspective». *Genealogy*, 6(3).
- TURNER, Victor (1974) *Dramas, fields and metaphors. Symbolic action in human society*. Ithaca: Cornell UP.
- TWINING, William (1973) *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. Londres: Weidenfeld and Nicolson.
- TWINING, William (1994) *Rethinking Evidence*. Evanston: Northwestern University Press.
- UBEROI, Singh (1971) *Politics of the Kula Ring*. Manchester: Manchester UP.
- ULLMANN, Stephen (1967) *Semántica*. Madrid: Aguilar.

- UNIÓN SINDICAL OBRERA (2021) *Hospitales desbordados y colapso de la Sanidad: un año de COVID en 1.ª línea*.
- VAIHINGER, Hans (2008 [1911]) *La philosophie du comme si*. París: Kimé.
- VALDÉS, Ramón (1977) *Las artes de subsistencia*. La Coruña: Adara.
- VERDIER, Raymond. y NABEDE, Banimeleleng (1998) *La justice divine chez les Kabyè du Togo* [audiovisual]. CNRS.
- VILATARSANA, Albert (2015) *La necessitat de construir un Sistema de Policia per a Catalunya* [tesi doctoral]. Universitat Autònoma de Barcelona.
- VILLAPLANA, Laura (2012) *Terra, Costum i Conflict*. València: Germània.
- VINOGRADOFF, Paul (1913) *Common Sense in Law*. Londres: Williams & Norgate.
- (1922) *The Jurisprudence of the Greek City*. Oxford: Oxford UP.
- VIVES, Juan Luis (1781) *Tratado del socorro a los pobres*. Valencia: Benito Monfort. Biblioteca valenciana digital (<bivaldi.gva.es>).
- VIZCAÍNO PÉREZ, Vicente (1833) *Código y práctica criminal: arreglado a las leyes de España*.
- VV. AA. (1804) *Collection Complète des Tableaux historiques de la Révolution Française*, París.
- WACQUANT, Loïc (2003) *Les presons de la misèria*, Barcelona: Edicions de 1984.
- WACQUANT, Loïc (2006) *Castigar els pobres*. Barcelona: Edicions de 1984.
- WALRAS, Léon (1969) *Études d'Economie sociale (Théorie de la repartition de la richesse sociale)*. Roma: Bizzarri.
- WARNER, W. Lloyd (1937) *A Black Civilization. A social Study of an Australian Tribe*. Nueva York: Harper.
- WEINER, Annette B. (1976) *Women of Value, Men of Renown: New Perspectives in Trobriand Exchange*. Austin: University of Texas Press.
- (1988) *The Trobrianders of Papua New Guinea*. Chicago: Holt, Rinehart and Winston.
- (1992) *Inalienable Possessions: The Paradox of Keeping-while-Giving*. Berkeley: University of California Press.
- WILSON, Jeffrey K. (2014) «The holy property of the entirety of the people: The Struggle for the “German Forest” in Prussia, 1871-1914». *Environment and History*, 20(1).
- WINCH, Peter (1972) *Ethics and Action*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1971) «Remarks on Frazer’s “Golden Bough”». *The Human World*, 3.
- (1980) *Culture and Value*. Oxford: Basil Blackwell.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1980) *Remarks on the Philosophy of Psychology* [2 vols.]. Oxford: Basil Blackwell.
- (1981) *Zettel*. Oxford: Basil Blackwell.
- WOLF, Eric (1951) «The social Organization of Mecca and the Origins of Islam». *Southwestern Journal of Anthropology*, (7).

- (1982) *Europe and the people without history*. Berkeley: University of California Press.
- (1999) *Envisioning Power. Ideologies of Dominance and Crisis*. Berkeley: University of California Press.
- WORSLEY, Peter (1956) «The Kinship System of the Tallensi: A reevaluation». *JRAI*, 86.
- XANTHAKOU, Margarita (1993) *Mémoires grecques*. París: Hachette
- (2007) *Identités en souffrance*. París: Odile Jacob.
- XIFARAS, Mikhaïl (2002) «Marx, Justice et Jurisprudence. Une lecture des “Vols de Bois”». *Revue Française d’Histoire des Idées Politiques*, (15).
- YOUNG, Iris (2011) *Responsabilidad por la justicia*. Madrid/A Coruña: Morata/Paideia.
- YUGUEROS, Antonio Jesús (2013) *La intervención de la Guardia Civil, como garante de los derechos humanos, en el ámbito de la violencia contra las mujeres, en las relaciones de pareja o expareja*. Tesis doctoral. Universidad Pablo de Olavide.
- ZAHRAA, Mahdi (2000) «Characteristic features of Islamic Law: perceptions and misconception». *Arab Law Quarterly*, 15(2), 168-196.
- ZAMORA, Esteban (2019) *Pasajes entre el estado de excepción y el Estado guerra*. Buenos Aires: La Cebra.
- ZINO, Julio (1996) *El discurrir de las penas*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona.
- ZORZI, Andrea (2008) *La trasformazione di un quadro político. Ricerche su politica e giustizia a Firenze dal comune allo Stato territoriale*. Florencia: Firenze UP.

Este libro reflexiona sobre el curso de la Antropología jurídica, concretamente, sobre los desarrollos de problemáticas asentadas en etnografías y en fuentes históricas. Asimismo, expone las consecuencias que tiene el derecho sobre la vida y muestra el encuentro de las tradiciones jurídicas con las antropológicas: conflictos y normas, ritos y símbolos, leyes y costumbres, y encuentros y procesos. Establece también una tipología de la justicia y algunos universales concretos para distintas civilizaciones.

