

Cuestiones de fundamentación

1. EL ORDENAMIENTO, SISTEMA O COMPLEJO Y PARADIGMA VINDICATORIO

Propongo el ordenamiento, sistema o complejo jurídico vindicatorio como creación histórica de derecho y también como paradigma teórico en el estudio del derecho. Por su universalidad social y por su radicalidad jurídica incumbe tanto a la Antropología Social y Jurídica como a la Filosofía e Historia del Derecho. Se trata de una propuesta no *progresista* del derecho. Me refiero a la creencia en el progreso (Bury, 1920) como desarrollo y consolidación de un sistema, en este caso de derecho, que ha ido deviniendo cada vez más perfecto (Derecho positivo). Ello implica creer que ha llegado a existir un sistema mejor que otros para cualquier sociedad; o mejor dicho, haciendo, allí donde impera, una *sociedad más perfecta*. Propongo algo análogo a lo que supuso la teoría de la reciprocidad, especialmente en torno a Malinowski (1978) Mauss (1950) y Polanyi (1965) respecto al mercado: no como el germen o conjunto de elementos rudimentarios del mercado, sino como constituyente de otro orden económico y a la vez totalmente social. Porque la teoría de la reciprocidad (basándose en el sistema del don) no podía entenderse como estrictamente económica, sino fundida con otros aspectos de la vida social y cultural.¹ Pues lo mismo propongo respecto al ordenamiento vindicatorio del derecho: un sistema con una racionalidad, valores e instituciones propias, formando un todo social y cultural, no como un amasijo de elementos o gérmenes de pre-derecho o proto-derecho, no como manifestaciones previas a una formación más *evolucionada* y perfeccionada, sino como un conglomerado racional en sí mismo y funcional para determinadas sociedades. El ordenamiento vindicatorio corresponde así en gran medida al orden

¹ En referencia al hecho social total de Marcel Mauss en su *Essai sur le Don* (Mauss, 1950).

económico regido por la reciprocidad sistemática, y ambos órdenes se hallan fundidos (el *embedding* de Polanyi) con otros aspectos morales y culturales de la sociedad.

La interdependencia entre costumbres o instituciones, constituyendo sistemas sociales, ha sido definida precisamente como una teorización peculiar de la Antropología Social. Ely Devons y Max Gluckman concluían que las costumbres e instituciones poseen un tipo de interdependencia sistemática entre ellas, independientemente de las relaciones entre personas.² Dicha interdependencia forma ámbitos más interrelacionados que otros y más participados por una misma lógica y valores. Ello no excluye la conflictividad y las contradicciones que pueden darse y que fueron a veces demasiado soslayadas por las interpretaciones funcionalistas. Pero estos errores no deben hacernos pasar por alto la validez de determinadas correspondencias lógicas y sistemas de valores. Con todo, cuando tratamos de comprender lo que se halla más conectado, formando un sistema jurídico y moral, este puede tener importantes desfases con la realidad (el constante contraste entre lo que es y lo que debe ser, perspectiva propia de la ética y el derecho, que pronto trataremos). Pero precisamente por esa confrontación entre realidad y normatividad, un sistema jurídico y ético tiende a presentarse con mayor integridad, coherencia y consistencia entre sus elementos normativos y sus valores éticos.

La aportación de la perspectiva antropológica radica, pues, en una búsqueda para reunir las diferentes instituciones, saberes y grupos de pautas o costumbres que las ciencias positivas han ido separando: economía, derecho, sociología, religión, arte, historia, filosofía, geografía... Esta interrelación es la que facilita establecer conjuntos con sentido que las visiones especializadas desconocen. Podemos comprobarlo con el positivismo jurídico: cuando encuentra derecho mezclado con religión, moral, etc. tiende a desconocerlo como derecho y a considerarlo más bien como fenómeno de aquello que *lo contamina*, sea la moral, la religión o la estética. Pero este purismo produce la paradoja de que al intentar fortalecer el derecho, tratándolo como aislado de todo lo demás, se le hace en realidad más vulnerable, puesto que se renuncia a percatarse de que el derecho positivo también está penetrado por otros ámbitos de prácticas y saberes. Así ocurre, especialmente en la actualidad, cuando el derecho no quiere tomar conciencia de lo mucho que está condicionado por el poder de varias creencias y costumbres económicas.³

² Cf. Gluckman, Max (1964). Ely Devons y Max Gluckman añaden que «in our judgment, it is through insistence on this interdependence that anthropologists make a specific contribution within the social sciences» (1964: 257). Devons y Gluckman admiten el riesgo de ingenuidad cuando el antropólogo debe fungir como *especialista* de varias disciplinas. Pero este defecto no es mayor que el de desconocer las interdependencias o influencias mutuas entre lo que esas disciplinas separan de una misma realidad.

³ Esta disponibilidad del derecho por parte de la economía ya fue expuesta con gran lucidez por Thurman Arnold (1937). Witold Kula ya reivindicaba también la fuerza de esa interpenetración para

No estoy defendiendo un *embedding* o fusión constante y absoluta entre todas las ideas, instituciones, costumbres y normativas de una sociedad. Siempre se dan asociaciones más frecuentes y significativas en unos ámbitos que en otros. Así, en toda historia universal del derecho se suele apreciar sobre todo su interacción con la moral y la política, pero también mucho con la religión o la economía, dependiendo de las civilizaciones y sus épocas; y podría decirse que sería menos con la química o la astrología, salvo en aspectos muy específicos (ciencia criminológica o mántica augural).

En una obra anterior⁴ ya presenté el ordenamiento vindicatorio como un sistema jurídico y moral, vigente en muchas sociedades, que en general se corresponden con las denominadas *primitivas, antiguas, medievales* y con ciertas poblaciones relativamente aisladas en los Estados contemporáneos. La diversidad de culturas y estructuras sociales en que se da ese ordenamiento jurídico ha suscitado más de una opinión incrédula respecto a la validez ordenada del mismo, como el pertinaz reduccionismo de lo vindicatorio a la venganza.⁵ Sin embargo, lo que expuse en esta obra, de un modo más bien narrativo y descriptivo, era otra cosa: la constatación de un sistema válido y eficaz para diversas sociedades, constituido por un repertorio coherente de instituciones jurídicas fuertemente impregnadas de valores morales. Estas aparecen ya en el subtítulo del libro. Comienzo con el reconocimiento de la ofensa como hecho social y norma fundamental que procede siempre de acciones y procesos judiciales; luego, junto con este reconocimiento se acepta también la realidad de la indefensión, de la dificultad en el acceso social a la justicia, y en consonancia con ello la creencia en la legitimidad de la imprecación, bien sea solo en su validez para la moral, o simbólica para lo jurídico. De ahí que los oráculos, los augurios o los auspicios resulten consistentes con estos precedentes. Y ya en la actividad procesal, la parte ofendida se erige en principal protagonista y acreedora de todo el proceso, el cual toma la forma composicional como prototipo, y genera reparación y reconciliación, en un contexto social y demográfico en el que la reanudación de la convivencia es urgente y necesaria (en ello radica la ausencia de un sistema penitenciario en el ordenamiento vindicatorio). Si la ofensa y el daño causado revisten una tal gravedad

las sociedades contemporáneas (entre diferentes especialidades de conocimiento y praxis) a pesar de que ciertamente estaban instituidas separadamente, tal como Polanyi había remarcado (Kula, 1968).

⁴ Terradas, Ignasi (2008). En publicaciones posteriores he ido extendiendo la base etnográfica e histórica para sustentar el ordenamiento vindicatorio (Terradas, 2017, 2016, 2015, 2015a, 2014, 2008a). En la tercera parte de este libro desarrollo algunas de esas aportaciones y añado otras.

⁵ En la tradición antropológica esa reducción se debe fundamentalmente a una relación teórica entre el culto de los muertos y la venganza según Steinmetz y Mauss (Mauss, 1974); y a las noticias más o menos etnográficas del *pay-back* australiano conocido desde el siglo XIX, en completa separación con las composiciones y reconciliaciones. Lloyd Warner corregirá con su monografía esta división destacando el ritual y las funciones del *Makarrata* entre los Yolngu (Warner, 1937).

y repugnancia, que no pueden resolverse en expiación y composición, entonces cabe la venganza autorizada o el castigo de talión. Se trata de una cuestión análoga a la pena de muerte en el derecho penal: cuando se ordena, se hace más como respuesta de la sociedad que como necesidad reparadora a favor de la parte de la víctima. Hay un cambio en la cualidad de la justicia cuando la autoría del daño, del crimen, no puede ser aceptada por la sociedad como generadora de reparación, con lo cual se sustituye su responsabilidad componedora por una expiación de muerte (se dan casos intermedios de expiación aflictiva y reparación material). Es decir, que la prelación composicional cede ante la vindicta cruenta, la expiación mortal, cuando la naturaleza de la ofensa impide la reanudación de la convivencia en una sociedad de comunidad, no de masas ni anónima, por lo que los ordenamientos vindicatorios optan a veces por la expulsión,⁶ el destierro de la parte responsable del crimen (todo un clan o linaje) antes que infligir la muerte a una persona de la parte contraria. Sería un *equivalente* a la cadena perpetua en el sentido de eliminar de la convivencia social a toda la parte responsable de un crimen inexpiable e incomponible, pero no solo al autor sino a todo su grupo de solidaridad responsable. Todo ello tiene su coherencia y consistencia mutua si partimos de la fusión entre responsabilidad civil y penal, prioridad para la reanudación de la convivencia en una sociedad comunitaria, no anónima ni de masas, y valor necesario de la justicia, hasta el punto de hacerla valer también en el imaginario simbólico. Y no solo en el terreno exclusivamente simbólico, sino también en el de la ayuda espiritual al proceso humano terrenal: instituyendo diversos procesos ordálicos, con asistencia de divinidades o espíritus, e interpretaciones judiciales de sus signos. El juramento, con la sanción espiritual del perjurio es también uno de ellos. Todos esos elementos se hallan formando un conjunto que posee una coherencia lógica y una consistencia moral y jurídica. En este sentido podría tratarse también como un ordenamiento positivo: con una normativa básica, derivada sobre todo de la creación de derecho en sus procesos judiciales⁷ y con una serie de instituciones consistentes con la misma.

Lo que en *Justicia vindicatoria* (Terradas, 2008) presenté con una metodología más bien narrativa y descriptiva para demostrar con una extendida base empírica la existencia de un ordenamiento vindicatorio propio, lo presento ahora de un modo más abstracto y formalmente más completo para explicar dicho ordenamiento como paradigma fundamental de Antropología jurídica: la cultura jurídica vindicatoria como sistema, como ordenamiento consistente y único en sí mismo, no como amasijo de rudimentos jurídicos o como pre-derecho.

⁶ Una fórmula de expulsión es la que ya fue transcrita por Malinowski y ordenada por Bagido'u (Malinowski, 1947: 103).

⁷ Como luego indicaré, el ordenamiento jurídico vindicatorio es eminentemente jurisprudencial.

2. ADVERTENCIA SOBRE LA FUNCIÓN TEÓRICA

Debo advertir de que hay una condición difícil de respetar en toda propuesta de presentación formal, abstracta, de un paradigma que ha de servir para explicar y comprender varios aspectos de la vida social. Para evitar los riesgos de incompreensión debidos a dicha condición yo mismo preferí, pues, exponer primero del modo más narrativo y descriptivo posible, empírico, los aspectos de la vida humana que manifestaban un ordenamiento vindicatorio, desde luego nunca totalmente conocidos o comprendidos, por más exposiciones que se den con rigor y exhaustividad.

El paradigma formal debe entenderse solo como una guía esquemática, que cada caso vivido altera en sus matices y produce también excepciones. Pero sin esa guía la desorientación resulta excesiva y se pierde de vista la virtud de lo comparable y lo realmente incomparable en la experiencia histórica de la humanidad (Detienne: 2000). Aunque hay que decir que después de experiencias en obras muy explícitas y difundidas como *Los Nuer* de Evans-Pritchard, uno queda muy escéptico respecto a la eficacia de esas advertencias. Quizás es, sobre todo, el ímpetu curricular, afanoso en su originalidad y fuerza crítica, el responsable de tantas distorsiones, incluso en la lectura de obras que por su estatus clásico y destacada difusión deberían haber obtenido más fidelidad en su entendimiento. Así ha ocurrido con *Los Nuer* de Evans-Pritchard, a quien no le valieron todas las precauciones y excepciones que planteó para su modelo o guía para comprender la sociología *Nuer*. Las lecturas que redujeron de un modo implacable la obra a un rígido estructural-funcionalismo,⁸ desembocaron en críticas fáciles y soslayaron todas las advertencias que hizo Evans-Pritchard para entender su construcción formal: que esta no negaba la relatividad y dinámica constante de las relaciones políticas, que los valores políticos están siempre en conflicto, que los diagramas referidos a una estructura política son solo orientativos y que ilustran dicha estructura de una forma cruda, solo formal. Que en la mayoría de ocasiones solo pueden señalarse tendencias, las cuales solamente en ciertas situaciones resultan acordes con determinados valores. Que las realidades políticas son confusas y conflictivas, que no siempre resultan conformes con los valores que representa que las guían, porque diversos vínculos sociales pueden reforzar o debilitar dicha conformidad... Y que, de hecho, la consistencia de las realidades políticas solo se aprecia cuando toda su relatividad y dinamismo se confrontan con otros sistemas sociales... Todo eso son palabras (*sic*) de Evans-Pritchard (1969: 137-138) que de nada han servido para volcar toda su obra sobre los *Nuer* en el abismo reduccionista del *estructural-funcionalismo* y su supuesta ceguera colonialista casi total.

⁸ Ayudando, además, el forzado malentendido de que su interés por conocer la sociedad *Nuer* en su máxima autonomía servía para disimular el impacto colonialista.

3. LAS INTERRELACIONES DE UNA CULTURA JURÍDICA, CUESTIÓN DE PRIORIDADES

En nuestro caso, la interdependencia y relación de consistencia la apreciamos primero entre elementos o instituciones que constituyen todo un ordenamiento jurídico, y luego con aspectos de la cultura (política, religión, estética, economía) que como tal lo refuerzan. Esta propuesta prioritaria para establecer un ordenamiento consistente en sí mismo es lo que nos distancia de las perspectivas que aíslan algún elemento del ordenamiento jurídico y lo estudian aparte, sobre todo como móvil de la conducta humana. Ello ha ocurrido especialmente con el estudio antropológico de la *faida* o *feud*. El cual se ha aislado de todas las demás acciones y procedimientos del sistema jurídico y político y se ha explicado su existencia en función de sus móviles. Así, la discusión paradigmática sobre le *feud* entre Emrys Peters y Jacob Black-Michaud⁹ es una discusión sobre los móviles del *feud* (más materialistas en las explicaciones de Peters, alrededor de los conflictos muy frecuentes de los pastores beduinos sobre pastos, acceso a pozos, daños hechos por el ganado, etc. y más culturalistas en las propuestas de Black-Michaud, centradas en el complejo honor-vergüenza). De este modo, el interés por los móviles de las *faidas* ha desviado su estudio en relación con otras instituciones que constituyen todo un ordenamiento jurídico. No es casualidad que este aislamiento de la *faida* haya satisfecho el sustrato dogmático del derecho positivo, porque ha eliminado la *vendetta* y la *faida* de un ordenamiento jurídico, las ha establecido aparte y las ha teorizado solo con los supuestos móviles. Con ello ha dejado *al feud* o *faida* encerrada en lo que es la lógica del delito para un ordenamiento positivista¹⁰ del derecho. Así, el derecho positivo no se ha visto incomodado por antropólogos que sugieran que un delito en nuestro ordenamiento es una institución jurídica positiva en otro (con otros protagonistas sociales).¹¹ En cambio, ha destacado

⁹ Véase especialmente el prólogo de Emrys Peters y el capítulo «Feud and Ritual» en Black-Michaud, Jacob (1975). Black-Michaud contempla algunos episodios de mediación y arbitraje pero no se adentra en cómo suponen una alternativa prelativa al *feud*, cómo lo circundan y cómo puede entenderse el conjunto como un ordenamiento propio.

¹⁰ Entiendo el planteamiento positivo del derecho el que postula una normativa fundamental completa y unas proposiciones consistentes con la misma (legislación y jurisprudencia) dando lugar a un sistema dotado de lógica propia y definiciones que tratan de mantener la discreción o razón de ser suficiente y separada para cada una de ellas. Hans Kelsen ofrece con su teoría pura del derecho un ejemplo de ello, aunque en parte se desmarcara del positivismo del Círculo de Viena. Cuando uno de estos sistemas se auto-predica como el único y más perfecto para el derecho, entonces se comprende mejor con el sufijo *-ismo* (positivismo o neopositivismo).

¹¹ Aunque, hablando con rigor, hay que decir que la venganza está dentro del sistema jurídico positivo (civil/penal) aunque casi nunca se admita. Entendemos la venganza como una acción de represalia

sobre todo un jurista, Antonio Pigliaru (1075),¹² quien ha integrado la *vendetta* (la *vendetta* correspondiente a una *faida*) en el ordenamiento jurídico y ha reconstruido un código según la consistencia ética y jurídica de determinados ejercicios de la *vendetta*. El planteamiento de Pigliaru es uno de mis principales puntos de partida, al situar la *vendetta* dentro de un ordenamiento jurídico. Mi propuesta es ponerla antes que nada en relación con las demás instituciones de dicho ordenamiento, para ver qué sentido tienen en su interdependencia y consistencia mutuas.

Pero, además, he de señalar que la epistemología segregadora del *feud* parece indicar una predilección por el estudio de las hostilidades, sobre todo cuando vienen dadas entre grupos discretos (bastante bien delimitados), lo cual ha centrado la mayor parte del interés de los antropólogos, soslayando todas las demás instituciones jurídicas y políticas que incluso llegan a desplazar totalmente a las *faidas*. Es como si el objeto de estudio tuviera que extenderse en todo el acompañamiento social y cultural correlacionable solo con la lógica y valor de la *faida*, sin abandonar el ámbito de la hostilidad y violencia, alienándose con ello de las otras instituciones jurídicas y políticas que no se nutren de esa hostilidad y violencia. Ese sí que es un defecto de muchos funcionalistas y culturalistas. Porque eluden toda una serie de instituciones o actividades sociales (con sus propios actos simbólicos) que se erigen como sistema, y antes hay que entender la existencia de este sistema o complejo, el cual es de naturaleza eminentemente jurídica o, mejor dicho, de marcado contenido ético-jurídico en el caso vindicatorio. En cambio, las perspectivas funcionalistas o neo-funcionalistas y culturalistas toman la *faida* o la *vendetta*, la aíslan del complejo constituido por otras instituciones jurídicas y la relacionan directamente con otros aspectos de la cultura. Es así como desvían el conocimiento del ordenamiento por el conocimiento del móvil. Y precisamente hay que explicar también el móvil según el

o castigo con ensañamiento de algún tipo, o bien como castigo más moderado y más o menos diferido en el tiempo. La pena puede entonces interpretarse como una venganza moderada con arreglo a la teoría de Beccaria o como *congrua retribución* en las teorías del *mercedimiento*. La venganza, cuando no se admite su presencia en la acción penal de una jurisdicción cualquiera, se mueve con la facilidad de un vicio considerado totalmente ajeno, sin sentirse con la obligación de combatirlo. Repta sigilosamente en el seno del Derecho (la serpiente como símbolo de todo lo que se introduce subrepticamente en un orden bien fortificado o en un paraíso de inocencia) y hasta que no enrolla mortalmente a un tribunal o a una ley casi nadie se percata de su existencia. Con todo, hay jurisdicciones que han introducido la venganza de un modo notorio: como en los Estados Unidos, donde la asistencia de los familiares de las víctimas a las ejecuciones de los victimarios se defiende jurídicamente como derecho a satisfacer su justo ánimo de venganza (Ignatieff, 2006; Allard, 2008). El populismo penal no se atreve por ahora en Europa a reivindicar el aumento de las penas como derecho a la venganza. Tiempo al tiempo. Carlo Enrico Paliero (2018) sostiene que el fundamento de la pena reside en la venganza y que no hay ninguna teoría racional que justifique la pena como algo sustancialmente ajeno a la venganza.

¹² Véase el Cap. II, 3 *La obra de Antonio Pigliaru* en Terradas Saborit, Ignasi (2008).