

I. INTRODUCCIÓN¹

La justicia como búsqueda de un reconocimiento. Las dos grandes culturas jurídicas de la humanidad

1. Justicia y moral. Indefensión y abuso

La comprensión de la justicia vindicatoria es un paso imprescindible para establecer una Antropología e Historia jurídica de alcance universal. La Antropología jurídica puede definirse² como el estudio de la variedad humana en los significados de acuerdos y normas, y en los procedimientos para establecer derechos y responsabilidades. Su estudio revela que los juicios ocasionados por determinadas causas constituyen la fuente más importante de significados³.

¹ Por ser este libro un trabajo de no pocos años son muchas las personas a las que debo agradecer su ayuda. Cito a varias de ellas en los capítulos pertinentes. Pero además de la valiosa ayuda académica que he recibido, agradezco también a quienes me han apoyado hábilmente a lo largo de una tarea no exenta de obstáculos de diversa índole. En este sentido tengo especialmente presentes a mi hijo Marc Terradas Fernández, a Bernardo Sorj, a José M^a Ortuño Aix, a Míriam Torrens Arnal y a Louis Assier-Andrieu quien me guió en mi inicio a la Antropología jurídica y que ha sido siempre un ejemplo reconfortante de buena labor.

² Como veremos más adelante el criterio de la Antropología jurídica observa la existencia de todo derecho como derecho social; la indistinción entre derecho público y privado; la «permanencia del estatuto y la fragilidad del contrato»; y la fusión entre moral (o religión) y derecho en muchas normas y procedimientos, aunque no en todos.

³ Más concretamente: la justicia como valor fundamental de la humanidad obtiene valor de verdad a partir de un juicio paradigmático, el juicio por homicidio. De aquí la importancia de la justicia vindicatoria, ya que trata el homicidio como la ofensa prototípica y su juicio como la búsqueda más ejemplar de justicia.

En general la justicia vindicatoria parte de las ofensas y su reconocimiento. La definen los repertorios de ofensas⁴ y los procedimientos para reconocerlas y juzgarlas. Es así que surge primordialmente como una justicia para ofendidos.

Para comprender la justicia vindicatoria en su extensión histórica y etnográfica hay que partir primero de las condiciones más pobres en la búsqueda de justicia. A lo largo de la historia y a lo ancho de todas las sociedades, la justicia ha sido invocada desde las situaciones más indefensas hasta las más abusivas. Se ha luchado por ella hasta llegar a la consunción de quien la necesitaba y a la plena legitimación de quien la usurpaba. Ha sido la eterna decepción y la postrera esperanza de los oprimidos, y a la vez, un juego y un arma para sus opresores. Ha sido disputada, y también compartida, entre los más bondadosos y los más taimados.

Seamos bien conscientes de ello: la justicia es un bien tanpreciado por todos los seres humanos que se desea en plena extenuación y se exhibe aún violándola. Se clama por ella en la indefensión más absoluta y en su nombre se puede practicar la injusticia de un modo regular, con banalidad y abyección. Es así, y no de otro modo, como se muestra a los ojos de la vida humana su universal necesidad. Y por la experiencia y el escarmiento de estos extremos no es de extrañar que surjan desdeños absolutos hacia su realidad y también representaciones que sólo la toleran en su utopía.

De la indefensión más absoluta –callada y abundosa realidad humana– en la que no se levanta ni el más mínimo clamor, pasamos a las quejas que buscan un reconocimiento, una comunicación humana distinta a la del daño u ofensa que sufren. Estas se tornan en imprecaciones cuando se expresan como si lo hicieran declarando ante un juez imaginario, y obtienen también una respuesta imaginaria de reconocimiento de la ofensa, de su consuelo, o cosas como que la queja es escuchada por un Dios justo.

Entre la indefensión y la imprecación se halla la mínima medida de justicia: la búsqueda de aquel reconocimiento y su encuentro, por lo menos, en una imaginación socialmente comunicable. Muchas culturas humanas han querido que esta comunicación pudiera registrarse mínimamente. Así han surgido

⁴ En el contexto vindicatorio, por lo general, la ofensa unifica –sintetiza– sus componentes materiales y morales, y también funde la injuria, la calumnia y la difamación. Como que casi siempre se ofende a la representación más íntegra de la persona –la que queda mejor recogida en varias sociedades con el concepto de honor– no tiene sentido distinguir demasiado entre el aspecto que ofende directamente el honor, el que acusa con falsedad o perjura y el que difama. Aunque ello quede diferenciado en los hechos, no lo queda tanto en la percepción de la persona ofendida. Esta y otras puntualizaciones para facilitar la comparación metodológica entre Antropología y Derecho son fruto de comentarios que he recibido principalmente de Tomás de Montagut y de Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

fórmulas imprecatorias compartidas socialmente. Se han construido para que la queja que se expresa desde la injusticia obtenga un reconocimiento social más grave y eficaz que el de la vaga maldición. Entonces cada expresión individual que respeta la fórmula adquiere una fuerza que puede equivaler a la de la razón en un juicio. Esa razón justa contenida en la imprecación es la que le confiere su eficacia moral y jurídica. Las sociedades que han cultivado la imprecación moral y jurídica han construido la «jurisprudencia» mínima: la de juicios sin juicio, la de súplicas a un tercero inexistente o inalcanzable –un juez– que reconozca la injusticia y su indefensión.

La imprecación se distingue de la maldición porque ha sido dotada desde su manifestación más primordial o elemental con determinadas formas análogas a las de instar un procedimiento judicial. Con ellas se conviene socialmente en que la imprecación adquiere legitimidad y eficacia, no sólo moral sino también jurídica.

Además, para quien va destinada la imprecación, también para conseguir análoga eficacia jurídica, se recibe –por forma y contenido– como la sentencia de un tribunal. La imprecación se origina en una parte en la constatación de la indefensión, el clamor contra la injusticia y se plasma en la otra en el temor de la justicia. En varias sociedades se consigue este efecto de modo análogo al de las creencias en las oraciones y el temor a los castigos divinos, y a menudo se conjugan o fusionan ambos recorridos.

Es así cómo la imprecación puede llegar a considerarse protegida, comunicada, bajo el amparo de los espíritus de los antepasados o de alguna divinidad. De este modo puede ser expresada con devoción y recibida con temor y obediencia. Puede percibirse como un oráculo que no hay que contradecir o como una queja dotada de una fuerza que va a operar en la realidad. Es así como finalmente la imprecación puede llegar a adquirir legitimidad y eficacia en un amplio contexto social y no sólo estrictamente moral o jurídico.

En la búsqueda de justicia no hay que confundir la imprecación con la maldición que es ajena al reconocimiento de un tercero justo. Las maldiciones sin más, como los actos de venganza estricta –sin ordenamiento vindicatorio– son reacciones despreocupadas de lo que se exige en el reconocimiento como hecho social. El reconocimiento social de la injusticia, y el derecho a imprecar, se forman históricamente a través de varios ensayos de comunicación, atentos a la demanda de responsabilidad y al castigo ejemplar de la injusticia impune. Las fórmulas de imprecación cuidan el fondo y la forma: la intencionalidad, la realidad de los hechos y su conformidad con dogmas o principios de conducta moral y jurídica, así como la expresividad y la contundencia de la fórmula imprecatoria. La imprecación legítima busca el juicio, no imita sólo la condena como la maldición simple. Estas cosas las

analizaremos especialmente en el contexto de la imprecación clásica griega, la *ará*.

Las sociedades más diversas se han impresionado de tal modo por los imperativos, las paradojas, los imponderables y los defectos de la justicia, que han elaborado con ellos diversas culturas de lo jurídico en las relaciones humanas, así como las tramas fundamentales de sus epopeyas, tragedias y mitologías. Porque la justicia, al poder estar tan presente –es decir: también tan ausente– en los conflictos y luchas más encarnizadas como en los tribunales más independientes y cultivados, se ha revelado como el conocimiento crucial de lo humano. Por este motivo el estudio que quiere aprender tanto de los actos firmes como de los engañosos que realiza el ser humano, debe estar dispuesto a descubrirlo en realidades simples o complejas que se esconden tras las apariencias de la venganza más irracional como de la más sabia de las sentencias⁵.

La práctica de la justicia y los recursos imaginativos que pone en juego han desarrollado un ámbito de costumbres y saberes, que conocemos como *cultura jurídica*, principal revelador del trato humano dispensado en cada sociedad. Y en muchos casos este ámbito ha derivado también en una cultura aún más específica, el arte de la jurisprudencia⁶.

La justicia es pues un conjunto de fenómenos a veces radicales, a veces muy contingentes, y a veces puramente imaginativos, señalados o confundidos por la bondad y maldad humanas. La justicia discurre entre actos crueles, mudas hazañas y juegos de interpretación.

⁵ Hallamos más bien en algunas obras literarias la contemplación de estos extremos: las tragedias antiguas hacen hincapié en los sentimientos de justicia que se hallan tras las acciones aparentemente crueles o incomprensibles, y las tragedias contemporáneas ponen de relieve las crueldades y absurdos que se hallan tras no pocos procedimientos judiciales y normas legales.

⁶ En la Antigüedad y en muchas civilizaciones tradicionales la jurisprudencia va íntimamente asociada a ideas de integridad moral y valor estético del acto y fallo judicial, y también de bondad, además de equidad, en la persona del juez. Así se desprende por ejemplo de varios de los relatos jurídicos de las *Noches Áticas* de Aulo Gelio o de la historia de los jueces de Córdoba de Al-Jušanī. De este modo alababa su magistratura un visir del antiguo Egipto: «había elevado la justicia hasta lo más alto de los cielos, haciendo que su belleza se extendiera por toda la tierra, de tal modo que quedara hasta en la misma respiración del pueblo, como el fresco viento que viene del norte y que se lleva toda la amargura que impregna el cuerpo humano...». Rekh-mi-re, visir del Alto Egipto bajo Tutmosis III (1490-1436 a. C.) Wilson, J. A. «The Vizier of Egypt». P. 212 y ss. de Pritchard, J.B. (1969) *Ancient Near Eastern Texts relating to the Old Testament*. Princeton: Princeton U.P. Esta idea catártica de la jurisprudencia se ha mantenido hasta la actualidad, aunque desde la maquinaria y el formalismo judiciales contemporáneos puede parecer pueril y hasta grotesca. Lo mismo sucede si invertimos la perspectiva: también lo parecen esa maquinaria y esos formalismos de las administraciones de justicia.

Sólo los seres humanos son capaces de crear justicia, y eso es algo único, que resiste la comparación que para otros fenómenos puede hacerse entre humanos y otros animales. Los animales son más dados a congraciarse y a someterse, pero no juzgan, no testifican ni prueban⁷, no instituyen poderes, y menos autoridades, que deliberan y resuelven. Y casi toda la justicia que tiene eficacia social procede de juicios con jueces. Por ello la figura del juez, del buen juez, ha sido tomada casi como la personificación de la justicia, e incluso así es denominada en algunas culturas y ordenamientos jurídicos.

La justicia se busca en el juicio y en el juez, aunque sean simbólicos. La justicia es una expresión humana en busca de *un* reconocimiento. De este reconocimiento derivarán las «audiencias» de la justicia: desde la queja inaudible hasta el juicio público.

Como reconocimiento especial, el juicio «da la razón» a una de las partes. En principio puede que éste sea un objetivo nada desdeñable, y por este motivo hallamos casos en los que el juez es alguien elegido por las partes para que dé la razón a una de ellas, sin otra facultad, y aún pudiendo ser desatendida. Este sería el hombre llamado a intervenir como mero árbitro, sin poder de derecho ni apenas razón de equidad, próximo a la figura del «amigable componedor». Pero al mismo tiempo, se busca el juez que interpreta, considera, condena y absuelve, que razona «aparte» o «por encima» de las partes, y que cuenta con el poder de hacer cumplir sus sentencias.

2. Que «toda justicia es poca» o «mucho es injusticia»

Es sabido que en todas partes la humanidad ha exhibido una multiforme capacidad para dañarse a sí misma, individual y colectivamente. A esta capacidad ha correspondido otra que en principio parecía destinada a mitigarla o contrarrestarla. Con esta otra se ha ido creando justicia y derecho. Pero no hay que olvidar que ambas capacidades han nacido juntas, en inextricable mezcla. Y a menudo se utilizan las dos a la vez. Así, sabemos que también se daña con derecho y justicia. Históricamente se han ido construyendo algunos derechos y formas de administrar justicia que pueden ser compatibles con la voluntad de dañar, la cual evidentemente se representa entonces como el disfrute justo de un derecho. Un ejemplo clásico es el de la acción del derecho de propiedad para expropiar, como en la ficción de las «tierras de nadie» o de mero usufructo de los pueblos indígenas.

⁷ Para una síntesis de esta cuestión: Silk, J.B. (2002) «The form and function of reconciliation in primates». *Annual Review of Anthropology*.

También la especie humana resulta singular en sus empresas de auto-domesticación o lo que evoca una «sub-especiación» dentro de la misma especie. Unos seres humanos son capaces de tratar a otros como a los animales domésticos, considerando que sus derechos, sentimientos y necesidades no son los mismos que les otorgan a ellos su condición. Así ha nacido la esclavitud y todo género de discriminación con la idea de que otros no están a la altura jurídica de uno. El esclavo era considerado incapacitado hasta que con dinero podía adquirir su libertad. En una democracia censitaria sólo los propietarios ejercen derechos como ciudadanos. En nuestras democracias sólo ciertos niveles de riqueza son capaces de obtener los contratos previos a la acción de la justicia en muchas materias, incluyendo varias penales. El imperio del mercado sobre lo jurídico hace que en general el derecho –por haberse privatizado en muchos casos su acceso– sea caro, y la justicia –por ser pública– mal pagada o bien pagada pero mal reconocida. El mercado está mucho más al servicio de lo culposo –por lo menos– que del cumplimiento: se desentiende de las consecuencias *vitales* de los contratos y así lo respetan la ley y la jurisprudencia en la medida en que toleran o ensalzan el mercado como fuente de derecho⁸. El mercado puede alcanzar por la vía dolosa la disponibilidad de derechos fundamentales de las personas. Esto puede producir situaciones análogas a las de una sociedad de nobles y siervos. Otro ejemplo: en variadas inculpaciones las fianzas eluden penas preventivas o anticipatorias para unos, mientras que se aplican sin otra razón que la falta de dinero para otros.

Además, incluso obrando de buena fe es muy difícil obtener que la justicia se desprenda de circunstancias y predisposiciones sociales que al aplicarse la pervierten o despojan de su equidad. No estamos hablando de prevaricación, de cualquier tipo de corrupción, o de abusos que la misma justicia puede corregir, sino de la defectuosidad de la justicia ejercida de buena fe. Esto es lo que hace que la justicia sea también una pretensión o superfluidad. Un juicio justo, en todo lo que le atañe por este principio, equivale a una revolución. Porque se ve obligado a hacer frente a otras injusticias que «no vienen al caso». Por esto los jueces que han practicado algún juicio deslumbrante por su equidad pasan a la historia casi como revolucionarios y amenazadores de la jurisprudencia *habitual*.

Frente a todas esas experiencias desoladoras es comprensible que muchas personas se desentiendan de los afanes de la justicia, de cualquier derecho y juicio. También resulta fácil filosofar sobre lo jurídico como ámbito de

⁸ Los juristas que así piensan elevan el mercado a fuente consuetudinaria del derecho o incluso a fuente natural.

pura perversidad. Pero entonces, hasta el contemplativo más crítico puede entregarse fácilmente a la injusticia precisamente por poner la justicia «debajo de él».

Ante la impasibilidad o la idealización de la «ley del más fuerte» (la cual, nos enseña la historia, es a menudo elaborada por los «débiles» que sirven al fuerte) se han creado y siguen creándose muchos modos de enfrentarse a la injusticia, incluso frente a lo que parece tener el poder de anonadar la justicia, o frente a lo injusto que va inextricablemente unido a la justicia.

La Antropología jurídica es el conocimiento derivado de etnografías y documentos históricos que nos enseña acerca de la variedad humana en su búsqueda de procedimientos para obtener justicia, para encajar y paliar la capacidad humana de dañar. En este recorrido apreciamos vacilaciones históricas entre procedimientos, moderaciones en sus desarrollos o bien nuevos ensayos y obstinaciones perfeccionistas. Todo ello da cuenta de que la necesidad y a la vez la desconfianza en las formas *tan humanas* de crear justicia es una constante universal⁹. Siempre se busca alguna forma de justicia y se desea perfeccionar o cambiar la justicia encontrada, bien sea sin tocar los procedimientos ya instituidos o promoviendo revoluciones para obtener otros.

La Antropología jurídica enseña que no hay progreso en la práctica, por más que la doctrina lo represente. Esto, si por progreso entendemos la resistencia cada vez más eficaz y victoriosa contra la capacidad humana de dañar. Ya hemos dicho que ello radica en la forma *tan humana* de perseverar y complacerse en lo que daña, y a la vez, de querer impartir justicia. Por eso toda justicia es necesaria y es también pretenciosa. Para algunos hay muy poco realismo humano en la justicia, pero para el esfuerzo colectivo de muchas sociedades hay también poco o mucho enfrentamiento a las injusticias. Para unos la justicia, en sí misma, puede saber a poco, para otros toda justicia es poca y no cesan en su búsqueda. Porque toda justicia es poca por impotente y también por leguleya. Tan impotente o desaforada es para unos que prefieren creer en morales fatalistas, en justicias sobrenaturales o en

⁹ En Antropología Social el predicado universal corresponde a rasgos hallados en sociedades muy distintas. Es precisamente este contraste lo que justifica señalar la tendencia universal. No la proliferación de determinados rasgos en sociedades parecidas, aunque su número sea elevado. Esta segunda perspectiva correspondería a criterios de generalización, de difusión o globalización de lo mismo. Así podemos decir que la equidad como principio corrector de una primera instancia o aplicación de justicia es universal porque está compartido, entre otras, por sociedades tan distintas como la de la antigua y moderna Grecia, la de los Tikopia en Polinesia, la inuit o esquimal de América septentrional, la barbaricina de Cerdeña, y también, en alguna medida, por la nuestra. En cambio algo tan general o global como el ordenamiento social por el mercado no es universal porque no está presente en sociedades tan diversas en la historia y la etnografía.

nada. Otros la tienen como negocio inveterado de sicofantas. Y así es y así ha sido reconocida en muchas épocas históricas. Con lo cual en ocasiones la justicia se ha convertido en materia más apta para la sátira que para la cabal jurisprudencia.

Hay dos tipos de fatalismo. Existe aquel en el que el individuo o buena parte de la sociedad se ven impotentes o indefensos ante la corrupción de la justicia y la irresponsabilidad que imparte justicia y otorga derechos. Entonces opinan que es inútil enfrentarse a tanta maldad humana, y «comprueban» día a día la fatalidad con que se producen los acontecimientos. Pero hay otro fatalismo más cercano a lo que consideraremos al tratar las imprecaciones o maldiciones que se creen dotadas de cierta eficacia jurídica. Es un «fatalismo» que normalmente se manifiesta asociado a la fe religiosa. Y en su contenido de fe no es inhibitorio de demanda o acusación, sino que éstas se trasladan a lo que una comunidad de creyentes tiene como jurisdicción sobrenatural. Entonces, Dios, los santos o los antepasados se hacen cargo de los agravios y quien los demanda confía en una justicia que por su naturaleza la sabe tan ignota como infalible. De ese modo el «fatalismo» es una atribución que se hace al creyente desde fuera, por parte de quien no comparte su fe, porque desde la creencia no se trata de una inhibición jurídica sino de la confianza en su instancia suprema. Varios pueblos islamizados dan ejemplo de este proceder: «La gente prefiere presentar sus agravios a los santos más que a los líderes locales o a los tribunales de justicia. De hecho sólo los casos de ofensas o disputas en los que el acusado es conocido por el actor se someten a las autoridades judiciales, los otros se someten a la intervención de los poderes sobrenaturales de los santos. Esto significa que la esfera de actuación del poder sobrenatural es más amplia que la de los jefes y los tribunales. La gente confía más en los santos para hallar a un culpable y castigarlo que en los funcionarios judiciales»¹⁰.

¹⁰ Abou-Zeid, A. M. (1956) *The Great Oasis: A Study of the Social Institutions of El-Kharga; An Egyptian Oasis in the Western Desert*. Tesis doctoral: Bodleian Library, Oxford (Cortesía de Eliseu Carbonell). Abou-Zeid establece claramente la compatibilidad de las dos jurisdicciones (la sobrenatural y la secular), no se trata de una inhibición total del interés como parte en un juicio. Sólo en aquellos casos en los que se desconfía de la eficacia de la institución humana se recurre a la espiritual. Además, Abou-Zeid añade que también se recurre a la jurisdicción sobrenatural para evitar hostilidades entre actores y acusados conocidos o vecinos con los que se convive cotidianamente. Al mismo tiempo, y aquí sí que vemos una faceta del fatalismo más estricto, ante cada hecho delictivo cada grupo agnaticio puede reflexionar sobre las agresiones que ha recibido y ha infligido a lo largo del tiempo, porque son pecados que van compensándose entre los grupos, a modo de fatales vaivenes. Aunque anecdóticas, resultan reveladoras las memorias de Tawfík Al-Hakīm (2003) (1937) *Diario de un fiscal rural*. La Coruña: Ed. Del viento. P. 159) precisamente en el mismo Egipto rural y en torno a un caso no resuelto en el que la fórmula de la instancia local «archívese el sumario

La sabiduría de los pueblos, a través de sus etnografías, también nos enseña, que a pesar de todo, la justicia, la obtención de juicios, sigue manteniéndose, porque a pesar de poder ser un simulacro de la prepotencia y la hipocresía, también es el encuentro humano en el que más se juega a fondo con el valor y la honradez. Y sólo en este tipo de encuentros el hombre se siente intensa y completamente a medida con sus semejantes.

Y ya cuando la demanda de justicia es revolucionaria, cuando no se quiere regresar a un *statu quo* anterior (pensemos en fenómenos como la abolición de la esclavitud) o cuando un caso sacude todo un fondo social y se interpela a toda la sociedad con un «¿Qué estamos haciendo?», entonces hallamos la creatividad máxima en la obtención de justicia. Y comprobamos que lejos de anularse toda la justicia ejercida anteriormente, como cómplice de la injusticia, el nuevo estado de justicia, a pesar de su evidente ruptura, debe mucho a toda una trayectoria histórica comprometida con los objetivos logrados. La implantación –aunque pasajera– de revoluciones jurídicas no es cosa de un día. Una parte de la doctrina, de la jurisprudencia, de la ley, de la interpretación legal, de la enseñanza de derecho, ya estaban por la labor. Por esto, incluso la demanda social de justicia o de respeto a determinados derechos colectivos ha podido aparecer históricamente como la demanda de vigencia para una tradición, para algo que es tan antiguo en la historia como siempre nuevo en el derecho¹¹.

Intelectualmente podemos conocer la búsqueda de justicia del modo más realista posible: en distintas sociedades, y recabando en la eficacia y defecuosidad que cada sociedad desvela. Y, asimismo, destacando valores éticos y jurídicos que esta misma variedad social crea y recrea. Estas son las posibilidades que nos ofrece la investigación en Antropología jurídica.

por desconocimiento del criminal» corresponde la delegación superior de justicia con esta otra: «Prosiguen la búsqueda y las averiguaciones», a las que el autor del relato apostilla: «que, esas sí, son las palabras de despedida con que el sumario queda definitivamente enterrado». En estas circunstancias ni para un no creyente ha de resultar descabellado confiar en los santos puesto que el fatalismo está del lado de la justicia humana...

¹¹ Es así como, en términos generales, entendemos la reivindicación de derechos sociales consuetudinarios. Marx fue el primer intelectual que interpretó la tradición en este sentido, como defensa de un derecho social, frente a la interpretación de la tradición como defensa del interés privado (Cf. «Los Debates sobre la ley acerca del robo de leña» en (1983) *Los artículos de la Gaceta Renana*. Valencia: F.Torres). Louis Assier-Andrieu añade que la crítica de Marx «no ha perdido nada de pertinencia y actualidad en todo este mundo en el que el mercado inventa su derecho contra la tradición» (1996) *Le Droit dans les sociétés humaines*. París: Nathan.