

Confluencias¹ entre antropología y derecho en Iberoamérica

Confluences between anthropology and law in Ibero-America

Antonio Augusto Bonatto Barcellos

Resumen

El presente artículo trata de establecer los principales puntos de convergencia entre el derecho y antropología, sobre todo en el contexto iberoamericano. Analizamos diversos autores y obras, de la misma manera que establecemos la relación entre conceptos relacionados a ambas las ciencias. En las conclusiones intentamos demostrar que derecho y antropología son ciencias complementarias y que pueden apoyarse para enriquecer y facilitar las labores de juristas y antropólogos, así como para acercar el derecho de los ciudadanos.

Palabras Clave: Antropología, Derecho, Iberoamérica, Relación, Jurídica.

Abstract

This article tries to establish the main points of convergence between law and anthropology, especially in the Ibero-American context. We analyze various authors and works, in the same way that we establish the relationship between concepts related to both sciences. In the conclusions we try to demonstrate that law and anthropology are complementary sciences and that they can be supported in a way to enrich and facilitate the work of jurists and anthropologists as well as bring the law closer to citizens.

Keywords: Anthropology, Law, Iberoamerica, relation, legal.

Introducción

El XXV aniversario de esta forma de hacer antropología a la cual llamamos antropología de Iberoamérica es justamente una de las efemérides dignas de un libro, o una antología, en cuyas páginas se registre al menos parte de esta bonita historia. La verdad es que «Antropología de Iberoamérica» es, ante todo, antropología, solamente con la mirada especial al contexto iberoamericano. Por cierto, Iberoamérica no es nada menos que el concepto precursor de lo que hoy conocemos como occidente, una comunidad cultural que acepta y comparte determinados rasgos culturales y visiones de mundo.

En el recorrido de la Antropología de Iberoamérica, desde el principio, la relación con el derecho y con la ciencia jurídica estuvieron presentes. El epicentro salmantino de la antropología Iberoamérica, desde el siglo XVI ya despuntaba como precursor de lo que hoy llamamos antropología jurídica o, en otros casos, derecho internacional.

En el antiguo doctorado de Antropología de Iberoamérica, desde finales de los años 1990 y posteriormente en el Máster Universitario en Antropología de Iberoamérica, muchas fueron las tesis doctorales o trabajos fin de máster que han abordado temáticas de antropología jurídica en sus más variados aspectos. Las investigaciones han tratado sobre temas de corrupción, derecho laboral, derechos empresariales y derecho de familia, siempre apoyadas en la antropología para realización de los objetivos de la investigación.

Hay que destacar el pionerismo y vanguardia de los Doctores Ángel Espina Barrio y Emiliano González Díez, quienes, cuando la antropología jurídica todavía hacía tímidas apariciones, ya la apoyaban y publicaban obras relacionadas a ella. Por ello, la antropología jurídica seguramente es una importante columna que sostiene la red de investigadores de antropología de Iberoamérica y este conjunto de profesores, obras y académicos que cariñosamente designamos como Antropología de Iberoamérica.

El presente artículo tiene la pretensión de demostrar cómo el derecho y la antropología están cercanos y son complementarios. Esperamos que el resultado final logre tal objetivo.

Antropología y Derecho – fundiendo horizontes

El derecho, como parece ser un consenso, es parte de la cultura humana y fue instituido por ella como una forma de posibilitar y facilitar la convivencia en sociedad². En el estudio del derecho, desde que el derecho se convirtió en la forma predominante de organización social, especialmente en los estados occidentales, ha sido bastante común comparar leyes e instituciones legales entre naciones. Los estados considerados más desarrollados fueron tomados como parámetro para la inserción o supresión de normas consideradas necesarias o desfasadas.

La comparación también es un elemento central en los estudios antropológicos y casi siempre está presente, aunque inconscientemente, cuando el observador encuentra un comportamiento extraño para él/ella. René David dice que la función moderna del derecho comparado es: «la de hacernos comprender los puntos de vista ajenos y la de hacer comprender a los otros nuestros propios puntos de vista, es decir, la de organizar, en la esfera jurídica, la coexistencia pacífica y, si es posible, armónica que constituye *conditio sine qua non* para el mantenimiento y el progreso de nuestra civilización³».

La frase del estudioso francés bien podría quedar estampada en cualquier manual de antropología hablando de la necesidad de relativizar las costumbres ajenas y tratar de entender las pautas culturales según el punto de vista del nativo. El mismo principio se aplica con respecto a la ley. El derecho comparado sigue siendo una forma de hacer antropología con un objeto cultural muy restringido, que son los aspectos jurídicos de determinados pueblos. Además, los conceptos jurídicos, el papel asignado a la ley y al derecho, la estructura económica, el idioma y todo el entramado de costumbres de cada país están en el trasfondo del derecho afirmado en la ley o construido por la jurisprudencia⁴.

Es importante recordar que el derecho surgió como una forma de regular las relaciones entre las personas. Por lo tanto, el derecho civil es la primera y más antigua rama del derecho. Las demás divisiones del derecho en administrativo, constitucional, fiscal, laboral, penal, etc., son ramas posteriores y en las que el derecho civil sigue ejerciendo influencia, a veces indebida. Existen varias grandes familias de derechos reconocidos por juristas de todo el mundo, citamos algunos de los principales: romano-germánico, *common law*, derechos religiosos y tradicionales, entre los que destacan el derecho de los países musulmanes, India, China y Japón.

En nuestro estudio nos interesa especialmente la familia romano-germánica irradiada desde el continente europeo y aplicada principalmente en América Latina debido a la colonización. El derecho romano se convirtió en el foco de estudios de las Universidades de la Edad Media, que comenzaron a entender el derecho como modelo de organización social. De hecho, el derecho romano fue la base del derecho enseñado en las universidades, con preeminencia sobre el derecho nacional, hasta el siglo XIX. Sin embargo, en los siglos XVII y XVIII se hizo famosa la Escuela de Derecho Natural, que defendía la existencia de un derecho naturalmente común a todos los pueblos y todas las épocas. Esta escuela contribuyó a la creación de una comunidad de principios filosóficos y morales comunes a nivel europeo. La escuela de derecho natural también favoreció la expansión del derecho a otras relaciones como la relación entre el Estado y los particulares en la forma de derecho público y especialmente en el derecho penal al consagrar reglas mínimas de humanidad y dignidad en el trato de los procesados y convicto⁵.

El derecho germánico que conforma la gran familia romano-germánica es, de hecho, una abstracción con elementos de varios lugares y pueblos que insertó elementos no romanos en las leyes nacionales. En la Península Ibérica, queda la duda de si los elementos germánicos del derecho peninsular son realmente alemanes o son locales, provenientes de una tradición ibérica⁶.

La costumbre también juega un papel importante en la familia romano-germánica. Los juristas se guían por las opiniones dominantes y por sus propias ideas preconcebidas sobre las costumbres de un lugar determinado. Para René David, la costumbre actúa como las condiciones de producción de la teoría marxista, las costumbres son la infraestructura del derecho⁷.

La norma jurídica en la familia romano-germánica se encuentra a medio camino entre la decisión del litigio concreto y los principios que lo informan. La norma debe dejar cierto margen de acción al juez y, cuando ciertas situaciones parecen repetirse, se intenta adaptar el hecho y la norma como forma de orientar a los ciudadanos sobre cómo proceder. La ley y el derecho no se confunden, aunque la ley ha logrado un gran protagonismo. Sin embargo, el derecho sólo se hallará con el cotejo de varios elementos y la actuación de los juristas.

René David⁸ señala dos tendencias legislativas dentro de la familia romano-germánica. Uno de ellos tiende a expresar las normas de la forma más inteligible posible para la población y el otro trata de utilizar el lenguaje técnico más preciso posible. La distinción entre tendencias es la misma que ya es común en antropología entre el lenguaje y los puntos de vista *emic* y *etic*.

En la coyuntura actual en la que se encuentran los Estados Democráticos de Derecho, la elaboración de leyes con lenguaje técnico y jurídico parece una insensatez. De hecho, esta situación se convierte en causa de una enorme inseguridad jurídica y probablemente de interpretaciones que subvertirán las razones por las que se creó la ley. La ley, al menos en los Estados Democráticos, es redactada y aprobada por representantes electos del pueblo y está destinada a la población en su conjunto. La ley, aunque normalmente es objeto de discusión por parte de los juristas, está destinada a toda la población y debe ser accesible a ella. Los ciudadanos necesitan entender la ley y saber cómo proceder.

La incompetencia, la lentitud y la influencia de intereses no legítimos en el proceso legislativo han mermado cada vez más la calidad de las normas emitidas por los parlamentos nacionales. La tendencia a partir de entonces es abrir la posibilidad y la necesidad de interpretaciones que muchas veces van en contra de las leyes para que efectivamente se atiendan los intereses de la población y no de ciertos grupos normalmente dominados por grandes inversionistas, aseguradoras, bancos y grandes constructoras.

La jurisprudencia pasa entonces a ejercer la actividad creadora de derecho, principalmente a través de los tribunales supremos, aunque siempre hay una natural propensión a enmascarar la actividad creadora bajo el telón de fondo de revelar la verdadera voluntad del legislador o el espíritu de la ley. No es casual que la interpretación de las leyes haya recibido cada vez más atención, más teorías y llamados a la imposición de límites, bajo pena de que la ley se pierda en la maraña interpretativa y quede sujeta, siempre, al casuismo y al subjetivismo. No en vano, una de las últimas escuelas consolidadas de la antropología es la hermenéutica/simbólica, también en el sentido de brindar interpretaciones válidas sobre costumbres y tradiciones, buscando formas en que el lector comprenda y pueda sustentar o criticar la interpretación que hace el autor.

El problema de la hermenéutica, en efecto, acerca el derecho a las demás ciencias humanas, colocando al jurista ante el problema de la interpretación de los textos

y símbolos del mundo de la cultura. La justificación racional y antropológica del derecho sólo procederá de una interpretación acorde con la razón humana. En este sentido, el derecho debe ser siempre estudiado y entendido desde la perspectiva del deber de ser y nunca sólo de lo enunciado. Aun así, es necesario ver el derecho desde una perspectiva histórica y evolutiva, rechazando la existencia de un derecho válido para siempre como algunos dogmas religiosos. El desarrollo del derecho normalmente sigue la evolución de otros aspectos culturales de un pueblo⁹.

El derecho siempre se ha dividido entre las leyes positivas de un pueblo en un momento dado y las condiciones sociales que crearon ese derecho, así como su legitimidad. En este sentido, Ihering tuvo el mérito de volcar la ciencia jurídica a la sociedad como una forma de privilegiar el comportamiento social y los fines del derecho¹⁰. El autor también fue uno de los que buscaba comprender la sociedad romana en su conjunto y no solo el derecho romano de forma aislada. Para él, el derecho romano era uno de los componentes que adquiriría coherencia en el marco de las costumbres e instituciones romanas y es esta coherencia la que debemos buscar al utilizar elementos del derecho romano actual¹¹. Este tipo de manera de ver el derecho provocó una innovación sin precedentes en la forma de aplicar el derecho, alejándose del formalismo y legalismo extremo para considerar la ponderación de cada caso con las complejidades que normalmente se presentan.

Una contradicción, desde entonces, estará siempre presente en el derecho y permitirá dos formas posibles de ver la práctica jurídica: una que entienda el derecho como un factor cultural inserto en la historia y la cultura de un pueblo como uno de sus elementos; la otra es la visión del derecho como una suma de significados extraídos de las normas existentes¹².

En contraste con tales teorías, una concepción positivista de la ley surgió en el trabajo de Hans Kelsen, quien abogó por una teoría de la ley positiva únicamente. Kelsen intentó escapar de la subjetividad y el carácter de ciencia humana del derecho al afirmar que el estudio y la aplicación del derecho ocurrirían solo sobre la base de las leyes existentes, sin crítica ni justificación. El autor pretendía otorgar al derecho el estatus de ciencia empírica y palpable, capaz de hacer frente a otras ciencias como la química o la física. La corriente teórica defendida por Kelsen se denominó teoría pura del derecho y, de hecho, era una teoría del derecho positivado¹³.

Para Norberto Bobbio, el derecho debe ser una ciencia que aproveche el carácter científico de las ciencias sociales y estudie las correlaciones entre los hechos sociales y las normas jurídicas. El derecho sería como una ciencia del comportamiento que estudia el cambio incesante de s adaptar las normas jurídicas a las nuevas realidades sociales. Esta sería la necesidad de las sociedades modernas abiertas y cambiantes frente a las sociedades estáticas y cerradas. El autor también se encarga de promover el choque entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, choque que promueve otro de los encuentros o aproximaciones entre la antropología y el derecho. Bobbio define el iusnaturalismo como un conjunto de principios éticos y de primacía de

la razón que sirven de soporte y fundamento a la actividad legislativa. A su vez, el derecho positivo es aquel derecho expresado por la legislación vigente en una determinada nación. Para los positivistas¹⁴, lo que no se ha transformado en legislación no es un derecho y ni siquiera merece consideración. Para los jusnaturalistas, el derecho natural subyace y prevalece sobre el derecho positivo, pero no lo excluye de la esfera de la existencia¹⁵.

El choque entre ley natural y ley positiva es una de esas paradojas tan propias de la sociedad humana y también del choque clásico entre el relativismo cultural y el etnocentrismo. Aceptar las costumbres ajenas siempre es difícil cuando dichas costumbres implican prácticas que, para nosotros, incluyen principios inalienables como el derecho a la vida, a la existencia digna ya la no discriminación. Hablar del derecho a la vida podría ser una afirmación de derecho natural al presuponer que todo ser humano tiene derecho a disfrutar de su vida ya no ser privado de ella por otro ser humano. Sin embargo, este derecho se relativiza constantemente, según la situación que lo autorice (guerras y sentencias de muerte, por ejemplo) y generalmente con base en el derecho positivo.

Así, lo que buscamos es un derecho que inserte la legislación y su aplicación en el contexto del comportamiento social de los ciudadanos y no un derecho que encuentre su validez únicamente en el plano formal de las normas vigentes. La norma debe tener una justificación que emane de la realidad histórica, cultural, ética y social donde se encuentra vigente. El trabajo de interpretación del derecho debe tener en cuenta el conocimiento de las normas para llegar a su sentido, pero también una base antropológica que dé razón a las normas. El sentido de la norma debe emerger después de haber sido ocultado y este tipo de interpretación supera una pretensión de cientificidad absoluta de la dogmática jurídica¹⁶.

En las últimas décadas, muchos juristas han aceptado y cargado la teoría hermenéutica de Gadamer¹⁷ que la propone como una teoría del pensamiento en general y reduce las diferencias, incluso, entre las llamadas ciencias de la naturaleza y del espíritu. Esto sin renunciar a la condición siempre histórica y necesaria de la comprensión. La historia no añade nada a lo que sabemos, sino que es una condición previa para la comprensión. En lugar de proponer una visión hermenéutica que sea capaz de ponerse en el lugar del otro, se crean nuevos conceptos como el de fusión de horizontes. Este concepto de fusión de horizontes es la nueva función de las ciencias del espíritu, fusionar el horizonte del presente con el horizonte del pasado¹⁸.

El significado de un texto (y aquí añadimos el de cualquier símbolo legible/accesible a los sentidos) siempre desborda la primera comprensión que se tiene de él y vuelve en cada interpretación que se hace de él. La comprensión no es una actividad pasiva y reproductiva, sino activa y creativa. Para una correcta comprensión de cualquier texto, es necesario mediar los factores del tiempo y la tradición para posibilitar el correcto acceso a la realidad. De hecho, Gadamer propone que sólo a través de la distancia sería posible captar el sentido pleno de las cosas¹⁹. Esta

distancia puede manifestarse como distancia temporal o como extrañeza cultural, como sucede en la antropología. A partir de la distancia del observador, la observación adquiere plenitud.

La comprensión pasa por un momento circular en dos puntos distintos denominado momento adivinatorio donde tratamos de captar situaciones individuales en su singularidad y el momento comparativo donde partimos del conjunto general para comprender aspectos particulares. Para Gadamer, este círculo va desde la pre-comprensión que tenemos hasta la cosa que posibilita el contraste entre nuestra idea preconcebida y el objeto de interpretación. Por eso sería necesario abordar el texto con la mente abierta y propensa a comprender la opinión de los demás y otras posibilidades más allá de lo ya preconcebido. Sin embargo, como señala el autor, el prejuicio es inherente a la actividad interpretativa y hay ciertos aspectos de la pre-comprensión que son legítimos, en cuanto son compatibles con el intérprete y con su condición histórico-existencial²⁰. Tal situación es bastante similar a extrañar lo familiar y familiarizar a lo extraño de lo que habla DaMatta²¹ como un ejercicio necesario para la actividad antropológica.

Gadamer nos sugiere la idea de un diálogo interpretativo entre el intérprete y el texto. Hay una retroalimentación circular entre ellos y para eso el intérprete debe estar dispuesto a hacer preguntas y escuchar lo que dice el texto. Con cada nueva interpretación de una norma, ésta se actualiza y cobra nueva vida dentro de la perspectiva creativa de la interpretación. La tensión entre texto e intérprete es la situación ideal de comprensión que Gadamer definió como una dialéctica de familiaridad-extrañeza, tal como DaMatta la adaptó luego a la antropología²².

Sólo desde la actividad interpretativa sería posible encontrar el derecho. Hay que abolir la ya trasnochada intención de satisfacer la voluntad del legislador y tratar de reducir la distancia entre la generalidad de la ley y la especificidad de las situaciones concretas. Para Gadamer, un conocimiento científico tanto del derecho como de las ciencias de la naturaleza es inviable, el conocimiento del derecho es de tipo hermenéutico, más arte que técnica²³.

Habría una tradición hermenéutica del derecho que represente las expectativas de sentido impuestas por la tradición jurídica y evite una ruptura total con los sentidos del texto jurídico. La formación jurídica debe ser en el sentido de transmitir esta tradición hermenéutica. El conocimiento previo necesario para la proposición de investigaciones es el gran diferencial de ciencias como el derecho, inseparable de unos valores históricos y fines humanos²⁴.

De acuerdo con Gadamer deberíamos prestar más atención a la realidad cultural a la hora de interpretar. El lenguaje aparece como mediador del ser y es imposible sustraerse a una ontología del lenguaje al momento de reivindicar una ontología hermenéutica. El lenguaje es la condición de trascendencia de la hermenéutica y no se trata de descubrir significados ocultos en la norma, sino el significado y sentido para ese intérprete en esa condición histórico-existencial²⁵. Una aplicación de la ley

restringida a posibilidades objetivas y positivas, de hecho, lo que hace es sustraer la ley de la praxis de los ciudadanos y aislarla²⁶.

Para muchos autores, existe una crisis en la dogmática jurídica actual. El modelo de derecho heredado del Imperio Romano pretendía hacer frente a los conflictos interindividuales entre ciudadanos romanos de posibilidades muy similares. Tal crisis tendría dos factores fundamentales: el individualismo, al situar los problemas y derechos de las personas individuales y jurídicas con primacía en relación con los derechos de la comunidad; y el formalismo que lleva todas las discusiones al campo procesal, vaciando la discusión del fondo de las acciones. Lênio Streck aboga por un modelo sustancialista donde el poder judicial debe prevalecer la voluntad general implícita en el texto constitucional y en los principios considerados fundamentales en la cultura local y occidental²⁷.

En las constituciones de los estados de bienestar de la posguerra se insertaron varios principios entendidos como comunes y no negociables, al menos en la sociedad occidental moderna. Sin embargo, en Brasil, las diversas normas programáticas establecidas en la Constitución Federal no son cumplidas por los poderes de la República, lo que provoca que los afectados intenten hacer valer algunos derechos a través del Poder Judicial. En ese sentido, Lênio Streck señala el absurdo de la despedida arbitraria y sin justa causa, prohibida por la Constitución brasileña y hasta hoy ni reglamentada ni efectivamente aplicada²⁸.

Por ello, en la gran mayoría de los países occidentales, con tradición en el derecho romano-germánico, ya no se permite la destitución, de un solo funcionario o de varios, sin causa que lo justifique. En otras palabras, la Constitución brasileña, al igual que otros países, prohíbe el despido arbitrario o injustificado. El cerco está presente en el sistema brasileño desde hace más de un cuarto de siglo sin haber exigido un nivel mínimo de efectividad. De hecho, la baja multa/indemnización en caso de despido improcedente da la impresión de que está permitido, depositando unas migajas para el trabajador. Mutatis mutandis, sería como creer que se permite circular a exceso de velocidad, con sólo depositar una multa a favor del Estado.

El despido arbitrario, sin causa ajena a la discrecionalidad del empleador, o sin justa causa, fundamentada en una causa, pero no suficiente para sustentar el despido, ambos están prohibidos por la Constitución brasileña. Si la sanción impuesta es inexistente o no cumple mínimamente con los requisitos de una sanción hasta el punto de prohibir la práctica de conductas prohibidas, la norma carece de eficacia. Al fin y al cabo, esto es lo que ocurre en nuestro sistema, al punto que muchos creen que está permitido el despido sin justa causa, hecho que está arraigado incluso en el propio ideario de los trabajadores. Sumadas, estas circunstancias conducen a la increíble rotación de empleos brasileños y al fuerte gasto en subsidios para los desempleados²⁹.

El ejemplo citado por Lênio Streck es adecuado y demuestra cómo el Estado incumple las normas programáticas establecidas por todos como fundamentales. En

este sentido, esa pre-comprensión de la que habla Gadamer y que deben tener los juristas se da siempre desde el punto de vista del sujeto aislado. El giro lingüístico significa que el significado nunca se produce individualmente y para sí mismo, sino para la comunicación recíproca dentro de una tradición dada.

El autor adopta el nombre de sentido común teórico para designar este conjunto de saberes acumulados y comunidad de sentidos compartidos por los juristas como un paralenguaje que actúa más allá de los sentidos y significantes dominantes en la comunidad extrajurídica³⁰.

Esta existencia de una tradición de significados existente por y para los juristas provoca una separación real entre el mundo y el mundo jurídico. Recordemos que el derecho no está destinado sólo a los juristas, sino al conjunto de la población y como condición limitante del propio poder del Estado. Esta postura desvincula la actividad jurídica de los problemas reales en juego y facilita el trabajo jurídico al favorecer la aplicación de este sentido común teórico sin mayores reflexiones sobre el quehacer judicial y sobre la cuestión del mérito. Así, el inmenso abanico de posibilidades interpretativas de cada texto queda significativamente reducido al aspecto interpretativo «oficial» y «vinculante». La realidad deja de importar al mundo jurídico, que se ha perdido en el plano formalista-oficial³¹.

La interpretación, obviamente, representa un proceso creativo y no meramente reproductivo o de conjetura. Lo que rige una interpretación son las condiciones en que se llevó a cabo. La condición histórico-existencial del intérprete y sus intereses políticos y teóricos forman parte del proceso interpretativo³².

En este punto, vale la pena hacer un paréntesis para destacar otro de los puntos de encuentro entre el derecho y la antropología. Ya hemos tratado aquí con Geertz y su concepto de descripción densa como útil a la antropología para revelar varios aspectos que una descripción superficial podría no revelar. El ejemplo del guiño podría describirse simplemente como la contracción del tejido muscular o como una conspiración entre dos personas para engañar a una tercera. La diferencia en las conclusiones sobre el guiño radica precisamente en la calidad de la descripción que hace el observador/intérprete. Por tanto, el intérprete jurídico, al igual que el observador/intérprete antropológico, tiene la obligación de realizar una descripción densa y completa de los hechos que motivaron tal interpretación. El intérprete legal, especialmente los jueces, pero también otros profesionales en la materia, deben aclarar los detalles que llevaron a optar por tal o cual interpretación de la ley en ese caso concreto. Nótese que tales detalles no pueden limitarse a citar precedentes o corrientes doctrinales.

Aquí la antropología tiene mucho que enseñar en relación con el derecho. Imaginemos la interpretación de un antropólogo del famoso guiño diciendo que, en un determinado contexto, el guiño también es señal de una trama conspirativa porque eso es lo que dijo Geertz. Los antropólogos (y también la humanidad) han aprendido por las malas sobre la inmensa variabilidad del comportamiento humano. La

interpretación de un hecho (o una regla) que tuvo lugar en un caso puede incluso ser aplicable a otro similar, pero no siempre es así. El deseo de juzgar casos y responder a estadísticas es tan grande que provoca paradojas irreconciliables, como la paradoja de la similitud de hecho. En otras palabras, para adaptar un precedente anterior al caso concreto, los hechos son siempre muy similares, pero, para admitir un recurso basado en la divergencia jurisprudencial, los hechos nunca son suficientemente similares.

Defendemos, por tanto, que el observador/intérprete haga siempre una descripción densa y completa de las razones que sustentaron esa interpretación entre muchas posibles. Solo así el intérprete podrá estar sujeto al escrutinio de otros que podrán evaluar la razonabilidad de la interpretación en ese contexto y aceptarla o criticarla. La descripción densa también debe aplicarse al derecho.

Lênio Streck³³ también señala otra paradoja del derecho: - ¿Es el derecho más importante como instrumento de justicia o como elemento que organiza la convivencia social resolviendo problemas no necesariamente de manera justa? Para algunos autores, como Dworkin, el juez siempre da una buena respuesta al problema al resolverlo³⁴.

La comprensión de cualquier texto, según Gadamer, debe estar precedida por la predisposición a que el texto te diga algo. Esta comprensión se realizará siempre dentro de la tradición lingüística de la época y del autor con el intérprete proyectándola. Esta apertura a la opinión del otro (en este caso el autor del texto) pone al otro en relación con el intérprete y su condición histórico-existencial. Como es imposible ponerse en el lugar del otro, lo que predica Gadamer es la fusión de horizontes del autor y del intérprete³⁵.

También es necesario discutir la relación entre derecho y cultura. El hombre siempre ha buscado controlar los elementos de la naturaleza y predecir las relaciones entre los individuos. El *pseudocontrol* sobre los elementos naturales se realizaba a través de hechizos y encantamientos, como tan bien detalló Frazer en «La Rama Dorada»³⁶.

En los pueblos sin tradición jurídica de derecho positivo y sin Estado organizado como las naciones modernas también hubo formas el ejercicio de los derechos. En cuanto al derecho de propiedad sobre la tierra, por ejemplo, Gluckman³⁷ señala que cuando se dice que cierto grupo es dueño de la tierra, significa que todos los miembros de ese grupo pueden reclamar ciertos derechos sobre esa fracción de tierra. Los derechos de cada uno a la tierra pueden variar según el estado de ese miembro en particular.

Con respecto a los alimentos y los bienes muebles, Gluckman afirma que el derecho de propiedad era sólo relativo ya que sus parientes e incluso los extraños podían ejercer derechos sobre esos bienes muebles sin que el «dueño» pudiera oponerse. El autor ejemplifica con el instituto de «kufunda» entre los Lozi de África Central (ahora Zambia). Esta expresión se traducía como «hurto legal», que consistía en el derecho de cualquier familiar del difunto a apropiarse de los bienes del difunto.

Incluso cuando el Rey Lozi trató el compromiso de protección con la British South African Company, se afirmó que los «kufunda» no serían criminalizados ni sujetos a procesos judiciales. Por tanto, para Gluckman, el sistema de propiedad está íntimamente ligado al sistema de estatus de ese pueblo y no es posible comprender el primero sin estudiar el segundo³⁸.

Una de las consecuencias a las que llega el autor es que la propiedad, en ese contexto, nunca es absoluta, pues lo más importante es el papel que juega la propiedad en el contexto de las relaciones sociales. Los objetos materiales producidos por el hombre pueden ser utilizados como lazos de unión entre las personas que vinculan la cultura material y las relaciones. El autor utiliza como ejemplo una espada que pasa de padre a hijo simbolizando la continuidad hereditaria y la sucesión generacional a través de la entrega del objeto. Del mismo modo, los contratos obligan a las partes por más tiempo respecto de cosas por más tiempo, incluso para garantizar vicios ocultos o incluso hurtos cometidos por terceros³⁹.

Gluckman, como ya lo hemos hecho, señala que la afirmación del movimiento descrito por Maine «*from status to contract*» es una de las definiciones más acertadas y que habla de un movimiento crucial en la historia humana. Las personas intercambiaban bienes y servicios solo como miembros de la misma jerarquía política y grupo social de parentesco, y se confundían las relaciones de estatus y propiedad. En el caso de las instituciones, el cargo que ocupa la persona y el cargo que ejerce se consideran «entidades» distintas de la persona que lo ocupa. Así, hay una continuidad de las instituciones independientemente del individuo que se encuentre en ese momento ocupando determinados cargos⁴⁰.

Según Gluckman, incluso en las sociedades tradicionales, los sistemas políticos tienen dos estructuras comunes a todos los sistemas de esta naturaleza: un sistema administrativo y un sistema de competencia por el poder. El sistema administrativo es aquel donde se toman las decisiones y se imponen las obligaciones. Los puestos administrativos son los premios que se entregan al ganador del sistema de competencia de poder. En el caso de las sociedades tradicionales, los caciques no pueden ni deben legislar, sino que deben tomar decisiones administrativas en la regulación de la vida del grupo. La mayoría de las leyes aprobadas por los caciques africanos tras la llegada de los europeos tenían como objetivo hacer frente a los cambios introducidos por ellos⁴¹.

Para Gluckman, los antropólogos han descuidado increíblemente los detalles del proceso político/legislativo de las sociedades tradicionales, así como la motivación de los cambios legislativos y de políticas. Siempre está el problema de discutir el derecho de las sociedades tradicionales desde nuestros conceptos jurídicos sin una adecuada fusión de horizontes. Para Radcliffe-Brown⁴², por ejemplo, el derecho es el control social ejercido a través de la aplicación sistemática de la fuerza en una sociedad organizada, lo que podría sugerir que no hay derecho en sociedades que no cuentan con una organización política formal. Gluckman señaló que el fin de

la ley es dirigir y encauzar el uso de la fuerza y que la ley y la costumbre serían distintas precisamente porque la primera se impone y la segunda no. Esta tendencia a definir como derecho lo que imponen los tribunales puede haber traído dificultades al hablar de derecho en sociedades donde no existe una estructura organizada de tribunales⁴³. Malinowski, como veremos más adelante, presentará un concepto del derecho ligeramente diferente.

Gluckman⁴⁴ señala que, en inglés, sólo existe una palabra para designar law y law: law; a su vez, las lenguas latinas hacen una distinción entre jus y lex, sugiriendo ya, añadimos, que derecho y derecho no siempre van juntos. La costumbre juega un papel importante como fuente de derecho y, en las sociedades tradicionales, hay una hipertrofia de normas, aunque no exista una estructura judicial.

La ley de las sociedades tradicionales (y lo mismo se aplica hoy) sólo puede apreciarse desde una visión de toda la cultura de ese pueblo y en un marco comparativo con otras culturas⁴⁵. El derecho surge de un cúmulo de condiciones ambientales, psicológicas y socioeconómicas y, podría decirse que, donde tales condiciones son similares, el derecho también lo será⁴⁶.

En las sociedades tradicionales también existían mecanismos «auxiliares» para controlar y ajustar las conductas y opiniones colectivas. Las creencias místicas, la brujería y la voluntad de las deidades son formas de ajustar la conducta popular según sea necesario. La posibilidad de gestionar las presiones sociales también depende en gran medida del sentido de la justicia y del derecho presente en la comunidad⁴⁷. Este papel lo juegan actualmente la prensa y las redes sociales con una importancia inmensa.

Llegados a este punto, creemos que ha quedado claro que el derecho es sólo una parte de la cultura de un pueblo y derecho y derecho no siempre significan lo mismo, especialmente en países de tradición romano-germánica. El derecho de gentes fue creado para proteger el núcleo esencial de la cultura, aquellas infracciones que más sacuden el orden social. Asimismo, la ley es variable según las condiciones histórico-existenciales de cada sociedad. La idea de un derecho natural es verdaderamente contraria a la existencia de una inmensa variabilidad cultural presente en las comunidades humanas. Lo que se considerará conforme a derecho estará siempre en constante movimiento y evolución, según el momento por el que pase cada cultura. Un ejemplo es el derecho a la vida, entendido, al menos en la sociedad occidental, como un derecho indiscutible inherente a la especie. Este mismo derecho se relativiza en varias situaciones, como la declaración de guerra, donde se vuelve lícito matar a determinadas personas.

Malinowski, además de ser uno de los autores más importantes de las ciencias sociales del siglo XX, también fue uno de los que entendieron la importancia del ordenamiento jurídico en el estudio de las sociedades. En el transcurso de su obra, el autor modificó su propio concepto de derecho. En su trabajo sobre la familia australiana, Malinowski definió la ley como una norma social que tiene una sanción

social activa. Todavía en sus estudios australianos, Malinowski distinguió entre tres clases de normas: religiosas, consuetudinarias y legales. La sanción de cada uno de ellos también difiere con respecto al contenido. Las normas religiosas normalmente tienen una sanción sólo en el plano sobrenatural, mientras que las normas consuetudinarias tienen una sanción en forma de burla y desprecio social. Finalmente, las normas jurídicas tienen sanciones decididas por toda la comunidad y de observancia obligatoria⁴⁸. La sanción de la ley penal, por ejemplo, es para Malinowski el castigo provocado por la reacción airada de toda la comunidad⁴⁹.

Malinowski también definió la ley en su aspecto de reciprocidad. Es decir, señaló que el individuo cumpliría con la ley por esperar las recompensas que tal cumplimiento le reportaría. Este, para Malinowski, es uno de los aspectos funcionales del derecho, que para él era también una necesidad instrumental de la vida en sociedad⁵⁰.

En su obra posterior, Malinowski buscó aclarar el estudio del derecho a partir de su definición precisa en varios aspectos. Específicamente, el autor identificó cuatro significados diferentes de la ley. La primera de ellas es la ley del determinismo cultural en el mismo sentido que ley natural o ley de la ciencia. Las personas generalmente desconocen tales leyes, pero las siguen de forma innata. El segundo es el derecho como regla de conducta que abarca aspectos como el conocimiento, la tecnología, la cooperación y la vida en común. La sanción de este segundo tipo de leyes es automática por la propia existencia del sistema, es decir, el incumplimiento se vuelve improductivo y se afecta el convencionalismo. El tercer tipo de matiz del derecho es el que toca cuestiones como el orden y la conservación, la propiedad y las relaciones contractuales y también las formas y el derecho de las relaciones sexuales entre los particulares. El cuarto aspecto es la ley como mecanismo de retribución y restitución de la sociedad por una infracción cometida⁵¹.

Malinowski fue uno de los autores que más fácilmente reconoció la capacidad de la antropología para influir en el derecho y la jurisprudencia. Además, reconoció que el sistema legal formal es solo una parte de un sistema social y normativo mucho más amplio, y esta noción es fundamental en el campo de las ciencias sociales. Las pautas convencionales, las modas, la etiqueta, la costumbre y los preceptos morales también rigen las acciones humanas⁵². Entre estas normas se destacan también las que rigen el trabajo, muchas de ellas no escritas y sólo derivadas de la experiencia y la costumbre⁵³.

Malinowski recibe el acuerdo consciente o inconsciente de Hans Kelsen⁵⁴. Este último afirma que el miedo a la venganza en el plano sobrenatural es el principal factor de control social en las sociedades primitivas. Algunas sociedades primitivas incluso cuentan con algún tipo de instituciones y cargos especializados dedicados a la aplicación de la ley. Sin embargo, hay varias otras sociedades primitivas que no tienen tales instituciones y este factor no puede significar la ausencia de ley.

Conclusiones

La contribución más importante de Malinowski, por ejemplo, al estudio del derecho y la cultura fue reconocer que el derecho es solo una parte del sistema social y cultural y el formalismo exacerbado, especialmente cuando discrepa de la realidad social, pierde completamente su significado⁵⁵. Para Santos⁵⁶, lo que sugiere Malinowski es la existencia de reglas prácticas que no pueden integrar el plan religioso y son muy importantes para que su cumplimiento quede al gusto de los ciudadanos. Estas normas son las que integran el dominio del derecho en las sociedades primitivas.

Aun así, es importante enfatizar que el conocimiento del derecho, al menos del derecho de tradición romano-germánica, invariablemente comienza con el estudio del derecho romano. La historia del derecho formal comienza con el contacto con otra cultura, con otro pueblo y con una civilización de hace más de dos milenios. Puede ser que los estudiantes y profesores no se den cuenta, pero en el estudio del derecho romano y de los derechos de otros pueblos del pasado, está necesariamente el estudio de los aspectos culturales de esos pueblos para posibilitar la comprensión de las instituciones jurídicas. Es lo que hace Emiliano González⁵⁷, por ejemplo, al comentar aspectos de la naturalización y los derechos de los extranjeros en el llamado nuevo mundo, donde es necesario presentar y aplicar la conjunción de las realidades castellana y americana, aliada a los postulados del derecho canónico romano. para comprender tales aspectos.

Por otro lado, persiste la duda, más que duda, una confrontación de posiciones sobre la existencia del derecho en las sociedades primitivas, incluidas aquellas sin escritura. El debate oscila entre aquellos que buscan transportar una visión moderna y occidental del derecho a los pueblos primitivos a la conclusión de que, de hecho, no había un sistema legal. En la posición opuesta se encuentran quienes entienden el derecho, la cultura y la sociedad como un conjunto inseparable e interdependiente, por lo que el derecho también juega un papel estructural y simbólico en la sociedad. Incluso en las sociedades más simples, la ley sólo debe cumplir algunas funciones básicas, tales como: a) definir las relaciones entre los miembros de la sociedad; b) organizar las fuerzas del orden encargadas de ejercer la coerción física; c) resolver conflictos; d) mantenimiento de la adaptabilidad con la redefinición de las relaciones entre grupos e individuos⁵⁸.

Los propios estudios de Malinowski o Radcliffe-Brown se desarrollaron en un contexto colonial donde las administraciones locales inglesas debían lograr una simbiosis entre el derecho inglés (basado, obviamente, en la realidad y costumbres inglesas) y el derecho local⁵⁹. Para llevar a cabo tal tarea, sería necesario seleccionar qué costumbres locales podrían incorporarse a la legislación inglesa para su aplicación local. En algunos casos, como ya se mencionó, incluso si algunas costumbres estaban formalmente prohibidas, en la práctica no hubo sanciones judiciales debido a las costumbres prohibidas.

Existió durante mucho tiempo la idea, propagada principalmente por la teoría marxista, de que la ley es sólo un instrumento de dominación y sometimiento de la clase obrera. Sin embargo, el derecho, ya se sabe, puede ser un instrumento de resistencia a favor de los derechos y garantías fundamentales, así como una herramienta de transformación de la realidad. Aun así, ya no es posible estudiar ni pretender realizar la interpretación de normas, el análisis de constitucionalidad o la integración sistemática sin un amplio enfoque social, económico y político. El derecho contemporáneo se ha convertido en el lenguaje de traducción de los conflictos sociales⁶⁰ y para mejor traducir, necesita de la antropología.

Bibliografía

- Assis, Olney Queiroz e Kumpel, Vitor Frederico (2011). *Manual de Antropologia Jurídica*. Saraiva.
- Bobbio, Norberto (2011). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Laterza.
- Bonato Barcellos, Antonio Augusto e Leal Da Silva, Elizabet (2016). A despedida coletiva no Brasil: uma análise da possível aplicação da experiência europeia. *in: Sturmer, Gilberto. (Coord.) Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo*, nº 7, Porto Alegre.
- Damatta, Roberto (2011). *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rocco Digital.
- David, René (1968). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Aguilar.
- Frazer, James George (2011). *La rama dorada: Magia y Religión*. Fondo de Cultura Económica.
- Gadamer, Hans Georg (1996). *Verdad y método. Vol. I, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Sígueme.
- González Díez, Emiliano (2003). De la naturalización y extranjería en Indias. *in: Antropología en Castilla y León e Iberoamérica, V: Emigración e integración cultural*. Espina Barrio, Ángel Baldomero (Ed.) Ediciones Universidad de Salamanca.
- Jhering, Rudolf Von (1978). *El fin en el derecho*. Heliasta.
- Jhering, Rudolf Von (1998). *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Comares.
- Kelsen, Hans (1949). *General Theory of Law and State*. Harvard University Press.
- Kelsen, Hans (2005). *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa.
- Lask, Emil (1946). *Filosofía Jurídica*. Depalma.
- Malinowski, Bronislaw (1913). *The Family Among the Australian Aborigenes*. University of London Press.
- Malinowski, Bronislaw (1971). *Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje*. Ariel.
- Osuna Fernández-Largo, Antonio (1992). *La hermenéutica jurídica de Hans Georg Gadamer*. Publicaciones Universidad de Valladolid.

-
- Reale, Miguel (2001). *Lições preliminares de direito*. Saraiva.
- Rodríguez, César (1997). *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Universidad de los Andes.
- Santos, Boaventura de Sousa (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta.
- Schapera, Isaac (1974). Malinowski y la teoría de la ley. in: *Hombre y Cultura: La obra de Bronislaw Malinowski*. Siglo XXI.
- Sierra, María Teresa e Chenaut, Victoria (2014). Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas. in: *Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el Estudio del Derecho*. KROTZ, Esteban. Anthropos,.
- Streck, Lênio Luiz (2000). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Livraria do Advogado.

NOTAS

1. La Dr^a. Ana Lúcia Pastore ha utilizado la expresión «encuentros» en una de las clases del Máster en Estudios Brasileños da Universidad de Salamanca, Curso 14-15 y uno de sus sinónimos me ha parecido apropiado para designar los puntos de intersección entre Antropología y Derecho.
2. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
3. DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Aguilar, 1968. p. 8
4. DAVID, 1968.
5. DAVID, 1968.
6. DAVID, 1968.
7. DAVID, 1968.
8. DAVID, 1968.
9. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. *La hermenéutica jurídica de Hans Georg Gadamer*. Valladolid: Publicaciones Universidad de Valladolid, 1992.
10. JHERING, Rudolf Von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 1978.
11. JHERING, Rudolf Von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares, 1998.
12. LASK, Emil. *Filosofía Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1946.
13. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa, 2005.
14. No he querido referirme a «positivistas» o «iusnaturalistas» em concreto pero si utilizar la figura de lenguaje para demostrar la oposición de ideas.
15. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Lecce: Laterza, 2011
16. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, 1992.
17. GADAMER, Hans Georg. *Verdad y método*. Vol. I, *Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Sígueme, 1996.

-
18. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, 1992.
 19. GADAMER, 1996.
 20. GADAMER, 1996.
 21. DAMATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2011.
 22. GADAMER, 1996.
 23. GADAMER, 1996.
 24. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, 1992.
 25. GADAMER, 1996.
 26. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, 1992
 27. STRECK, 2000.
 28. STRECK, 2000.
 29. BONATTO BARCELLOS, Antonio Augusto e LEAL DA SILVA, Elizabet. A despedida coletiva no Brasil: uma análise da possível aplicação da experiência europeia. in: STURMER, Gilberto. (Coord.) *Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo*, nº 7, Porto Alegre, 2016.
 30. STRECK, 2000.
 31. STRECK, 2000.
 32. STRECK, 2000.
 33. STRECK, 2000.
 34. RODRÍGUEZ, CÉSAR. *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Santafé de Bogotá: Universidad de los Andes, 1997.
 35. GADAMER, 1996.
 36. FRAZER, James George. *La rama dorada: Magia y Religión*. México, D.F.: Fondo de Cultura Economica, 2011.
 37. GLUCKMAN, 1978.
 38. GLUCKMAN, 1978.
 39. GLUCKMAN, 1978.
 40. GLUCKMAN, 1978.
 41. GLUCKMAN, 1978.
 42. RADCLIFFE-BROWN, 1974.
 43. GLUCKMAN, 1978.
 44. GLUCKMAN, 1978.
 45. ASSIS, Olney Queiroz e KUMPEL, Vitor Frederico. *Manual de Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011.
 46. GLUCKMAN, 1978.
 47. GLUCKMAN, 1978.
 48. MALINOWSKI, Bronislaw. *The Family Among the Australian Aborigenes*. Londres: University of London Press, 1913.
 49. MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel, 1971
 50. SCHAPER, ISAAC. *Malinowski y la teoría de la ley*. in: *Hombre y Cultura: La obra de Bronislaw Malinowski*. Madrid: Siglo XXI, 1974.
 51. SCHAPER, 1974
 52. SCHAPER, 1974

-
53. MALINOWSKI, 1971.
54. KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949.
55. SCHAPERLA, 1974.
56. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta, 2009.
57. GONZÁLEZ DÍEZ, Emiliano. De la naturalización y extranjería en Indias. in: *Antropología en Castilla y León e Iberoamérica, V: Emigración e integración cultural*. ESPINA BARRIO, Ángel Baldomero (Ed.) Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003.
58. SIERRA, María Teresa e CHENAUT, Victoria. Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas. in: *Antropología Jurídica: Perspectivas Socio-culturales en el Estudio del Derecho*. KROTZ, Esteban. Barcelona: Anthropos, 2014.
59. SIERRA e CHENAUT, 2014.
60. SIERRA e CHENAUT, 2014.