

LA ANTROPOLOGÍA DEL DERECHO: PERSPECTIVAS DE SU PASADO, PRESENTE Y FUTURO¹

René KUPPE
Richard POTZ²

SUMARIO: I. *Los orígenes: el evolucionismo.* II. *La antropología jurídica en el siglo XX.* III. *Los fondos de la antropología jurídica clásica.* IV. *La crisis del positivismo en las disciplinas jurídicas.* V. *Implicaciones del cambio metodológico en la jurisprudencia.* VI. *Hacia una nueva orientación de la antropología del derecho.* VII. *Resumen: la orientación en el futuro.*

La organización de un sistema jurídico se fundamenta en la concepción básica que tal sistema tiene del ser humano. La correspondiente imagen del ser humano es el secreto regulador de cada sistema de derecho.³ El dedicarse a la antropología del derecho tiene la función profundamente ilustrativa de hacerlo transparente. La antropología del derecho obliga, por lo tanto, al reiterado cruce de fronteras, no solamente en el sentido de una ciencia jurídica comparativa, sino también en la búsqueda de una visión humanística y cultural del derecho. Las fases del desarrollo de la antropología del derecho reflejan en forma significativa los cambios en los intereses que han guiado esos cruces de fronteras; en otras palabras, ellos ponen en claro aquellos intereses que perfilaron la dirección

1 Los autores quieren expresar su agradecimiento a la señora G. Karibay Manzanilla de Kuppe por su valiosa contribución en la elaboración del texto definitivo en español.

2 Ambos autores son de la Universidad de Viena.

3 Así se expresa el fundador del derecho del trabajo moderno alemán, Sinzheimer, H., *Das Problem des Menschen im Recht*, Gröningen, 1933, p. 5.

de tales cruces. En las siguientes páginas, esbozaremos las líneas más importantes de ese desarrollo, para ilustrar el contexto en el cual la antropología del derecho ha sido practicada hasta ahora.

I. LOS ORÍGENES: EL EVOLUCIONISMO

Ya en la segunda mitad del siglo pasado encontramos una corriente académica que puede llamarse 'antropología del derecho'. En aquel tiempo, se publicaron, tanto en inglés como en alemán, voluminosos estudios que son considerados hoy obras clásicas de esta corriente. A pesar de la variada orientación metodológica de aquellos investigadores, a todos ellos les caracteriza un elemento común: ellos trataron de incluir el material procedente de pueblos primitivos o exóticos en una ciencia jurídica general, y todo eso durante una época en la cual tales pueblos eran considerados como decadentes y obtusos por el resto de las ciencias europeas. Generalmente fue visto como simple absurdidad científica el querer estudiar a estos pueblos 'a la misma escala' con que se estudiaba a los pueblos civilizados.⁴

Sin embargo, justamente fue ese estudio el propósito de los primeros antropólogos jurídicos. Ellos se dedicaron primeramente a la búsqueda de escalas evolutivas en la historia del derecho, para explicar a las instituciones jurídicas a partir de contextos socioculturales, y no a partir de conciencias individuales.

Los pueblos exóticos y sus sistemas jurídicos cayeron en el campo visual de esos investigadores, porque estos últimos pensaron encontrar entre aquellos el material necesario para la construcción de sus escalas evolutivas. Pueblos en partes remotas de la India o del continente americano vivían, según la opinión de estos eruditos, todavía para su tiempo, bajo instituciones parecidas a las que habían tenido los antiguos habitantes de Europa en épocas remotas. En consecuencia, el

4 Lasson, A., *System der Rechtsphilosophie*, Berlin y Leipzig, 1882, p. 263.

conocimiento de este derecho primitivo haría posible la reconstrucción histórica de la línea de evolución jurídica previa a la época greco-romana.

Sir Henry Maine

Como investigador inglés se debe mencionar a Sir Henry Maine, quien se hizo famoso por su obra *Derecho Antiguo*.⁵ No tiene mucha importancia para nuestro análisis el hecho de que usara, en primer lugar, material etnográfico derivado de las razas humanas a las que llamó 'progresivas', puesto que elaboró un importante esbozo que va desde el grado más primitivo hasta el nivel de derecho más desarrollado. Según Maine, era básico para el grado más primitivo del derecho la circunstancia de que la sociedad primitiva no fue vista por sus integrantes como una 'colección de individuos', sino como un agregado de familias.⁶ De ahí que en este nivel el derecho se caracterice por las compensaciones restitutivas que se realizan entre las familias y no entre individuos.

Maine también analizó cómo funcionaba el procedimiento mediante el cual se arreglan los conflictos y cómo se imponían las multas penales en este nivel. Según él, la toma de decisiones estaba en mano de los hombres patriarcas, quienes funcionaron como 'cabezas' de las asociaciones familiares. Las decisiones de estas autoridades eran tomadas *ad hoc* en cada caso, sin que existieran normas fijas, ya que la existencia de tales normas tendría como precondition una referencia al contenido de otras decisiones, lo cual no se tomó en cuenta para decidir en un caso nuevo. La restitución, en el nivel primitivo, era una sentencia que estaba 'respirada en la mente del juez en el momento de la adjudicación'. Así, Sir Henry Maine supone que el ser humano de entonces vivió bajo el 'despotismo patriarcal', es decir, no bajo un régimen de derecho sino bajo 'capricho'.⁷

5 Maine, H., *Ancient Law*, 5a. ed., Londres, 1874.

6 *Ibid.*, p. 126.

7 *Ibid.*, p. 8.

Albert Hermann Post

El más importante representante alemán de nuestra disciplina en el siglo XIX fue A. H. Post, quien se consideraba a sí mismo como fundador de la 'jurisprudencia etnológica'.⁸ Él se esforzó por la posibilidad científica de realizar una historia universal de las instituciones jurídicas, basada en un método comparativo y usando material de todos los pueblos del mundo.

Al igual que Sir Henry Maine, Post describió cómo fueron manejadas las 'infracciones del derecho' en los tiempos primitivos: '...un derecho como el que nos es hoy en día conocido, un derecho que se compone de reglas fijadas por el derecho consuetudinario o por la ley, las cuales sirven como premisas mayores para las sentencias judiciales',⁹ no habría existido en ninguna parte.

No es la historiografía sino la etnología comparativa y la sociología general quienes permiten, sin embargo, concluir cómo fueron compensadas las infracciones del derecho en la época primitiva. Las infracciones provocan actos pasionales y deseos de venganza inmediatos contra el infractor, y no hay ninguna decisión en el sentido 'de la sentencia judicial contemporánea'.¹⁰

En el siguiente nivel de desarrollo existe la imposición de una sentencia entre la infracción de derecho y la sanción. Una sentencia como tal la dictan primitivos jefes de tribus o asociaciones de 'socios de la paz', sin que se apliquen normas fijas —todavía sigue tratándose de 'sentencias instintivas' que 'surgen inmediatamente del inconsciente'—. ¹¹

A pesar de la inexistencia de una norma fija aplicable, Post opina que no se cometen actos de arbitrariedad total en el trato con el transgresor. En un caso como tal '... se siente instintivamente que solamente hay un cierto juicio el cual co-

8 Post, A. H., *Grundriß der ethnologischen Jurisprudenz*, Oldenburg, 1894, 2 ts.

9 Post, A. H., *Die Grundlagen des Rechts un die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, Oldenburg, 1884, pp. 37-38.

10 *Ibid.*, p. 39.

11 *Ibid.*, p. 43.

responde a la personalidad del juzgador', y '... enteramente, en ese nivel de la evolución, la decisión se adapta al caso individual'.¹² Todas las decisiones son aisladas entre sí y no son derivadas de un principio jurídico consciente.

Pero, entonces, ¿cuál es la base de la decisión tomada? Post opina que ésta se deriva de una esfera inconsciente, que llama 'un cierto instinto'. Sin embargo, no debemos dejarnos confundir en este punto por la forma en que se expresa Post: aun cuando se habla del 'instinto', Post rechaza la suposición de una invariable 'idea jurídica innata' en el ser humano.¹³ Los contenidos de la 'ley jurídica' serían más bien algo que aprende el ser humano desde afuera, a través de la tradición.¹⁴ Las representaciones morales influyentes en las acciones vengativas provienen de las correspondientes tradiciones y formas culturales de vida.

Post no va tan lejos como Maine al afirmar que las decisiones en aquel tiempo primitivo eran tomadas de forma arbitraria; sin embargo, al igual que otros evolucionistas, parte de la idea de que en este nivel no es posible encontrar normas jurídicas delimitables.

Hans-Jürgen Hildebrandt intentó ser justo con la obra de Post en un pequeño libro.¹⁵ Allí señala que se debe tener en cuenta que a finales del siglo XIX la investigación académica de la historia terminaba allí donde las fuentes escritas dejaban de existir. Detrás de esa barrera no era posible un análisis científico y en su lugar cabía, en el mejor de los casos, la Revelación divina. Entonces, la ignorancia característica de la jurisprudencia frente a la vida de los pueblos primitivos no se debía solamente al desprecio hacia ellos, sino también a la barrera metodológica que cerraba los ojos de la ciencia. Post,

12 *Ibid.*, nota 9, p. 44.

13 Post, A. H., *Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft*, Oldenburg, 1876, p. 27.

14 *Ibid.*, p. 28.

15 Hildebrandt, H. J., "Albert Hermann Post und die ethnologische Rechtsforschung. Eine verlorengegangene Forschungstradition", incluido en: Post, A. H., *Einführung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz* (Reedición), Göttingen, 1989.

estando consciente de las dificultades y problemas de este esbozo, quiso pasar por encima de esa barrera enfrentándose críticamente a las dificultades metodológicas.

El evolucionismo y las corrientes posteriores antievolucionistas

Post es considerado el representante clásico del método evolucionista. Se debe a ese hecho el que su obra no haya sido seguida como una corriente académica consciente. El evolucionismo, pues, no solamente dominaba en la antropología del derecho, sino que ganó importancia paradigmática en las disciplinas científicas e históricas a finales del siglo pasado, debido a las obras de Darwin y Lamarck.

La crisis general del evolucionismo arrastró también a la antropología cultural (etnología), y, con ella, a sus esbozos antropológico-jurídicos. Esto se deja traslucir claramente en la obra de figuras tan importantes como Franz Boas, Bronislaw Malinowski o el padre W. Schmidt.¹⁶ A estos tres influyentes autores de la antropología estadounidense, británica y austríaca de la primera mitad del siglo XX les unió, a pesar de todas sus diferentes inclinaciones científicas, un rasgo común importante: su orientación no-evolucionista.¹⁷ A las siguientes generaciones de estudiantes de antropología se les enseñó no solamente la deficiencia de la metodología evolucionista en el siglo XIX, sino que también se les habló de la prepotencia de los 'eruditos de mesa' de ese siglo, los cuales —como se dijo— fabricaron sus escalas fantásticas de evolución, a partir de las cuales extrajeron con satisfacción la formación del propio mundo cultural europeo. A los evolucionistas les fue atribuido el haber despreciado las instituciones de pueblos primitivos

16 Para encontrar una introducción a la obra de estos tres investigadores, véase, p. e. Harris, M., *The Rise of Anthropological Theory*, Nueva York, 1968, pp. 250 y ss., 384 y ss., 547 y ss.

17 Mientras los 'Boasianos' estadounidenses y el padre Schmidt desarrollaron una orientación claramente 'anti-evolucionista', no así Malinowski, quien, a pesar de haber considerado a algunos evolucionistas ingleses como autores a los que su obra debía mucho, tenía una orientación a la que le faltó simplemente el interés en cualquier problema de la evolución cultural.

considerándolas como bárbaras, y el haber visto al mundo del siglo XIX como el punto culminante de la evolución civilizadora.

Casi ninguno de los estudiantes de antropología en el nuevo siglo leyó los originales de los clásicos evolucionistas. Se limitaron solamente a aprender y a memorizar sus títulos y a verles como los pecados infantiles de la nueva ciencia antropológica.¹⁸ Leyendo, en cambio, los originales de Post uno encuentra que 'nada es tan claro, tan poco bárbaro, tan poco decadente como las ideas jurídicas básicas que se repiten por todas partes en los derechos de los pueblos más primitivos',¹⁹ así como también que 'el derecho, que nos parece hoy en día como ley eterna, como ley racional o ley divina' va a cambiar completamente en el futuro, así como el derecho antiguo ha cambiado hacia nuestro derecho actual.²⁰ El evolucionista Post simplemente no afirmaba que los derechos primitivos fueron bárbaros, ni pensaba que el derecho occidental de su época estuviera en su fase más elevada de evolución.

De esto se deduce que muchas de las 'deficiencias del evolucionismo' en realidad le fueron adscritas injustamente a éste por los científicos posteriores, quienes, por su parte, reflexionaron rudimentariamente sobre los intereses que motivaron

18 En la historiografía de la antropología es muy conocido el cambio paradigmático en la orientación metodológica, ocurrido alrededor del año 1900, y que sustituyó al evolucionismo por el relativismo. Como ocurre en muchos cambios paradigmáticos científicos, es difícil constatar una fecha precisa para ese acontecimiento. F. W. Voget sugiere que el estructuralismo (como llama a cualquier orientación relativista) sustituye al 'desarrollismo' (evolucionismo) alrededor del año 1890. (*A History of Ethnology*, Nueva York, 1975). A algunos autores les parece ese año demasiado temprano. En realidad, se puede interpretar ese cambio como una dinámica entre las dos corrientes que coexistieron paralelamente desde el mismo inicio de la disciplina. La antropología tiene dos principales trasfondos desde su inicio: el uno fue la jurisprudencia, en su intento de estudiar comparativamente las instituciones humanas. El otro fue la geografía, en su intento por extender su conocimiento a la totalidad de los países del mundo. En el evolucionismo del siglo XIX se manifiesta la primera corriente. El interés por estudiar la vida de los seres humanos en países exóticos se expresa en las nuevas corrientes antropológicas y etnológicas, ganando terreno después del cambio de siglo.

19 *Ibid.*, nota 9, p. XIV.

20 Post, A. H., *Über die Aufgaben einer Allgemeinen Rechtswissenschaft*, Oldenburg y Leipzig, 1891, p. 3.

sus propias investigaciones. Veamos lo que pensaron y afirmaron estos últimos sobre el derecho en general, y la vida jurídica de los pueblos primitivos en especial

II. LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA EN EL SIGLO XX

El evolucionismo en la antropología del derecho da lugar, en el siglo XX, a dos nuevas corrientes importantes. Una de esas corrientes se desarrolla en el contexto de la orientación relativista de la antropología cultural estadounidense; la otra es la orientación práctica de la antropología social británica. Las dos se pueden considerar como las corrientes 'clásicas' de la antropología del derecho.

El efecto de ambas corrientes lleva al desarrollo de una nueva visión de los 'pueblos primitivos' y de sus sistemas jurídicos. Queremos dejar claro que esa nueva visión se construye sobre una concepción etnocéntrica del derecho.

La antropología del derecho de E. Adamson Hoebel

La antropología del derecho en Estados Unidos está especialmente conectada con E. Adamson Hoebel. Este investigador opinaba que el primer planteamiento de la 'jurisprudencia comparativa' (con este término se refiere a la antropología del derecho) consiste en 'descubrir los postulados jurídicos de los distintos sistemas legales, y determinar cómo éstos se expresan en las instituciones jurídicas de las sociedades en consideración'.²¹

¿A qué se refiere Hoebel con su término 'postulados jurídicos'? Su teoría postula un complejo sistema, que funciona como control social en las sociedades humanas. La existencia y el desarrollo de ese sistema de control están impregnados por el doble efecto de la selección cultural y de los valores culturales, a los que Hoebel llama los 'postulados cultura-

21 Hoebel, E. A., *The Law of Primitive Man*, Cambridge, Mass., 1954; reedición Nueva York, 1976, p. 16.

les'.²² De este amplio sistema de control social se puede extraer (Hoebel habla en una parte de 'aislar')²³ una esfera específica de normas, que se caracterizan por ser mantenidas a través de sanciones 'legales'.

Así Hoebel pertenece a aquellos investigadores que, de acuerdo con la ciencia jurídica occidental, intentan distinguir claramente entre normas legales y otras estandarizaciones culturales, entre ellas la costumbre. Pero Hoebel tiene que enfrentarse con el hecho de que, en las culturas primitivas, no se encuentran ningunas normas producidas por un legislador, como tampoco hay normas fijadas en su contenido por codificación. De allí que las normas legales no puedan caracterizarse ni distinguirse por esos criterios formales. Pero, ¿cómo, entonces, identificar un derecho sin éstos rasgos? Para este propósito, Hoebel toma una fórmula derivada del conocido jurista norteamericano Benjamin N. Cardozo:²⁴ derecho sería una regla de comportamiento tan establecida en una sociedad, que, en el caso de su infracción, se pueda anticipar, con una cierta certidumbre, su imposición forzosa por los tribunales.

Hoebel modifica en seguida esta fórmula de Cardozo en un punto importante: aquél había hablado de la imposición anticipable de las reglas jurídicas por *tribunales*. Pero Hoebel tiene que aceptar la inexistencia de tribunales formalmente establecidos en muchas sociedades primitivas. Para subsanar esto, se conforma con enunciar que el elemento esencial de la fuerza con la cual se imponen las reglas anticipables es la *aceptación social general* de esa fuerza.²⁵ Por lo tanto, la inexistencia de tribunales estaría compensada.

Hoebel opina que existen tribunales 'funcionales', instituciones que cumplen la misma función que los verdaderos tribunales del mundo moderno: se trata de los llamados 'pro-

22 *Ibid.*, p. 13.

23 *Ibid.*, p. 16.

24 *Ibid.*, p. 22, refiriéndose Hoebel, en este lugar, al libro de Cardozo, B. N., *The Growth of the Law*, New Haven, Conn., 1924, p. 52; Cardozo fue juez de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1932-1938.

25 Hoebel, *op. cit.*, nota 2f, p. 27.

secutores privados'. Hoebel niega que éstos últimos actúan solamente en interés propio, sino que más bien, representan el interés social general. Son personas (o, a veces, grupos de personas) definidos por Hoebel como oficiales públicos implícitos *pro tempore, pro eo solo delicto*.²⁶ Ellos, apoyados 'por la opinión y aún más por la actuación abierta' de la población tribal, se convierten en los impositores legítimos de normas. Y estas normas, a su vez, y debido a este apoyo, pasan a ser normas 'jurídicas', puesto que la población opina que la actuación del acusado fue contra los estándares de la sociedad general, y el impositor por lo tanto actúa como el representante del interés social común y no por su interés particular.

Después de haber expuesto sus premisas metodológicas, la obra principal de Hoebel consiste en señalar cómo en varias culturas primitivas se imponen sanciones contra infractores de las normas jurídicas.²⁷

La antropología aplicada británica

La antropología del derecho de Hoebel señala que en las sociedades primitivas *alguien* impone sanciones previsibles y socialmente anticipables, pero no explica quién es ese alguien. Como se dijo antes y de acuerdo con el esbozo de Hoebel, cualquier persona (o conjunto de personas) puede transformarse en el 'impositor' de las normas, bajo la condición de que su actividad sea reconocida socialmente como tal. Este es

²⁶ *Ibid.*, p. 27. Cursivas en el original.

²⁷ Aún cuando Hoebel expone material casuístico, su obra produce en el lector la impresión de que los hechos interpretados por él como sanciones jurídicas son entendibles como expresión de reglas anticipables. Así, el homicidio de un muchacho esquimal, que había torturado a sus semejantes por sus extremas maldades, es interpretado por Hoebel (Hoebel, *op. cit.*, nota 19, p. 91) como si fuese la imposición de una norma jurídica. A tal respecto le parece irrelevante que el homicidio, en ese caso, fue llevado a cabo por la madre del joven, quien lo estranguló mientras dormía en la noche. Casos como éstos son sin embargo individualizados de tal forma, que es dudoso el criterio 'generalizante' que permite al investigador afirmar que verdaderamente se trata, en ese caso, de una sanción previsible. En la revisión de numerosos casos de este tipo no se puede reprimir la impresión de que todo pudo haber tenido otro resultado.

un resultado limitado que entra en contradicción con las exigencias prácticas presentadas a la antropología una vez establecida ésta como ciencia académica. Y sobre todo, los antropólogos británicos no quisieron cerrarse a estas exigencias en sus investigaciones.²⁸ Vamos a analizar los orígenes de este interés práctico repentino detrás de la investigación antropológica-jurídica:

El trasfondo que subyace a la creciente orientación práctica en la disciplina se relacionó con el 'régimen indirecto' impuesto por los ingleses en sus territorios coloniales. En la India, los ingleses habían empezado a permitir a los soberanos nativos el seguir ejerciendo poderes en los contextos del sistema colonial. Para tal tipo de sistema era, sin embargo, esencial la atribución de responsabilidades y competencias lo más claramente asignadas a cada uno de estos 'regentes' nativos, tarea relativamente simple entre las estructuras estatales de la India.

Pero, por el contrario, en gran parte de África, donde no existían realidades estatales tan definidas, dichas intenciones se encontraron con considerables dificultades. El 'régimen indirecto' requiere de un conocimiento de las estructuras y de los canales del poder nativo, especialmente cuando se quiere institucionalizar a éstos como mecanismos de control en la sociedad colonial.

¿Quién ejerció el poder político en la África nativa?, ¿quién distribuyó la tierra ahí? y ¿quién resolvió los conflictos? La disciplina antropológica se atribuyó la tarea de buscar las respuestas a éstas interrogantes; y, más aún, la de señalar que, detrás de las estructuras africanas extrañas, funcionaba un cierto orden por descubrir. '¡Encuentra al jefe!' (*find the chief!*)²⁹ fue la fórmula imperante en varias obras monográficas de la

28 Fue el famoso Bronislaw Malinowski, quien escribió, ya en el año 1922 en la revista *Económica*, que "el estudio de las razas salvajes y las de otro color tiene primeramente su valor práctico con respecto a las metas de la administración pública colonial, y a la configuración de las relaciones entre los pueblos blancos y colorados". Véase en: Leclerc, G., *Anthropologie et Colonialisme*, París, orig., 1972. Cita según la edición alemana, *Anthropologie und Kolonialismus*, Francfort, etcétera, 1976, p. 63.

29 Leclerc, *op. cit.*, nota 28, p. 79.

antropología del derecho sobre África, a partir de los años treinta del siglo XX.

Así, fueron presentadas científicamente las instituciones autóctonas como si funcionaran de la misma manera que el propio orden jurídico (occidental) de los investigadores.³⁰ Se presentaban como si se tratara de normas jurídicas, de tribunales y de instancias impositoras del derecho. Así, la investigación antropológica llegó siempre a su resultado deseado; sobre todo, encontró en cada sociedad al jefe, a las estructuras del orden, al igual que el mago finalmente siempre encuentra al conejo blanco en su sombrero mágico.

III. LOS FONDOS DE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA CLÁSICA

Una observación metodológica

La mencionada antropología clásica del derecho, se distinguió por el hecho de que el material encontrado en las culturas exóticas y considerado como relevante fue comprimido en una forma 'jurídica'.³¹ Las publicaciones antropológicas despiertan la impresión de que, en las culturas tribales, es posible encontrar esferas de normas específicas a las que corresponderían cualidades de normas jurídicas; tales normas *se aplicarían* en casos de conflictos. Los antropólogos no han afirmado que dicha aplicación se hacía a través de verdaderos tribunales, ya que estas instituciones no existen en la mayoría de las sociedades exóticas simples. Sin embargo, los antropólogos dedujeron que las instituciones autóctonas procedan *aplicando normas*, de la misma manera como ocurre en los tribunales de la sociedad moderna.

Una antropología del derecho que descubre en cada sociedad primitiva un verdadero sistema jurídico complacía mucho

30 Cfr. Roberts, S., *Ordnung und Konflikt*, Stuttgart, 1981, p. 205. Ese libro es la versión alemana del original inglés *Order and Dispute. An Introduction to Legal Anthropology*, Harmondsworth, 1979.

31 Así se expresa acertadamente Simon Roberts sobre lo que hace la antropología del derecho de esa época, véase en *ibid.*, p. 207.

al espíritu relativista vigente. Y complacía, asimismo, ciertos intereses de la política colonial. Pero, ¿cuál es el fondo teórico-científico que lleva a estos descubrimientos?

El relativismo vigente en la antropología

Las ya esbozadas orientaciones de la antropología del derecho se insertan dentro de las corrientes contemporáneas de la antropología del siglo XX, que, como ya hemos mencionado, tenían como rasgo común su orientación no-evolucionista. Este rasgo obedecía al relativismo que caracterizó a la antropología de la primera mitad del siglo, inmunizándole contra cualquier puesta en duda de su anti-evolucionismo inherente.

Las corrientes dominantes relativistas y funcionalistas se esforzaron por entender a las culturas extrañas con sus particularidades y, en consecuencia, renunciaban a cualquier discusión valorativa respecto a estas culturas. Esto incluía finalmente la idea de un reconocimiento moral de la existencia de cada cultura humana. La antropología del derecho de esta época compartía esa posición del relativismo cultural. Afirmaba que las distintas culturas no se distinguen entre sí por 'ausencia' o 'presencia' de algunos elementos culturales, sino que se distinguen más bien por su orientación total hacia distintas direcciones. Como se ve, el relativismo se contrapone completamente a la posición evolucionista, que sostiene que las culturas humanas se caracterizan por su distinto grado de evolución *acumulativa*.

Así pues, la visión relativista afirma que las culturas humanas se distinguen solamente por sus diferencias de contenido entre sí y nunca por distintos niveles evolutivos. Esta visión lleva consigo la condición de que un investigador debe encontrar en cada sociedad del mundo las mismas esferas culturales, que serían, en consecuencia, esferas culturales universales.³² Kroeber y Kluckhohn, en su famoso ensayo sobre el

32 Al respecto es muy ilustrativa la discusión en: Tennekes, J., *Anthropology, Relativism and Method. An inquiry into the methodological principles of a science of culture*, Assen, 1971, p. 116 y ss.

concepto de la cultura, se expresan de la siguiente manera para dar plausibilidad a esa forma de interpretación de las distintas culturas humanas: 'así, todas las culturas constituyen muchas y, de alguna forma distintas respuestas a esencialmente las mismas preguntas, formuladas por la biología humana y por los rasgos generales de la situación humana'.³³ En este mismo sentido, el antropólogo Clark Wissler puntualiza que el resumen del plan básico de todas las culturas es, y siempre ha sido, sobre lo mismo, porque los seres humanos siempre han estado enfrentados a ciertos problemas inevitables que surgen de la situación 'dada' por la naturaleza.³⁴

Importantes representantes de la disciplina se dedican a la temática de las 'esferas culturales universales' y la estudian, por ejemplo, bajo el lema: 'patrones culturales'.³⁵ Estos son un fenómeno universal; deben distinguirse del contenido variado de las distintas culturas. Wissler sostiene, por ejemplo, que esos patrones universales corresponden directamente a formas de conducta innatas. Sin embargo, esta opinión no es aceptada por todos los representantes de la disciplina de esa época. Pero, por lo menos, en la antropología sigue dominando la creencia en la existencia de 'necesidades básicas humanas' universales, a las que responden las distintas culturas en su manera propia y característica. Es justamente el más destacado representante del relativismo cultural, Melville Herskovits, quien a tal respecto aclara que existen, al lado de las 'diferencias básicas' entre las culturas, semejanzas fundamentales. Esas semejanzas son los 'universales', que Herskovits define como 'los denominadores comunes más pequeños a extraer inductivamente a partir de la comprensión del rango de variación que demuestran todos los fenómenos del mundo natural o cultural'.³⁶

33 Kroeber, A. L. and Kluckhohn, Cl., *Culture, A Critical Review of Concepts and Definitions*, Cambridge, Mass., 1952; reedición Nueva York, 1963, p. 348; citado según Tennekes, *op. cit.*, p. 116.

34 Cfr. Tennekes, *op. cit.*, p. 116.

35 Así son llamadas las universales culturales en la obra de: Wissler, Cl., *Man and Culture*, Nueva York, 1923.

36 Herskovits, M., *Man and His Works*, Nueva York, 1949, p. 76.

Las culturas humanas se distinguen por sus diferencias, por su inmensa y rica variabilidad. La antropología relativista se propone entender este cosmos de culturas humanas variadas en forma objetiva, imparcial e indiscriminada. Para cumplir este propósito, la disciplina ve como irrenunciable un marco de referencia uniforme que permite registrar el material derivado de las distintas culturas de todo el mundo. Son los universales culturales, como expresión de las necesidades humanas inherentes, quienes permiten construir ese marco de referencia. Así se transforma la visión relativista de las culturas humanas en una premisa metodológica: los datos etnográficos se construyen sobre la base de los universales culturales presupuestos por la disciplina antropológica. Esos universales pasan a ser el componente invariable y fijo de todas las culturas del mundo.

*

Implicaciones del relativismo para la antropología del derecho

La antropología relativista (con su bien paradójico *leit motiv* del fondo invariable universal, reconocible en todas las culturas) tiene una implicación importante para la antropología del derecho: la suposición de que cada cultura humana abarca, entre muchas otras esferas, una esfera jurídica. Clark Wissler elaboró en el año 1923 el primer esquema antropológico moderno sobre las 'categorías culturales universales', e incluyó entre ellas las categorías 'propiedad' y 'gobierno'.³⁷

La antropología parte del supuesto de que una necesidad básica de cada sociedad humana es el control de la conducta trasgresora de las normas sociales. Según esto, ese control lo lleva a cabo el sistema jurídico, que está necesariamente presente en cada cultura humana. Las culturas solamente se distinguen entre sí por los diferentes contenidos de sus sistemas jurídicos.

37 Wissler, *op. cit.*, nota 35, p. 74.

La antropología del derecho pretende que la esfera concebida por ella como el 'sistema jurídico' sea un mero marco de referencia formal para sus datos etnográficos. Pero, en verdad, la disciplina hace funcionar a este marco como un esquema rígido, y sobre todo, preconcebido puesto que, la manera como son presentadas las normas de las sociedades estudiadas, corresponde a la usada por los juristas modernos en el ordenamiento y en el análisis lógico de su material jurídico occidental.

De los trabajos antropológicos se aprende muy poco sobre el funcionamiento de las normas en las sociedades exóticas. En vez de esto, a los aspectos normativos de estas culturas se les atribuye una manera de funcionar que corresponde a los párrafos, artículos o al *stare decisis* del derecho de los Estados modernos. Los antropólogos relativistas del siglo XX enseñan que, en las culturas exóticas, se aplica la misma lógica jurídica que supuestamente funciona en el derecho occidental. Al igual que en éste, dicen, se resuelven conflictos mediante la aplicación de normas jurídicas por instituciones con funciones judiciales.

Además de esto, la disciplina tenía el convencimiento de que así presentaba una imagen auténtica del 'derecho' de los pueblos 'primitivos'. A través de esta constatación como un verdadero sistema jurídico complejo, era objeto de una revalorización significativa. Se partía del supuesto de que solamente algo tan 'lógico' y complejo como el derecho moderno puede ser tan valioso como él, y cada opinión contraria a la premisa de que las sociedades primitivas tienen un 'verdadero sistema jurídico' fue desechada como una recaída en los errores ya superados del evolucionismo. No olvidemos que habían sido evolucionistas como Maine o Post quienes habían afirmado que los conflictos, en los niveles culturales originarios, no se resuelven por la *aplicación* de normas de contenidos preconcebidos.

La antropología relativista hizo entrar a la fuerza a las culturas exóticas en un fajín que irreflexivamente provenía del

propio trasfondo intelectual de la investigación académica de aquellos tiempos, el positivismo. Y fue justamente el positivismo jurídico el que tomaron los antropólogos como método para estudiar a los pueblos 'primitivos' y sus estructuras jurídicas. Dirijámonos en seguida de manera crítica a esta orientación.

El positivismo jurídico

El positivismo jurídico vivía en la primera mitad del siglo XX su fase de esplendor, tanto sociopolítico como metodológico-científico.

Sociopolíticamente se producía el surgimiento del moderno Estado de derecho a partir del inicio del siglo XX. Este Estado de derecho se basa en la exigencia de que todas las funciones estatales; incluyendo la administración pública, se derivan de una norma legal. Toda la estructura estatal se legitima exclusivamente por el procedimiento formal democrático, cuyo núcleo es la legislación. La actuación del Estado es entonces la expresión de la voluntad legislativa, por eso, requiere de la codificación legislativa en todos los ámbitos relevantes del derecho. Incluso los Estados con sistemas de derecho casuista (*case-law*) cayeron bajo la influencia de este pensamiento.

En el terreno metodológico-científico se impuso la idea de que no se pueden comprobar 'verdades absolutas' mediante un método objetivo y racional. En consecuencia, en las ciencias normativas, sobre todo en la jurisprudencia, enunciados sobre la rectitud (o 'justicia') de una norma se sustraen a cualquier método verdaderamente científico. La jurisprudencia tiene que limitarse a estudiar científicamente el derecho *creado de manera formalizada* por el ser humano, es decir, el derecho 'positivo'. En la práctica, el positivismo se limita a considerar el derecho estatal. El enemigo combatido por el positivismo fue, por lo tanto, el derecho natural en todas sus facetas y expresiones.³⁸

38 La conexión entre los fondos metodológicos y jurídico-políticos del positivismo se ve claramente en la persona de Hans Kelsen. El fundador de la teoría pura del

De estas dos facetas surge una imagen del derecho como un sistema en el cual las decisiones de casos se basan en normas positivamente dadas y analíticamente determinables. Lo esencial de estas normas es, por eso, que se distingan por su manera de producción y no por su contenido. A esta jurisprudencia positivista no le importa si las normas son buenas o malas, justas o injustas, adecuadas o inadecuadas, le importa solamente si su producción fue *formalmente válida*. La manera de producirlas permite abarcarlas completamente y delimitarlas claramente respecto a los demás tipos de normas, como, por ejemplo, la costumbre o la moral. La exclusividad de las normas jurídicas tiene entonces dos aspectos: por una parte, sólo aquellas normas producidas de la manera correspondiente pueden ser consideradas como normas jurídicas y, en consecuencia, relevantes para las decisiones jurídicas; por otra parte, es el específico modo formal de producción el que permite la construcción de un ámbito jurídico claramente aislado del resto de los fenómenos socio-culturales; en otras palabras, un sistema de normas cerrado y completo.

En este contexto, no se debe olvidar que el positivismo quiso cumplir un propósito político-social amplio: el juez y la administración pública deberían estar ligados exclusivamente a los requisitos normativos originados por un legítimo legislador, en esa época: el 'pueblo soberano'; este propósito fue dirigido especialmente contra cualquier 'creencia' o 'posición personal' del juez como posible fuente del derecho, sobre todo en una época en que mayor parte de la élite de los juristas tuvo una inclinación ideológica conservadora-monarquista. Se entiende así la famosa frase de Radbruch: "despreciamos al

derecho fue también uno de los autores más influyentes de la Constitución Federal Austríaca, todavía vigente. Con ese documento jurídico se intentó instrumentalizar en el derecho positivo las aspiraciones metodológicas positivistas y, al mismo tiempo, dar una nueva base de legitimidad al orden jurídico vigente. La constitución se basa, sobre todo, en una estricta jerarquía de tipos de normas, de acuerdo a su distinta forma de producción, e introduce el 'principio de la legalidad', según el cual todas las normas producidas tienen que basarse en una norma de rango superior (obra principal: *Reine Rechtslehre*, Leipzig, Viena, orig., 1934; hay una versión completamente revisada del año 1960).

cura que predica contra su propia creencia, pero apreciamos al juez quien no se deja confundir por su propio contradictorio sentido del derecho y se mantiene fiel a la ley".³⁹

La percepción positivista del derecho fue trasladada por los antropólogos a su propia disciplina.

IV. LA CRISIS DEL POSITIVISMO EN LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

La percepción positivista del derecho entra paulatinamente en crisis. Como detonantes de esta crisis son dignos de mencionar, una vez más, —sin aspiraciones de exhaustividad— factores socio-políticos y metodológico-científicos.

Socio-políticamente la experiencia con los regímenes de injusticia totalitarios del siglo XX llevó al escepticismo frente a una jurisprudencia positivista que se había reducido al estudio 'objetivo' de cualquier derecho con tal de que éste fuese procreado de manera formalmente correcta. De esta forma, negándose a formular cualquier juicio de valor sobre justicia o injusticia substancial, el positivismo se había inmunizado frente a la 'injusticia legalizada' en boga.

Posiblemente más determinante fue la objeción metodológica siguiente: una jurisprudencia reducida a considerar solamente las normas procreadas de una cierta manera formal, excluye inadmisiblemente puntos esenciales de referencia en la argumentación jurídica usual; ya que, en el razonamiento de la decisión jurídica, intervienen estándares y principios normativos que no es posible deducir de un ámbito de normas circunscritas por criterios formales.

Tomemos, por ejemplo, al más influyente crítico norteamericano del positivismo, Ronald Dworkin, quien coloca al lado de las 'reglas', como llama a las normas jurídicas, los 'principios', que no son procreados de manera jurídica-formal. Según él, estos principios desempeñan un rol importante en las decisiones jurídicas. De acuerdo con la teoría de Dworkin, son

39 Radbruch, R., *Rechtsphilosophie*, 3a. edición, Leipzig, 1932, citado según Potz, R., *Die Geltung kirchenrechtlicher Normen*, Viena, 1978, p. 73.

especialmente interesantes los rasgos a través de los cuales se distinguen las 'reglas' y los 'principios' en sus diferentes maneras de aplicación.

1. Las reglas se aplican en un caso en el sentido del 'todo-o-nada', dependiendo de si un hecho cumple las condiciones de la regla, o no. En el caso de que los hechos cumplan la regla, la consecuencia normativa se efectúa; y al contrario, no se efectúa. Los principios, en cambio, no prescriben ningunas consecuencias jurídicas sujetas al cumplimiento estricto de precondiciones. Los principios ofrecen más bien puntos de vista que se toman en cuenta en la decisión jurídica, de manera 'más-o-menos'.

2. Las 'reglas' se aplican para subsumir los casos bajo sus condiciones. En este contexto, no importa si se trata de normas importantes o no-importantes; los principios, por el contrario, se caracterizan por ser un peso directamente inherente, ya que hay que tomarlos en cuenta en los casos individuales, de acuerdo a su grado de importancia. Su aplicación tiene la forma del 'balance'.

3. Si dos reglas entran en conflicto, se origina una contradicción lógica; en ese caso, una de las dos no puede ser válida; no obstante, un conflicto entre principios no desemboca en una contradicción que pueda resolverse solamente eliminando uno de los dos principios.⁴⁰

Otros esbozos, sobre todo en la jurisprudencia alemana, resaltan los aspectos 'tópicos' en cualquier argumentación jurídica.⁴¹ Estos sostienen que la argumentación jurídica no se limita a deducciones en el contexto de un sistema de normas cerrado. La esfera jurídica se caracteriza más bien por ser abierta a argumentos que provienen de fuera. La argumentación está estructurada por las implicaciones del caso, y no por un 'sistema' en sí. Los argumentos que consideran esas implicaciones son los *topoi*. Sin embargo, la norma no es el punto de referencia exclusivo en la argumentación: ella es, a lo sumo,

⁴⁰ Cfr. Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, pp. 26 y ss.

⁴¹ De la obra básica de ese esbozo, existe traducción española: Viehweg, Th., *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, 1964.

solamente *uno* de los *topoi* argumentados. Las interrogantes jurídicas básicas se concentran en averiguar

- 1) Cuáles *topoi* son admitidos en la argumentación del caso;
- 2) Cuáles nuevos *topoi* se pueden admitir;
- 3) Cuáles viejos *topoi* son inadmisibles.

El surgimiento de tales corrientes opuestas a las premisas positivistas puso en claro que la jurisprudencia práctica, aun en la fase del dominio teórico del positivismo estadista, nunca había podido renunciar a la búsqueda de bases para sus decisiones que estuviesen fuera del campo de las normas jurídicas producidas positivamente. Franz Bydlinski, el más esclarecido autor sobre metodología jurídica en Austria, trae como ejemplo de tales bases normativas no-positivas: las metas de la ley, los principios generales del derecho, aspectos normativos 'inherentes a los hechos', y la aplicación de las cláusulas generales, como la de la buena fe o de la buena costumbre.⁴²

De esta forma vemos que fue sobre todo la discrepancia entre las exigencias de un positivismo estricto y las necesidades de la lógica jurídica práctica, lo que originó un desarrollo correctivo que se alejó del positivismo en la jurisprudencia.

V. IMPLICACIONES DEL CAMBIO METODOLÓGICO EN LA JURISPRUDENCIA

En la jurisprudencia moderna

Sin ocuparnos más detalladamente de las corrientes no-positivistas en la jurisprudencia actual, queremos señalar que éstas desplazaron, sobre todo, una base importante del positivismo: supongamos que el contenido del derecho tiene una autonomía que lo separa claramente de otras esferas de la

⁴² Bydlinski, F., "Themenschwerpunkte der Rechtsphilosophie bzw. Rechtstheorie", *Juristische Blätter*, cuaderno 6, 1994, pp. 365 y ss.

vida; autonomía constituye el derecho como un sistema auto-referencial y auto-reproductivo.⁴³

Incluso el derecho moderno no se deja interpretar como un sistema axiomático-cerrado de normas, del que se deriven las soluciones de los conflictos de acuerdo a un esquema 'orden-aplicación'. La realidad jurídica, por el contrario, se presenta como un continuo dinámico, y las soluciones tomadas a partir de su base son concretizaciones casuísticas, cuyos contenidos no son de ninguna manera 'anticipables'.

Un aspecto de esa dinámica se origina en el hecho de que no hay una esfera jurídica claramente delimitable frente a fenómenos que sean jurídicamente irrelevantes. Aquello que es jurídicamente relevante resulta más bien de la argumentación del caso, y esta argumentación se sustenta sobre un complejo de fuentes tanto jurídicas como extra-jurídicas.

Así, el positivismo había considerado la solución jurídica de un caso como un resultado deducible de un sistema cerrado. Por otro lado, las nuevas corrientes concebían la solución como un derivado de una argumentación dinámica. De esta diferente concepción resulta el nuevo interés por el lado institucional de la solución de conflictos. A los investigadores positivistas no les había interesado cómo y, sobre todo, *quién* 'aplica' las normas, que, de todos modos, fueron vistas como algo ya 'listo' y 'preexistente'.

Pero la nueva concepción ve la norma como un fenómeno dinámico que debe ser concretado. Esto dirige el interés hacia el contexto institucional de la norma. Una norma concebida como algo a concretar, no permite excluir el problema del procedimiento en la realización del derecho. Así, por ejemplo, Friedrich Müller, un importante constitucionalista alemán contemporáneo, puntualiza que '...normas de competencia son entendidas en el nuevo derecho constitucional (alemán) como normas con relevancia de carácter sustancial; las normas de

43 Koller, P., *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, Viena, Colonia, 1992, p. 165.

competencia constituyen tareas a cumplir y adjudican esas tareas apropiadamente'.⁴⁴

En el estudio de las culturas no-occidentales

La antropología jurídica, con su orientación analítica, casi no había tomado en cuenta estos nuevos esbozos en la metodología jurídica. Siguió orientándose hacia el positivismo de la ciencia del derecho. Incluso un autor tan importante y versado, como Leopold Pospisil mantiene la posición analítica hasta bien entrado los años setenta. En su famoso libro *Antropología del Derecho*⁴⁵ sostiene que el derecho es la suma de los principios 'derivados de las decisiones jurídicas', y afirma que una decisión, para ser considerada jurídica, tiene que caracterizarse por cuatro atributos. Según él, la decisión debe:

1. ser aplicada por una autoridad;
2. ser tomada con la intención de aplicarla de la misma manera en todas las situaciones futuras, similares o idénticas;
3. conceder a una parte un derecho, y a la otra parte una obligación; e
4. imponer una sanción.

La conceptualización impregnada por el positivismo tuvo un impacto especial fuera de las ciencias jurídicas; de tal manera que, también en la antropología, no era fácil imaginarse otra forma de funcionamiento del sistema de solución de conflictos en las culturas exóticas. En consecuencia, deberían también allá encontrarse instancias 'judiciales', en las que se aplicaran las normas con 'intenciones de aplicación universal'.

Así, aquel que no quiso ver en las mencionadas culturas la aplicación autoritaria de normas, se le reprochó el negar a aquellos pueblos la existencia de algo que fue considerado como esencial en la sociedad occidental-moderna. Por todo eso, a la antropología le costó mucho desprenderse de la con-

44 Müller, F., *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, 1984, p. 29.

45 Pospisil, L., *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, New Haven, 1974, sobre todo pp. 39-96.

ceptualización positivista de derecho. Sólo en los últimos tiempos, y muy paulatinamente, van surgiendo nuevas formas de acceso a la temática antropológico-jurídica.

Un esbozo como el de Sally F. Moore, una de las más importantes investigadoras contemporáneas de la antropología del derecho en Estados Unidos, intenta afianzar otra forma de lógica normativa en las sociedades investigadas por ella: "en las sociedades más simples ... parece existir menos razón para procurar construir un orden aparentemente consistente y coherente proveniente de una agregación de normas legales".⁴⁶ Posiblemente, tal afirmación, hecha poco tiempo antes, hubiese expuesto a la autora a objeciones críticas como la de que ella negaba a los miembros de tales sociedades, lógica y coherencia de pensamiento. Pero a finales de los años setenta, afirmaciones parecidas ya no eran imposibles de encontrar incluso en ensayos teóricos referidos al derecho moderno occidental. Los investigadores de esa época habían empezado a reconocer que la metodología jurídica no se limita al uso de un simple modelo de *aplicación* de normas al decidir casos.

En vez de esto, las ciencias sociales comenzaron a orientarse hacia el estudio de modelos complejos de relaciones normativas, que ganaban su relevancia en las variadas constelaciones de conflictos sociales. Los investigadores se dedicaron al estudio del movimiento que hacen los individuos a través de distintos roles y posiciones sociales, lo que implica un continuo cambio de normas y regularidades culturales. "Los mecanismos de circulación y de competencia están continuamente en operación, y ellos implican interminables movimientos de circunstancias individuales".⁴⁷ Las personas envueltas en conflictos persiguen sus distintos intereses; muchas veces manipulan situaciones, y no se comportan como meros autómatas que cumplen sus roles obligatorios.

Poco a poco la ciencia aceptó que, para entender el sistema de control social de una sociedad, no se debe concentrar la

46 Moore, S. F., *Law as Process. An Anthropological Approach*, Londres, etcétera, 1978, p. 9.

47 *Ibid.*, p. 46.

investigación únicamente en el litigio de los contrayentes frente a una institución judicial o cuasi-judicial.

Al igual que en la jurisprudencia tópica de la metodología del derecho moderno, comenzó también la antropología jurídica a reconsiderar y a replantear su punto de partida: no son las normas socialmente obligatorias las que permiten anticipar la solución clara de un conflicto, tal como se deduce de un esquema como el de Hoebel. En vez de eso, "se consideraba (a las normas) como una fuente de recurso de la cual las partes y terceros derivan sus argumentos en la disputa de sus conflictos".⁴⁸ Igualmente, se fue reconociendo la desfiguración producida al imprimir carácter de autoridad judicial a cualquier forma de 'intervenciones de terceros'. Se va viendo claramente que hay que partir del actuar concreto de las partes involucradas en disputas para entender el sistema de solución de conflictos de una sociedad. Incluso depende mucho de la actuación de los afectados si la intervención de terceros en un conflicto se efectúa o no.

VI. HACIA UNA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA ANTROPOLOGÍA DEL DERECHO

Así se muestra poco a poco una nueva imagen de funcionamiento del sistema jurídico-normativo, con implicaciones, sobre todo, para el estudio de las sociedades simples. Uno de los dos autores, Kuppe, intenta señalar en otra obra, en forma esquematizada, ciertos rasgos de esas sociedades, que tienen relevancia para la investigación antropológico-jurídica.⁴⁹ A continuación reproducimos una versión revisada del esquema presentado en esta obra. Ese esquema se basa en investigaciones hechas durante las últimas dos décadas, que permiten nuevas deducciones sobre el funcionamiento de esas sociedades

48 Moore, Roberts, *op. cit.*, nota 28, pp. 214-215.

49 Kuppe, R., "Der Umgang mit Konflikten im indigenen Kulturen — Implikationen für frühgermanistische Forschung", *Bericht über den 18. Österreichischen Historikertag. Veröffentlichungen des Verbandes Österreichischer Geschichtsvereine*, 1991, pp. 171 y ss.

—aun cuando debemos prevenir al lector frente a posibles simplificaciones en las que se pueda incurrir—.

Un esquema de la solución de conflictos en sociedades simples

1. No encontramos ninguna 'esfera jurídica' que se pueda determinar por un criterio uniforme. Partiendo de un caso, se debe contar con modelos variados de reacción social. La persona que se considera a sí misma como agraviada puede expresar reclamaciones contra la parte 'agraviadora', en otras palabras, se inclina a actuar en forma 'jurídica'. La misma persona puede también efectuar venganza de hecho. También puede dirigirse a la protección mágica, o puede inclusive⁵⁰ intentar evitar al agraviador por medio de la separación espacial, mudándose transitoria o definitivamente a un lugar remoto. Esta última es una manera institucionalizada de resolver conflictos en sociedades simples, frecuentemente ignorada en estudios sobre el tema. La selección de una específica forma de reacción depende esencialmente de la evaluación personal de la situación, sobre todo de la valoración de los costos y las ganancias conectadas con las distintas selecciones.⁵⁰ Pero las selecciones también dependen de los valores culturales y de las características individuales de las personas afectadas.

2. Para el manejo de conflictos no se dispone de instituciones preestablecidas. No existen —y esto no es nada nuevo— 'tribunales' en el sentido estricto de la palabra. Como tampoco existen autoridades que funcionen como instituciones de primer acceso para servir de árbitro entre los contrayentes. ¿Cuáles es, entonces, la función del sistema de parentesco en los momentos de conflictos? ¿No determina la estructura de parentesco las posiciones parciales e imparciales?

Los antropólogos son conscientes de la dinámica del sistema de parentesco en estas sociedades. El parentesco es, sin duda, especialmente importante en las situaciones conflictivas. Pero, de él no se pueden deducir obligaciones claras de lealtad hacia

50 Cfr. los esquemas de la 'teoría del juego'.

una u otra parte en conflicto. Del parentesco tampoco se deriva una frontera clara entre la posición de partes interesadas y de observadores imparciales que pueden funcionar como árbitros objetivos. La lealtad o parcialidad dependen de la interpretación y valoración de la compleja situación conflictiva por parte de los miembros de la sociedad. Incluso parientes cercanos no están necesariamente obligados a solidarizarse 'incondicionalmente' con su pariente en conflicto. Nadie va a permitir que un aficionado a las disputas le involucre continuamente en conflictos. Además; muchos parientes son, al mismo tiempo, parientes de la otra parte. Esos, y otros factores, ocasionan que las lealtades en el conflicto no puedan ser caracterizadas como una función lineal del parentesco. El 'grupo de presión' que presta solidaridad a uno y otro de los contrayentes no es, con eso, fijo ni previsible.

Los conflictos se articulan en el contexto de un 'fuero' a constituirse, pero no existen instituciones preestablecidas.

3. Los reclamos pretendidos pueden fundarse en todas las esferas socioculturales; no se derivan únicamente de una esfera jurídica circunscrita. No existe en absoluto ninguna esfera de normas jurídicas que se deje delimitar claramente.

Además, la disputa no consiste en la búsqueda de normas que permitan la subsunción de los 'hechos' del caso. En vez de esto, en el transcurso de la disputa, se construyen nuevos razonamientos normativos. Los fenómenos normativos existentes se manipulan variablemente de acuerdo con los intereses de los envueltos en el conflicto. Los dos aspectos —creatividad y manipulación— no son claramente delimitables. Sólo en contados aspectos se dirige la disputa a soluciones tomadas en anteriores situaciones conflictivas comparables ('casos precedentes'). En la argumentación en cambio, es especialmente importante la previsión de las posibles consecuencias, derivadas de las soluciones del conflicto. Sobre todo juega un rol esencial la previsión de las relaciones futuras entre las personas envueltas en el conflicto. La situación total de los involucrados está en el centro de las consideraciones. Nunca se llega a una

solución aplicando reglas abstractas y sin tomar en cuenta concretamente a las personas afectadas.

4. Está relacionado con el último punto el hecho de que las líneas de argumentación no se limiten a los hechos desencadenantes del conflicto. Todas las relaciones entre las personas en conflicto están bajo disputa, incluidos posibles conflictos anteriores ya 'resueltos'. No hay ninguna *res judicata* formal. Los conflictos anteriores pueden volver a actualizarse, puesto que los involucrados en el conflicto aceptan una conexión material entre el conflicto actual y el anterior. Cada solución se toma sobre la base del fondo social de los contrayentes, y no se orienta a criterios de aplicación general; en otras palabras, de aplicación posible en otros casos.

5. En el caso de que las personas envueltas no acepten el transcurso de la argumentación, el conflicto puede en cualquier momento desviarse hacia otra dimensión (violencia, magia, etcétera). Pero en general existe una cierta resistencia social a la utilización de soluciones alternativas que puedan ser peligrosas. Por eso, existe cierta presión social que exige llegar a arreglos de compromiso entre los contrarios. Esos 'compromisos' no son necesariamente equitativos, en el sentido de que satisfagan las aspiraciones de los contrayentes por igual. El contenido de los compromisos depende mucho más del peso correspondiente de las fracciones en disputa, y de sus nexos sociales.

En la solución de conflictos no se trata de la aplicación o no-aplicación de normas abstractas preestablecidas, ya que tal situación resultaría no en compromisos, sino siempre en resultados de tipo 'todo o nada'.

6. La solución de un conflicto no se reduce a un solo evento que pueda caracterizarse como sanción normativa. En la solución se trata más bien de un conjunto de intervenciones, medidas y recomendaciones referidas a todos los aspectos alrededor del conflicto y relacionados con él. Sobre todo, se incluyen componentes preventivos orientados hacia el futuro.

Como antes se ha dicho en el punto 4, las implicaciones sociales de la solución del conflicto son exactamente el aspecto

central del manejo de éste. Con esto, cada solución orienta hacia una finalidad, y no es de ninguna manera la imposición de una sanción normativa formalmente preestablecida. Recordemos que lo que pasa después de un conflicto es un importante aspecto que se incluye en la argumentación del caso. Se toma en cuenta la necesidad de la reintegración social del transgresor y, al contrario de lo que durante largo tiempo ha caracterizado al derecho penal occidental, no se abandona a la víctima.

Expresado en forma general, no hay 'ganadores' ni 'perdedores' en un conflicto. Esto ocurre porque, como ya se ha dicho, el conflicto no se resuelve mediante el uso de normas preestablecidas. Una situación tal no se puede analizar evidentemente de acuerdo con el esquema analítico-jurídico de delito tipo.

Este esquema no pretende dar una visión académica definitiva en relación a las características del derecho en tales sociedades. Sin embargo, subraya algunos aspectos marcantes del sistema de resolución de conflictos en las sociedades investigadas por la antropología. Y presupone, sobre todo, que el investigador se libere conscientemente de una concepción analítica-positivista de como debería ser y funcionar el fenómeno 'derecho'. En nuestra opinión, solamente de esa manera puede alcanzarse un auténtico entendimiento del sistema de control social en las sociedades que nos ocupan. O, por lo menos, un acercamiento más realista que el logrado hasta ahora por las corrientes clásicas de la antropología jurídica con sus lentes positivistas.

En cierto sentido, este esbozo significa acercarse a algunos puntos de partida que ya tenían los evolucionistas del siglo XIX. Ellos afirmaron que entre los 'pueblos originarios' no existían instancias que decidieran en conflictos mediante la aplicación de normas dadas y fijas. Sobre todo, ellos negaron la existencia de una esfera de normas jurídicas delimitable de otras esferas socio-culturales. Pero hoy en día, suponemos que por tales afirmaciones los evolucionistas no negaron a los pue-

blos 'sencillos' algo que es supuestamente inherente al derecho occidental. Hemos esbozado que justamente la nueva discusión metodológica, que parte de ese derecho occidental, rechaza la estrecha visión positivista del concepto jurídico. Por eso, no hay ahora ninguna razón para seguir sosteniendo este corto y anacrónico entendimiento del derecho.

Sin embargo, esto no significa negar los indudables progresos que la antropología del derecho relativista ha logrado. Por ella sabemos que cada cultura tiene que enfrentarse con el tema básico de la relación entre el comportamiento 'desviado' y el comportamiento 'conforme'.⁵¹ La tensión existente entre las exigencias normativas-estabilizantes y el comportamiento individual es latente en cada cultura.

No existe cultura alguna en la que los seres humanos vivan bajo absoluta arbitrariedad,⁵² como tampoco existen culturas en las cuales los seres humanos convivan prácticamente libre de conflictos, puesto que ellos tienen comportamientos exactamente determinados como por instintos.⁵³ El ser humano, por ser una criatura caracterizada por la 'pérdida del instinto', se enfrenta con la constante tensión entre los 'estándares' socio-culturales y las metas y aspiraciones individuales. Por eso es un progreso del conocimiento la afirmación hecha por la antropología del derecho clásica de que no existen sociedades sin estructuras de orden. Pero nosotros, sin embargo, queremos aclarar que el aporte de un concepto positivista de derecho no permite el esclarecimiento de elementos decisivos en esas estructuras.

51 Cfr. Keesing, R. y Keesing, F., *New Perspectives in Cultural Anthropology*, Nueva York, etcétera, 1971, p. 287.

52 Pero así opina Maine en relación a las fases primitivas de evolución; *vid.* nota 7 y texto acompañante.

53 Pero así afirma otro investigador evolucionista en relación a 'la sociedad primitiva' de 'los pueblos más sencillos'; *cfr.* Hobhouse, L. T., *Sociology and Philosophy*, Cambridge, Mass., reedición 1966, p. 135; Hobhouse, L. T., *Development and Purpose, An Essay towards a Philosophy of Evolution*, Londres, reedición 1927, p. 165.

VII. RESUMEN: LA ORIENTACIÓN EN EL FUTURO

La antropología del derecho creció como rama científica, a partir de la dedicación a los derechos no-europeos, sobre todo los 'tribales'. Esa dedicación tenía, por una parte, una orientación histórica, comparativa y teórica. Por otro lado, fue influida por los intereses prácticos en conexión con la política y la administración pública colonial. El colonialismo llegó a su fin, y con ello terminó también su influencia sobre la ciencia. Y la separación de este fondo práctico-político dio a esta disciplina la posibilidad de acercarse a su temática en forma académica, objetiva e imparcial. Pero, al mismo tiempo, corrió el riesgo de no tener que enfrentarse con problemas de índole práctico, y de no plantearse exigencias jurídicas concretas. ¿Va a ser, entonces, la antropología del derecho puro una ciencia contemplativa y, tal vez, nostálgica, cuya tarea sea sólo reconstruir los rasgos de las culturas desaparecidas o por desaparecer?

Nosotros opinamos que hoy se plantean nuevas exigencias⁵⁴ prácticas para nuestra disciplina: esas exigencias tienen mucho que ver con los dos siguientes procesos de importancia y relevancia universal:

a) Después de la fase de descolonización, las estructuras jurídico-políticas estatales han ganado terreno en todo el mundo moderno; la descolonización no produjo un refortalecimiento de las formas tradicionales de gobierno de los pueblos, sino más bien llevó a una efectivización de estructuras políticas que funcionan de acuerdo con la lógica estatal europea. Así, prácticamente toda la humanidad está hoy viviendo bajo el

54 Un ejemplo para una amplia comprensión de los lazos extensos de la antropología del derecho se planteó en el congreso de la sección alemana de la 'Asociación Internacional de Filosofía de Derecho y de Filosofía Social', en el año 1984 en Bielefeld, Alemania. Este evento, cuyo tema general fue 'Antropología del Derecho', fue organizado por el profesor E. J. Lampe. Es interesante mencionar que allí fueron presentadas ponencias de acuerdo con los temas 'problemas básicos de la antropología del derecho', 'antropología del derecho psicológico', 'antropología del derecho etológico', y 'antropología del derecho cultural'. Véase la publicación de las ponencias en Lampe, E. J. (ed.), *Beiträge zur Rechtsanthropologie. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Beiheft, núm. 22, Stuttgart, 1985.

modelo político del estado territorial y soberano, que es el producto histórico de dos fenómenos europeos: el absolutismo y la burguesía.

b) Paralelamente a esto, somos testigos de la expansión universal de la 'idea de los derechos humanos'.⁵⁵ El Estado moderno, con su potencial omnipotente, trajo a las nuevas elites del poder de todo el mundo una nueva legitimación, y les despojó de los balances y contrapesos que limitaron el poder político en las culturas tradicionales. En otras palabras, eliminó los mecanismos tradicionales de control social, con todas las consecuencias que tal imposición produce. Justamente en esta situación, la idea de los derechos humanos quiere plantear la protección de la dignidad humana y del espacio libre frente a la omnipotencia del Estado soberano moderno.

Con esto, los derechos humanos tienen una función crítica y dinámica frente a las diversas formas de amenaza a las que está expuesta la dignidad humana. El contenido de los derechos humanos, aunque reconocidos no son por eso concretados y, además, el proceso de su definición no es históricamente acabado; todo esto porque los derechos humanos son la respuesta a las siempre emergentes amenazas contra la dignidad humana. Para nuestro tema es especialmente relevante que también se puede recurrir a la idea de los derechos humanos para reclamar el respeto y la protección de instituciones socioculturales y sociopolíticas ante el potencial destructivo de un Estado todopoderoso.

Son los pueblos indígenas quienes reclaman no solamente sus libertades individuales, sino también (y esto es muy importante) la garantía y el reconocimiento de sus instituciones.⁵⁶

55 Respecto a la génesis histórica de los derechos humanos, y de su desarrollo universal, véase, Kühnhardt, L., *Die Universalität der Menschenrechte*, Munich, 1987, sobre todo pp. 23-131.

56 En este contexto es necesario mencionar que los derechos humanos referidos a instituciones no son específicos de los pueblos indígenas, sino que también juegan un rol importante en otras esferas de los derechos humanos establecidos. Por ejemplo, la libertad religiosa, perteneciendo al individuo, constituye la base para las garantías institucionales de las iglesias y de otras comunidades religiosas. Los derechos eclesiásticos no pueden legitimarse como privilegios de las iglesias, sino como garantías

Por eso, en el Proyecto de una Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, encontramos la siguiente norma: "artículo 33: Los pueblos indígenas tienen el derecho de promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas distintivas, siempre de acuerdo con los estándares de derechos humanos reconocidos internacionalmente".⁵⁷

A esta norma, como a todo el texto del proyecto, corresponde una relevancia especial, porque es el resultado de un proceso de elaboración en el que fueron integradas las aspiraciones de centenas de organizaciones de pueblos indígenas de prácticamente todas las partes del mundo.⁵⁸ Un reconocimiento de las instituciones y de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas acepta que los problemas graves que los pueblos indígenas sufren, tales como: despojo de sus tierras, destrucción ambiental, desarraigamiento cultural, criminalidad, prostitución, y desempleo, entre otros tienen que ver de manera directa o indirecta con la ignorancia, subversión o la agresión directa que practican los Estados contra los sistemas de orden social de los pueblos indígenas. Por esa razón, los pueblos indígenas consideran no solamente como algo irrenunciable el seguir viviendo bajo sus propias formas e instituciones jurídicas, sino que incluso aspiran a poder seguir desarrollándolas dinámicamente.

institucionales en interés de la libertad religiosa. Kuppe investigó en otro lugar, cómo se pueden utilizar tales esbozos de legitimación de los derechos eclesiásticos para legitimar también derechos institucionales indígenas: Kuppe, R., "Deutsches Staatskirchenrecht: Modell der Sicherung kulturellen Selbstbestimmungsrechts". En: *Law & Anthropology*, tomo 6, 1991, p. 245 y ss. Otros derechos humanos institucionales, tienen una larga tradición de reconocimiento en el sistema internacional, por ejemplo, las garantías a la existencia y función de sindicatos.

57 ONU. Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1; traducción de la versión oficial inglesa.

58 La literatura sobre la elaboración de una Declaración internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas es extensa. Una introducción en lengua castellana a la temática se encuentra en: Burguete A., Cal y Mayor y Ruiz Hernández, M. X., "Hacia una carta universal de derechos de los pueblos indígenas". *Derechos Indígenas en la Actualidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, p. 117 y ss.

El derecho internacional positivo ya ha tomado en cuenta este justo reclamo: en 1991 entró en vigor el Convenio de la OIT 169/89, cuyo artículo 8 dice: '1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales...'. Justamente en la región latinoamericana ya ha sido ratificado ese convenio por varios Estados,⁵⁹ hecho por el que la implantación de esa norma tiene una enorme relevancia práctica.

De manera explícita, los derechos de los pueblos indígenas han tenido un impacto innegable en algunos nuevos órdenes constitucionales del Continente: la Constitución Política de Colombia (1991) dice en su capítulo sobre las jurisdicciones especiales: artículo 246: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República". La Constitución Nacional paraguaya (1992) dice en un capítulo referente a los pueblos indígenas: artículo 64: "...Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. ..." La Constitución Política del Perú (1993) dice, en su capítulo sobre el poder judicial: artículo 149: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer sus funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho

59 El 1 de septiembre de 1994, el Convenio había sido ya ratificado en América Latina por Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Honduras, México, Paraguay, y Perú (el registro de depósito de ratificación ante la OIT por parte de la Argentina y Honduras se encontraba todavía pendiente para esa fecha); en los congresos de Chile, Brasil, Guatemala y Nicaragua se encontró en consideración.

consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona". Y la Constitución Política del Estado de Bolivia (1994) dice, en su parte sobre los regímenes especiales: artículo 171: "...Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes...".

Indudablemente, puede verse que a través de esas normas se ha creado la base para que los pueblos indígenas sean autorizados no solamente a aplicar sus propias sustancias normativas; sino que se legitima también el mantenimiento del control social por sus propias características institucionales y por sus principios procesales.

Un reconocimiento como tal permite, a pesar del predominio universal de estructuras políticas del tipo estatal-occidental, la supervivencia histórica y el desarrollo de las formas de organización socio-cultural de las sociedades indígenas. Pero, mucho más que eso, los mecanismos de control social indígena son, *por eso*, constituidos como parte de la estructura jurídica oficial. Así, el orden constitucional del Estado permite que en lugar de aplicarse normas derivables de la legislación del Estado, se implanten el derecho y las instituciones indígenas.

Es en ese contexto donde la antropología del derecho gana una nueva relevancia práctica. Al recibir el reconocimiento del Estado, el derecho indígena pasa a ser objeto de estudio de una orientación jurídica-dogmática. Y la antropología jurídica, analizando y documentando el derecho indígena, alcanza una función paralela a la de las disciplinas dogmáticas jurídicas convencionales. Ahora queda por ver cómo esta disciplina va a enfrentarse a su nuevo reto. ¿Va a ser una disciplina que interpreta algo tan dinámico como los sistemas jurídicos indígenas bajo formas esquemáticas del derecho estatal? ¿Será, así, nuevamente instrumento de intereses asimilacionistas estatales? O ¿va a tomar en serio finalmente que reconocer al derecho indígena incluye el reconocimiento de las formas espe-

cíficas de procedimientos e instituciones que caracterizan a las sociedades indígenas?

Solamente al aceptar la dinámica institucional inherente de estas sociedades⁶⁰ evitará que las instituciones de éstas se transformen en algo rígido, establecido y, por supuesto, alejado de la verdadera realidad indígena. La disciplina, sin embargo, hoy en día entiende mejor que antes (cuando fue una 'ciencia colonial aplicada') el funcionamiento de dicha realidad indígena. Por eso debería resistir mejor frente a las 'seducciones positivistas' con las que le amenaza una doctrina general jurídica.

Las instituciones jurídicas de los pueblos indígenas no tienen necesidad de ser interpretadas a través de lentes positivistas, para ser reconocidas como 'verdaderos y legítimos órdenes jurídicos'. El reconocimiento del derecho indígena corresponde a un momento de gran desprestigio del derecho oficial y las instituciones del Estado.⁶¹ Estos últimos, con toda su elaboración y su razonamiento convencional positivista, han demostrado su ineficacia para establecer un ordenamiento justo de las relaciones sociales en el continente latinoamericano.

De todos modos, la antropología del derecho, por su forma de interpretar el derecho indígena, va a tener un impacto decisivo en el futuro desarrollo de las estructuras jurídicas indígenas. A tal respecto, hay la posibilidad de una alternativa extrema:

Se puede cometer el viejo error de presentar el material jurídico proveniente de las culturas indígenas bajo las conocidas fórmulas positivistas del derecho.

Pero se puede también recurrir al recientemente ganado entendimiento del orden social en culturas indígenas, y respe-

60 Hemos descrito arriba, en forma esquemática, algunas características predominantes del manejo de la solución de conflictos en sociedades simples o 'no-estatales'.

61 Eso es la idea que elabora D. Iturralde en su reciente artículo 'Usos de la ley y usos de la costumbre', en: Wray, A., etcétera (eds.), *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*, Quito, 1993.

tándolo, cultivar una posición crítica frente a posibles manipulaciones emanadas de las estructuras estatales.

En última instancia, la disciplina partiría del entendimiento de que el funcionamiento de la solución de conflictos en sociedades indígenas indudablemente es distinto al modelo que planteaba la antropología del derecho clásica. A pesar del hecho de que la antropología del derecho se convierte en una disciplina jurídica práctica, que describirá y analizará en el futuro un derecho indígena 'oficial y reconocido', debe cumplir la tarea crítica de demostrar que los derechos indígenas siguen su propia lógica y desarrollo.