

MANUEL ATIENZA\*  
POR QUÉ EL DERECHO

CONTENIDO: 1. *La ubicuidad del Derecho*. 2. *El Derecho y el progreso*. 3. *La hipótesis del no Derecho*. 4. *¿Sociedades sin Derecho?* 5. *El Derecho y el conflicto*.

### 1. *La ubicuidad del Derecho*

El Derecho es un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades. Prácticamente no hay ninguna relación social que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente. Sin embargo, a diferencia del Rey Midas que convertía en oro todo lo que tocaba, el Derecho no convierte sin más en jurídico todo aquello por lo que se interesa. Lo jurídico es solamente un aspecto de lo social (que, según los casos, tiene una mayor o menor relevancia), pero eso sí, del que no podemos prescindir si queremos entender algo del mundo que nos rodea.

Para comprobarlo, basta con examinar un diario de un día cualquiera. El que ahora tengo a mano —del último día del año 1999— contiene como noticias más destacadas las siguientes: «Los piratas aéreos siguen inflexibles al cumplirse una semana del secuestro»; «un retén de 35,000 personas se enfrenta esta noche en España al “efecto 2,000”»; «una jueza de Barcelona admite el uso terapéutico del hachís y absuelve a un detenido»; «la tarifa eléctrica para particulares bajará el 2.1 % el próximo año»; «rusos y chechenos combaten casa a casa en el frente de Grozni»; «el obispo Uriarte culpa a ETA y al Gobierno del fracaso del diálogo»... Pues bien, algunas de esas informaciones tienen un cariz jurídico manifiesto: el secuestro de una aeronave es un delito, esto es, un acto contrario al Derecho penal, como también lo es el tráfico de drogas (pero no el consumo: en eso se basa la

---

\* Universidad de Alicante.

sentencia de absolución de un enfermo de cáncer que había sido detenido con cierta cantidad de hachís). Pero también en las otras hay un aspecto jurídico relevante: el Derecho podría haber contribuido a paliar las consecuencias del famoso —e inexistente— «efecto 2,000»; los usuarios de los servicios afectados hubieran quizás podido obtener una indemnización por los daños que se les hubiera causado. La medida económica de bajar la tarifa eléctrica es consecuencia del poder jurídico que tiene el Gobierno —el Consejo de Ministros— para actuar en ese campo. La guerra es un fenómeno regulado, al menos parcialmente, por el Derecho: existen normas —de Derecho internacional— que determinan cuándo la participación en un conflicto bélico es legal (o ilegal); y normas sobre cómo hacer la guerra, por ejemplo, sobre cómo tratar a los prisioneros o a la población civil; ni siquiera en la guerra es admisible el «todo vale». Y, en fin, el Derecho también está presente en una actividad típicamente política como la protagonizada por el obispo (en cuanto mediador), el Gobierno y la organización terrorista: el «diálogo» al que se hace referencia —o el resultado del mismo— no es —no puede ser— ajeno al Derecho: la liberación de los presos de ETA o la modificación de su situación penitenciaria no puede hacerse si no es mediante instrumentos jurídicos (concesión de indultos, disposiciones administrativas...); y las reivindicaciones independentistas suponen, entre otras cosas, cambios en la Constitución (en el texto de la Constitución o en su interpretación) y en el Estatuto de Autonomía.

Si de lo que resulta «noticiable» en un periódico pasamos a los aconteceres que configuran nuestra existencia cotidiana, al Derecho nos lo seguimos encontrando por todas partes: cada vez que tomamos un autobús (y efectuamos un contrato de transporte), que formalizamos una matrícula para estudiar en la Universidad (de acuerdo con ciertas normas de Derecho administrativo —si se trata de una Universidad pública), que compramos algo, que pagamos un impuesto o que nos imponen una sanción de tráfico. Hasta tal punto están juridificadas nuestras sociedades que, con frecuencia, lo que en principio aparece como alternativas al Derecho resulta ser simplemente otra forma de Derecho. Por ejemplo, se habla de «parejas de hecho» (contraponiéndolas a las «parejas legales» o «de Derecho»), pero en general se hace para reclamar que también ellas tengan una protección jurídica: esto es, no se trata de una alternativa al Derecho, sino de un Derecho alternativo al establecido, que no discrimine por razón de la orientación sexual de los individuos, de la circunstancia de que la unión se haya o no formalizado de cierta manera, etc. Y —otro ejemplo— la crisis de la administración de justicia está dando lugar en los últimos tiempos a un uso cada vez mayor de formas de resolución de conflictos como el arbitraje, la mediación o la negociación; pero, de nuevo, se trata sólo de alter-

nativas al mecanismo judicial, no al Derecho sin más: esos procedimientos están, en parte, regulados jurídicamente; se negocia «a la sombra» del Derecho, esto es, básicamente teniendo en cuenta lo que resolvería un tribunal de justicia si el caso llegara ante él (piénsese en las negociaciones en caso de divorcio); los negociadores, mediadores o árbitros suelen ser personas con formación jurídica que, por tanto, aplican formas de proceder típicamente jurídicas, etc. Por lo demás, lo que normalmente consideramos como sociedades más desarrolladas son también las que hacen un mayor uso de los instrumentos jurídicos; Estados Unidos, por ejemplo, es el país del mundo que cuenta con un mayor número de juristas en términos relativos.

## 2. *El Derecho y el progreso*

La ubicuidad del Derecho es, cabría decir, un hecho aplastante del que, sin embargo, no siempre somos conscientes. Como consecuencia de ello, tampoco solemos plantearnos cuestiones como la de por qué existe el Derecho o si está bien que exista, esto es, si nuestras sociedades son o no mejores por el hecho de estar organizadas jurídicamente.

Esta última cuestión es, en realidad, sumamente compleja o, si se quiere, obscura. Para contestarla necesitaríamos saber con cierta precisión qué debe entenderse por «Derecho» y por «sociedad justa», qué funciones sociales cumple el Derecho, o cuáles son las alternativas que existen frente al mismo. Por el momento —hasta que no dispongamos de alguna contestación a todas esas cuestiones—, no estará de más mostrar que la pregunta es pertinente y que no puede despacharse sin más con una apelación al progreso. Hoy (pero no siempre ha sido así) tendemos a pensar que la evolución de nuestras sociedades es progresiva, que nuestra vida es mejor que la de nuestros antepasados y que, por tanto, si nuestras sociedades —sobre todo, las más desarrolladas— se caracterizan por la importancia creciente del Derecho (o del mercado), entonces estos últimos son también hechos progresivos, positivos.

Sin embargo, las cosas no son tan simples. De entrada, no es tan fácil saber en qué consiste exactamente el progreso y cómo medirlo, en relación con qué factores: el progreso —lo que quiera que sea— no parece haber seguido ininterrumpidamente una trayectoria lineal, no afecta por igual a todas las sociedades, ni tampoco a todos los individuos que viven en una misma sociedad. Además, la idea de progreso parece tener múltiples facetas: se habla de progreso económico, técnico, científico, moral, cultural, civilizatorio... ¿No podría ocurrir que las sociedades —nuestras socieda-

des— fuesen progresivas cuando se las considera desde una perspectiva, pero no desde otras? Por ejemplo, podemos dar por indiscutida la existencia de progreso científico y tecnológico (el hecho de que se sepan —en impersonal— más cosas sobre el mundo natural y social y sobre cómo usar ese saber para modificarlos), pero eso no es señal inequívoca de una evolución positiva en términos individuales o sociales; no es señal de que vivamos en una «civilización superior»: nuestra vida como individuos no es necesariamente mejor —más rica, más plena o más feliz— simplemente porque dispongamos de un automóvil, de calefacción central o de una conexión a internet; y, sobre todo, nuestras sociedades no están necesariamente mejor organizadas —no son más justas— después de la revolución industrial y en plena era de la información y de la globalización. El progreso tecnológico y científico significa un enorme potencial de liberación humana, pero no está nada claro que hayamos sido capaces de sacar partido de ello. Es más, habría que reconocer que, en no pocos aspectos, sociedades con un grado de desarrollo tecnológico muy precario —«sociedades primitivas»— resolvieron mejor que nosotros problemas básicos como el de la integración social: su «Derecho penal» era mucho menos desarrollado que el nuestro, pero también menos cruel y más eficiente.

Por ejemplo, los indios cheyennes —los «salvajes» de las películas del Oeste— castigaban la muerte de un miembro de la tribu a manos de otro simplemente con pena de destierro de uno a cinco años. El «juicio» por parte del consejo de la tribu iba acompañado de una ceremonia de purificación (el homicidio era considerado un pecado que afectaba a toda la tribu) en la que participaban todos los miembros, a excepción del homicida y de su familia; con ello se lograba no sólo evitar la venganza, nuevos derramamientos de sangre o un castigo cruel (como sin duda es la pena de prisión —no digamos la capital— usual en nuestros Derechos), sino también reforzar los vínculos sociales en momentos críticos [Hoebel, p. 158].

Naturalmente, este y otros datos referentes al equilibrio entre la libertad de acción del individuo y la necesidad de velar por el bienestar de la tribu (lo que apelando a la filosofía política actual llamaríamos entre «liberalismo» y «comunitarismo») que, al parecer, caracterizó a la sociedad cheyenne, no tiene por qué llevarnos a pensar que la vida de esos indios de las praderas norteamericanas haya sido superior —preferible— a la de las sociedades que llamamos desarrolladas o avanzadas. En realidad, un juicio semejante (la comparación entre dos o más formas de vida) no puede hacerse desde el vacío, sino en relación con cierto sistema de valores (el propio de quien emite el juicio) y teniendo en cuenta las condiciones de desarrollo de cada cultura. Eso explica que pocos de nosotros estaríamos dispuestos a cambiar nuestra vida por la de un cheyenne (incluso cuando no

habitaban en una reserva), de la misma manera que no es de suponer tampoco que ellos se sintieran muy a gusto llevando la existencia típica —pongamos— de un individuo de clase media de una de nuestras ciudades. Sin embargo, lo que sí tiene sentido afirmar es que, de acuerdo con la noción de «sociedad justa» que muchos miembros de la cultura occidental comparten (una asociación que procura el bienestar, la libertad y la igualdad de los individuos que la integran), la organización social de los cheyennes —dadas las circunstancias de gran adversidad en que se desarrolló— ha sido más racional —más justa— que la de la mayor parte de las sociedades contemporáneas.

Es ciertamente difícil pensar que el nuestro es un mundo mínimamente bien ordenado, un mundo justo. Aun dejando a un lado el hecho de que el siglo XX ha sido el más violento de la historia, ¿cómo no considerar radicalmente injusta una situación en la que se dispone de recursos suficientes —a nivel planetario— para satisfacer las necesidades básicas, y menos que básicas, de todos cuantos lo habitamos, pero la mayor parte de la humanidad carece de lo más imprescindible: uno de cada cinco habitantes del planeta pasa hambre y más de la mitad son pobres? Además, incluso en las sociedades capitalistas más opulentas, la proporción de personas que no logran satisfacer sus necesidades básicas es altísima y, al parecer, tiende a aumentar, al tiempo que aumentan también las diferencias entre ricos y pobres. Y las cifras de la población reclusa son también un índice elocuente del carácter menos que deficitario de nuestro «orden social»: en Estados Unidos hay hoy dos millones de reclusos (y otros seis millones de personas que han pasado por la cárcel); y en Europa occidental la situación es menos escandalosa —sin duda, algo tiene que ver con ello la existencia del Estado social— pero tampoco es como para echar las campanas al vuelo: en España la población reclusa asciende a unas 45,000 personas (un porcentaje algo así como 10 veces inferior al de los Estados Unidos), lo que significa aproximadamente que se ha doblado en el transcurso de los últimos 20 años.

En resumidas cuentas, las sociedades pueden hacerse, en diversos sentidos, más complejas sin que ello signifique que son más justas; la mayor presencia del Derecho, de instrumentos jurídicos, para gobernar la conducta de los hombres en la sociedad no lleva necesariamente aparejado un orden social de tipo superior.

### 3. La hipótesis del *no Derecho*

Seguramente, una reflexión parecida a la anterior (la conciencia de vivir en una sociedad profundamente injusta) es lo que debe haber llevado a autores de muy diversas épocas a hipotizar la existencia de una Edad de Oro primigenia en la que los hombres vivían en un estado de libertad y armonía natural que no hacía necesario el establecimiento de instituciones que, como el Derecho, llevan aparejado el ejercicio del poder, el uso de la coerción de unos hombres sobre otros. Ejemplos de ello los encontramos en la Biblia (el relato del paraíso terrenal), en muchos autores clásicos como Hesíodo, Ovidio, Virgilio, o Séneca, y también en un pasaje de *El Quijote* en el que, después de ponderar la andante caballería «que todas las cosas iguala», don Quijote se dirige a unos cabreros que le habían acogido, en estos términos: «Dichosa edad y siglos aquellos a quien los antiguos pusieron nombre de dorados (...) porque entonces los que en ella vivían ignoraban estas dos palabras de *tuyo* y *mío*. Eran en aquella santa edad todas las cosas comunes (...) Todo era paz entonces, todo amistad, todo concordia (...) No había la fraude, el engaño ni la malicia mezclándose con la verdad y llaneza. La justicia se estaba en sus propios términos, sin que la osasen turbar ni ofender los del favor y los del interese, que tanto ahora la menoscaban, turban y persiguen; la ley del encaje aún no se había sentado en el entendimiento del juez, porque entonces no había qué juzgar, ni quien fuese juzgado...».

El ideal de sociedad que postularon los anarquistas y los marxistas en el siglo XIX y en el XX viene a ser, en cierto modo, una versión de ese mito de la Edad de Oro, pasado por la ideología del progreso: la existencia de esa edad venturosa no es así cosa del pasado, sino del futuro. Y si el futuro lo situamos no en el más acá, en la tierra, sino en el más allá, en los cielos, el mito adquiere tintes religiosos: el pecado original, en la religión cristiana, supone la pérdida del paraíso terrenal, la aparición del mal en el mundo y, con ello, el surgimiento del Derecho y del Estado; muchos autores cristianos dedujeron de ahí la necesidad del uso de la coerción en este mundo, mientras que la verdadera justicia quedaba aplazada al otro mundo, al reino de los cielos.

En el caso del marxismo, la idea central es que existe una lógica del desarrollo social y que la clave para comprender cada tipo de sociedad se encuentra en el modo de producción, esto es, en la manera como los hombres se ganan la vida, y en el tipo de relaciones sociales que establecen entre sí a este respecto; se distinguen así, como momentos de una sucesión no ya sólo de tipo cronológico, sino «lógico»: el modo de producción de las comunidades primitivas, el modo de producción asiático, el modo de pro-

ducción antiguo o esclavista, el modo de producción feudal y el modo de producción capitalista. El Derecho y el Estado no habrían existido siempre. Surgen históricamente cuando aparecen las clases sociales, lo que ocurre con el modo de producción asiático o de despotismo hidráulico, esto es, la forma de organización social del Antiguo Egipto o de Mesopotamia y, hasta hace poco, de China o de la India, y dejarán de existir cuando se pase de la sociedad capitalista a la sociedad comunista que de nuevo (como ocurría en las comunidades primitivas) es una sociedad sin clases sociales y sin conflictos. «Una vez que en el curso del desarrollo —se puede leer en el *Manifiesto comunista* de Marx y Engels, escrito en 1847— hayan desaparecido las diferencias de clase y se haya concentrado toda la producción en manos de los individuos asociados, el poder público perderá su carácter político». Para Marx y Engels, el poder político es la violencia organizada de una clase para la opresión de otra y dejará de existir (como el Derecho) cuando en sustitución de la antigua sociedad burguesa, con sus clases y sus antagonismos de clase, surja «una asociación en la que el libre desarrollo de cada uno será la condición del libre desenvolvimiento de todos». En una de sus últimas obras, *Crítica del Programa de Gotha* (de 1875), Marx escribió que en la fase superior de la sociedad comunista, «cuando con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva» se podrá por fin «rebasar totalmente el estrecho horizonte del Derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual, según su capacidad, a cada cual, según sus necesidades!».

Ahora bien, ¿es plausible la hipótesis marxista o la de los anarquistas o la de cierto tipo de cristianismo como el de Tolstoi que propugnaba la vuelta a las primeras comunidades cristianas? El anarquismo como concepción política no parece gozar hoy de muy buena salud, a no ser en la forma degenerada de cierto neoliberalismo extremo que se caracteriza por abominar de todo lo estatal; pero, obviamente, el ideal de liberación humana que tradicionalmente ha sostenido el anarquismo y que se basaba en la creencia —como en el caso de Godwin— en que la cooperación voluntaria y la educación permitirían abolir todo tipo de leyes, poco tiene que ver con el de los ideólogos neoliberales de extrema derecha que a lo único a que aspiran es a sustituir el Estado por el mercado. El cristianismo sigue siendo sin duda una ideología al alza, pero lo que está en alza no es precisamente un proyecto como el de Tolstoi. Y el marxismo parece haber sido completamente barrido de la escena, después de la caída del muro de Berlín y del final de la URSS. Hoy tiende a considerarse como una concepción periclitada del mundo, lo que no deja de ser un tanto sorprendente si se piensa que durante una buena parte del siglo XX funcionó como una de las

dos o tres grandes ideologías que «movían» el mundo. Desde luego, no faltan razones para poner en tela de juicio muchos aspectos de la filosofía marxista; por ejemplo, su concepción de la historia —que, en realidad, es una concepción religiosa— según la cual el advenimiento del comunismo tiene un carácter inevitable lo cual, entre otras cosas, llevó fatalmente a quitar importancia a la cuestión de los medios para llegar a ese fin último. Pero hay muchas otras tesis que sería quizás precipitado —o algo peor— dar por refutadas simplemente a la vista del fracaso de los sistemas comunistas; al fin y al cabo, también el cristianismo (para poner un ejemplo de ideología afín en muchos aspectos al marxismo) ha producido a lo largo de la historia alguno que otro desastre (la inquisición, las cruzadas o las guerras de religión son sólo algunos ejemplos) que, sin embargo, no ha acabado con él. Parecería, por ejemplo, que no hay razón para abandonar sin más las tesis marxistas que no tienen carácter escatológico, y que ni siquiera pretenden transformar el mundo sino explicarlo. Una de ellas es la idea de que el Derecho surge del conflicto entre clases sociales y que, en consecuencia, es un fenómeno histórico que acompaña únicamente al desarrollo de cierto tipo de sociedades. ¿Es eso cierto? ¿Han existido —o existen— realmente sociedades sin Derecho?

#### 4. *¿Sociedades sin Derecho?*

Volvamos al caso de los cheyennes que fueron un pueblo de cazadores y recolectores en el que no cabría hablar propiamente de clases sociales y donde hubo un sistema de propiedad privada, pero muy limitado: en principio, con excepción de la tierra y de los fetiches de la tribu, los bienes materiales podían ser objeto de propiedad privada, pero existía la obligación de compartirlos con los demás. ¿Existió realmente un *Derecho* de los cheyennes? Como hemos visto, en esa sociedad estaban en vigor normas que prohibían y sancionaban el homicidio, así como otros tipos de conductas violentas o, en general, contrarias a los intereses de la comunidad. Ahora bien, la base de todas esas prescripciones tenía un carácter religioso, lo que no ocurre con nuestros sistemas jurídicos —los de las sociedades occidentales—, que se basan en la separación entre el Derecho y la religión: los cheyennes creían que el hombre está subordinado a fuerzas sobrenaturales y a espíritus de naturaleza benevolente; la muerte de un cheyenne por otro contaminaba al homicida, pero también a los fetiches de la tribu: hasta que éstos no fueran purificados, la mala suerte perseguiría a la tribu. Por otro lado, existían también autoridades elegidas regularmente (el consejo de la tribu y los jefes de las sociedades militares en las que se

integraban todos los guerreros) con poder para cambiar o adaptar las normas a las nuevas circunstancias y para aplicarlas en casos de conflicto o de incumplimiento de las mismas, pero naturalmente esas autoridades diferían en diversos aspectos de los cuerpos legislativos, ejecutivos y judiciales de nuestros sistemas: por ejemplo, entre los cheyennes no había propiamente un órgano legislativo, ni tampoco división de poderes (entre el ejecutivo y el judicial), ni códigos o juristas profesionales. ¿Tiene sentido hablar de Derecho en esas circunstancias?

Los juristas suelen repetir un adagio procedente del Derecho romano, según el cual donde hay una sociedad hay también un Derecho (*ubi societas ibi ius*). Pero no parece que haya ninguna razón convincente para aceptarlo sin más. Una cosa es que pueda decirse que donde hay una sociedad —por poco desarrollada que esté— existen también normas y sanciones; por ejemplo, no es imaginable una sociedad que no establezca alguna prohibición frente al empleo de la violencia (aunque la prohibición no alcance a todos los miembros ni a cualquier tipo de acto violento) y sanciones frente a los infractores (aunque no se trate más que de un reproche social difuso); si no fuera así (y dado que no podemos imaginar circunstancias que eliminen de raíz la posibilidad de actuar violentamente), un grupo humano simplemente no podría perdurar. Pero otra cosa es que a esas normas y a esas sanciones las llamemos jurídicas; como veíamos al comienzo, el Derecho es un aspecto de la sociedad, no la sociedad sin más, y de ahí que solamos distinguir entre normas jurídicas, religiosas, morales, del trato social, costumbres... ¿Por qué considerar que las normas que ponen algún límite a la violencia (o que prohíben el incesto o el adulterio) son jurídicas y no meras costumbres, normas morales o religiosas?

No hay en realidad una manera expeditiva de contestar a esta pregunta, pues para ello necesitariamos partir de un concepto inequívoco de lo que es Derecho (y de lo que no es), y está lejos de existir un consenso al respecto. Por ejemplo, los autores marxistas y muchos juristas pondrían como condición necesaria para hablar de Derecho la existencia de un Estado y de autoridades centralizadas, esto es, de un aparato que monopoliza el uso de la fuerza física. Pero esto no sería aceptable para muchos antropólogos. Bronislaw Malinowski, en un famoso trabajo de los años veinte (*Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*) que algunos consideran como el nacimiento de la antropología jurídica, sostuvo que eran jurídicas todas aquellas normas que se conciben y aplican como obligaciones vinculantes; pero para que existan esas obligaciones vinculantes, basta con que se dé una relación de reciprocidad, esto es, con que exista alguna presión por parte del grupo, lo cual puede darse sin necesidad de autoridades. Por lo demás, todos los antropólogos no están de acuerdo con esta última tesis, sino que

entre ellos reina una situación de verdadera disputa al respecto: la cuestión de cuándo empieza a haber Derecho no es ni mucho menos pacífica aunque, en general, puede decirse que los antropólogos tienden a sostener conceptos más amplios de Derecho de lo que es frecuente encontrar entre los juristas.

A pesar de esta dificultad, existe quizás un procedimiento que permite llegar a una respuesta razonable a la cuestión planteada. Consistiría en averiguar cuáles son los rasgos sobresalientes que caracterizan a lo que normalmente solemos llamar «Derecho», y comprobar luego hasta qué punto esos elementos están o no presentes en todos los otros tipos de sociedad. Pues bien, si partimos de lo que usualmente consideramos que es un sistema jurídico (por ejemplo, el Derecho español actual), podemos convenir en que el mismo está formado no solamente por normas de conducta que establecen prohibiciones, obligaciones o permisos; al fin y al cabo, también la religión, la moral o la costumbre producen una regulación de la conducta humana en esos términos. Lo privativo del Derecho parece estar en la existencia de órganos públicos, de autoridades, de varios tipos. Por ejemplo: autoridades (legislativas o administrativas) que tienen poder para establecer o modificar normas de conducta que son vinculantes para los otros miembros del grupo; autoridades (judiciales) que tienen poder para aplicar esas normas a los casos en disputa y para resolver los conflictos en forma vinculante para las partes; autoridades (policía en sentido amplio) con poder para hacer cumplir las anteriores decisiones recurriendo en último término al ejercicio de la fuerza física.

En el caso de la sociedad de los cheyennes, dado que en la misma parecen existir órganos al menos de los últimos tipos, tendría sentido hablar de Derecho; si se quiere, para marcar la diferencia con nuestros sistemas jurídicos, podríamos emplear expresiones como «Derecho rudimentario», «Derecho primitivo» o alguna otra semejante. ¿Pero puede decirse lo mismo de todas las sociedades? ¿Qué ocurriría si nos encontráramos con que existen —o han existido— sociedades en las que no hay ni jueces, ni policía, ni ningún tipo de autoridad permanente? ¿Tendría sentido en tal caso seguir hablando de un orden jurídico?

Tomemos el caso de los esquimales, que son considerados por los antropólogos como uno de los pueblos más primitivos. Viven —o vivían— fundamentalmente de la caza y de la pesca, a lo largo de una extensísima franja (unos 10,000 km.) en el Ártico. Están organizados en grupos locales muy pequeños que suelen integrar a una docena de familias que, en total, raramente superan los 100 miembros. No existe entre ellos ningún tipo de autoridad constituida de manera permanente. En cada grupo hay un jefe, pero éste no es más que un *primus inter pares*; no hay ningún procedimien-

to reglamentado de elección —el jefe es casi siempre el cazador más diestro— y ocupa esa posición únicamente mientras los otros acepten sus juicios y opiniones.

Ahora bien, la falta de autoridades —de un poder personal de un hombre sobre otro— no significa que no existan disputas entre los miembros del grupo o entre miembros de distintos grupos. Al parecer, surgen con cierta frecuencia y suelen tener una motivación sexual. El ideal de realización de los varones (las mujeres —como ocurre en muchas sociedades primitivas— ocupan un lugar socialmente subordinado) es tener éxito en obtener comida y mujeres. Lo primero no parece provocar demasiados conflictos; los esquimales consideran que nadie debe tener más de lo que puede usar, de manera que el prestigio se obtiene no simplemente por poseer bienes (comida) sino por ser un benefactor público. Pero en relación con la posesión de las mujeres, son frecuentes las disputas por adulterio (que para los esquimales significa: tener relaciones sexuales con una mujer casada sin el consentimiento expreso o tácito del marido) o por la apropiación por la fuerza de la mujer de otro hombre. En algunos casos, el ofendido puede contentarse con desafiar al ofensor a un torneo de canciones, lo que ciertamente constituye un curioso mecanismo de resolución de conflictos; la reconciliación entre vencedor y vencido no se resuelve propiamente estableciendo derechos y obligaciones (de ahí que sea difícil considerarlo como un procedimiento de tipo jurídico), sino que lo que se persigue es que los litigantes se sientan psicológicamente satisfechos; y, al parecer, ese espectáculo produce tal fascinación entre los que participan en el mismo como contendientes o como espectadores, que es usual que en el transcurso del mismo se olvide el origen de la disputa, lo que constituye un indicio claro de que el conflicto ha sido superado. Otras veces, los conflictos se resuelven mediante combates reglamentados en los que los contendientes luchan golpeándose con los puños o con la cabeza. Pero en muchos casos, el conflicto provoca la muerte del ofensor. La tasa de homicidios entre los esquimales es, al parecer, muy alta: en parte porque —como se acaba de ver— dar muerte a otro es una forma de resolver conflictos, y en parte porque —como consecuencia de la dureza de las condiciones de vida— se parte de que la sociedad no puede tolerar la existencia de miembros improductivos, lo que trae como consecuencia que se consideren justificadas formas de homicidio (como el infanticidio, el inválidicio, el senilicidio) y de suicidio (la asistencia al suicidio puede constituir incluso una obligación).

Ciertamente, todo lo anterior no significa que en la sociedad esquimal no existan límites frente al ejercicio de la violencia. Alguien que da muerte en una ocasión a una o a varias personas puede no sólo no sufrir ninguna

desaprobación por parte del grupo, sino incluso ver cómo aumenta su prestigio. Pero esto no ocurre con el homicida reincidente, el cual es considerado como una amenaza social; el homicida se convierte en un enemigo público y es castigado con la muerte a manos de un agente de la comunidad; sin embargo, el ejecutor no es un órgano estable de la comunidad, sino alguien que ha obtenido la aprobación del grupo para actuar en ese caso, aprobación que es necesaria para que su acto no sea considerado como un nuevo homicidio que dé lugar a futuras venganzas.

En resumen, puede decirse que la sociedad esquimal es una sociedad anarquista, sin autoridades permanentes, tribunales, policía o normas escritas. ¿No parece entonces razonable decir que no existe aquí un orden jurídico, sino un orden social obtenido mediante normas (si se quiere, costumbres) de carácter moral o religioso?

### 5. *El Derecho y el conflicto*

Repasemos el camino que hemos recorrido hasta aquí. Empezamos constatando el carácter acusadamente jurídico de nuestras sociedades (mayor cuanto más «avanzada» es la sociedad). Luego vimos que eso no era necesariamente un dato positivo, en el sentido de que un mayor desarrollo jurídico —y, en general, una mayor complejidad social— no significa necesariamente una sociedad mejor ordenada, más justa. Nos planteamos a continuación si el Derecho es un fenómeno que ha estado presente en todos los tipos de sociedad y llegamos a la conclusión de que no: en relación con los esquimales (y los antropólogos están de acuerdo en que no son un caso único: otro tanto podría decirse de muchas otras «sociedades primitivas» existentes hoy en día o en el pasado) no tiene mucho sentido hablar de Derecho, dado que no encontramos allí ninguna de las instituciones que parecen ser características de los sistemas jurídicos evolucionados. En otros casos (como el de los cheyennes), cabría hablar de un Derecho rudimentario o primitivo, dado que existen esas instituciones (o algunas de ellas) aunque no estén conformadas exactamente como sus homólogas en las sociedades contemporáneas avanzadas.

Lo anterior sugiere la idea de que la juridicidad es algo graduable y de que cabría hablar de algo así como de una escala de juridicidad de las sociedades. Por ejemplo, algunos autores [Schwartz-Miller 1964] han partido de que los sistemas jurídicos evolucionados se caracterizan porque en los mismos existen: 1) mecanismos de mediación o de heterocomposición de disputas, lo que implica la participación en la resolución de los conflictos de un tercero que no representa los intereses de ninguna de las partes;

2) tribunales: si, además de lo anterior, la decisión de ese tercero vincula a las partes; 3) policía, entendiendo por tal la utilización de una fuerza armada para hacer cumplir las normas; 4) juristas profesionales o abogados, esto es, personas que participan de manera regular en la resolución de las disputas asesorando a las partes, proponiendo determinadas interpretaciones de las normas, etc. A partir de aquí se podría hacer una clasificación de las sociedades (por su grado de juridicidad), según que no posean ninguna de esas instituciones, que posean algunas de ellas o todas ellas. Además, cabe construir una escala pues, casi sin excepciones, cada una de esas características es condición necesaria, pero no suficiente, para la siguiente: prácticamente no existen sociedades con tribunales en las que no haya también mediación; ni policía sin tribunales y mediación; ni abogados sin policía, tribunales y mediación. En definitiva, se podría decir que hay un grado cero de juridicidad, un grado uno (representado por la mediación), un grado dos (mediación más tribunales), un grado tres (mediación, tribunales y policía), un grado cuatro (mediación, tribunales, policía y abogados), un grado cinco (cuando aparece la legislación), etc.

Por otro lado, las sociedades con el mismo grado de juridicidad comparten muchos rasgos de carácter social, económico y cultural. Por ejemplo, las de grado cero, aquellas en las que no existe ni siquiera un procedimiento de mediación, son sociedades muy simples, formadas por pocos individuos, que carecen de escritura y de moneda, en las que no hay una especialización apreciable del trabajo y en donde los bienes son comunes. Por el contrario, las de grado cuatro o cinco, las que tienen un sistema jurídico evolucionado, son sociedades urbanas, con una economía agrícola desarrollada que da lugar a ocupaciones de tipo secundario y terciario y con escritura (sin leyes —normas escritas— es difícil concebir la existencia de juristas profesionales).

A donde nos lleva todo lo anterior no es exactamente a la tesis marxista (no es simplemente la existencia de clases sociales lo que genera la juridicidad y politicidad de las sociedades), pero quizás a una bastante próxima: el Derecho existe porque existe el conflicto o, mejor dicho (puesto que las sociedades no organizadas jurídicamente son también sociedades conflictivas) cierto tipo de conflicto: el que enfrenta, no simplemente a individuos pertenecientes a la misma o a distintas sociedades, sino a grupos de individuos que forman parte de la misma sociedad. Ese conflicto parece haber existido siempre que se alcanza un cierto nivel de complejidad social y su solución —o apaciguamiento— requiere de la existencia de una o varias de las instituciones que caracterizan los diversos grados de juridicidad de que hemos hablado: la mediación, los tribunales, la policía y los abogados;

estos son mecanismos para el tratamiento del conflicto que se vuelven tanto más complejos a medida que aumenta también la complejidad social.

Ahora bien, esta necesaria vinculación entre el Derecho y el conflicto no tiene por qué llevar a asumir una actitud que podríamos llamar pesimista sobre el Derecho. El Derecho no es necesariamente un mal (aunque algunos Derechos o el uso que se hace de ellos sí lo sean) como tampoco es un mal la medicina (aunque cierto tipo de medicina o la práctica de la medicina por ciertos profesionales pueda verse también como un mal). Si se quiere, el mal en cada caso está representado por el conflicto (el mal social) o por la enfermedad (el mal natural); pero ni siquiera esos parecen ser males absolutos: de la misma manera que hay razones para sentir espanto ante la posibilidad de que pudiéramos ser inmortales, no deja de ser inquietante la idea de una sociedad sin conflicto y, por tanto, sin Derecho. La existencia del Derecho no asegura una ordenación justa de la sociedad (y un mayor grado de juridicidad no es tampoco señal de mayor justicia), pero en las sociedades complejas, en las que existen innumerables fuentes de conflicto, no hay alternativas al Derecho; la solución —cabría decir— no está en algo distinto al Derecho, sino en un Derecho de otro tipo; no en una alternativa al Derecho, sino en un Derecho alternativo.

Es bien significativo, en este último sentido, el hecho de que tanto las utopías (desde Platón a Marx) como las antiutopías (como las de Huxley o las de Orwell en el siglo XX) coinciden en ofrecernos modelos de sociedad en los que no hay propiamente lugar ni para el Derecho ni para los juristas. En su *República*, Platón preconizaba un gobierno de hombres (de los más sabios, de los filósofos), frente al gobierno impersonal de las leyes, del Derecho. Y en su famosa parodia *Rebelión en la granja*, Orwell presenta la transformación de un movimiento de liberación en un régimen tiránico como el paso de un sistema de legalidad a uno de arbitrariedad. La progresiva destrucción del Derecho, de los diez mandamientos que, como quizás el lector recuerde, los animales se habían dado en un primer momento, alcanza su máxima expresión con la transformación fraudulenta del principio «todos los animales son iguales» en «todos los animales son iguales, pero unos son más iguales que otros».

#### Bibliografía

CAPELLA (1997): J. R. CAPELLA, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid.

- HOEBEL (1979): E. A. HOEBEL, *The Law of primitive Man*, Atheneum, Nueva York.  
Los datos sobre los cheyennes y los esquimales están tomados esencialmente de este libro.
- LLOYD (1985): D. LLOYD, *La idea del Derecho. ¿Perversidad represora o necesidad social?* (trad. de R. AGUILAR y M. BARAT), Civitas, Madrid.
- MALINOWSKI (1982): BRONISLAW MALINOWSKI, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, traducción castellana de J. y M. T. ALIER, 6a. ed., Ariel, Barcelona.
- MARX-ENGELS: K. MARX y F. ENGELS, «Manifiesto del Partido Comunista» (1848), en K. MARX-F. ENGELS: *Obras escogidas*, Progreso, Moscú.
- MARX: K. MARX, «Crítica del Programa de Gotha» (1875), en K. MARX-F. ENGELS: *Obras escogidas*, ob. cit.
- REMOTTI (1982): F. REMOTTI, *Temi di antropología giurídica*, Giappichelli, Turín.
- SCHWARTZ-MILLER (1964): R. SCHWARTZ y J. MILLER, «Legal Evolution and Societal Complexity» en *The American Journal of Sociology*, LXX.