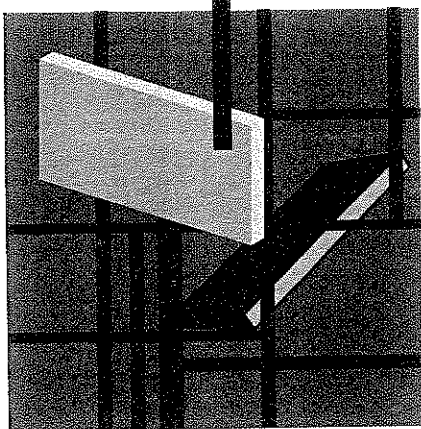


**TEORÍA DEL DERECHO
Y ANTROPOLOGÍA JURÍDICA**

Un diálogo inconcluso

Oscar Correas



Ediciones  Coyoacán

Primera edición: 2010

Reservados todos los derechos conforme a la ley

©Oscar Correas

©Ediciones Coyoacán, S. A. DE C. V.

Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia Del Carmen

Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.

Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282

Email: edicoyoa@yahoo.com.mx

www.fontamara.com.mx

ISBN 978-607-9014-02-5

Impreso y hecho en México

Printed and made in Mexico

*Para José Pablo Torres Correas,
porque su sensibilidad le permita,
siempre, aceptar y respetar al otro*

esas normas. Que, en lo único que se diferencian de las del código civil, es en que son *no escritas*. Es decir, la costumbre lo es porque sus normas no han sido escritas. En verdad, no hay “derecho y costumbre” o “derecho frente a usos y costumbres”, sino derecho escrito y no escrito.

Pero, ya adelantamos, los abogados modernos hacemos esa otra diferencia entre derecho y costumbre, aparte de la diferencia que consiste en que uno sea, a veces, escrito, y la otra no.⁴ Los abogados diferenciamos entre derecho y costumbre, también porque esta última no es “obligatoria”; es decir, no forma parte del derecho. *Pero*, al mismo tiempo, decimos que la costumbre es “fuente” del derecho, usando ese maravilloso don —que nadie sabe quién nos lo ha dado— que es la facilidad para ocultar realidades detrás de las metáforas. Con ello, los hombres “de leyes” queremos decir que, si tenemos que “encontrar” una norma para “aplicar” a un “caso”, pero no la encontramos en el derecho que hemos estudiado en la universidad, podemos —a veces “debemos”, pues nos mandata alguna ley— buscarla en las “costumbres”; esto es, en otros grupos de normas. Y luego, por una voltereta que no deja de ser simpática, decimos que este no-derecho en que consisten las costumbres, se vuelve derecho porque el derecho así lo dice —es que hay normas que dicen que cuando no hay normas específicas para un caso, deben aplicarse las costumbres.

Vale decir que, cuando los juristas enumeran a la costumbre entre las fuentes del derecho —que son, dicen, la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina—, no están pensando en sociedades cuyo derecho no está escrito, sino en *nuestra sociedad*, que dispone de derecho escrito; y en tal caso, la costumbre es solamente otro conjunto de normas que, dependiendo de la voluntad o el humor del legislador, pueden convertirse en derecho escrito. Otras veces, ven a la costumbre como normas que, por su cumplimiento durante mucho tiempo, terminan por ser declaradas ley por el congreso. En cambio, cuando los an-

⁴ Sólo por ignorancia algunos creen que el derecho moderno se diferencia del derecho pre-moderno porque este último no está escrito. El derecho anglosajón es, en buena parte, no-escrito, y no por ello es “pre” moderno. A veces los abogados creen que estar o no escrito, es lo que diferencia al derecho que estudiaron del derecho “indígena”. Sin advertir que, desde hace mucho, las comunidades dejan constancia de las normas que aprueban en las asambleas, en actas muy bien redactadas. De modo que ser no-escrito, no es una característica, ni necesaria ni generalizada, del llamado *derecho indígena*.

tropólogos hablan de costumbre, piensan en las “prácticas” —“conductas”, diríamos los juristas— cumplidas por los habitantes de la sociedad bajo estudio. La cuestión, finalmente, es tener clara la diferencia entre normas y conductas; y esto vale tanto para abogados como para antropólogos. Y así, “costumbre” es *norma*. Lo cual remite a la definición de norma de la Teoría del Derecho: enunciado formado por la descripción de una conducta y un modalizador deóntico —obligatorio, permitido o prohibido.

4. La cultura

Así las cosas respecto de la costumbre, podemos volver a mirar los objetos que suelen ser señalados como parte de la cultura. Y podemos preguntar: ¿por qué hacen así su comida, su vestido, sus fiestas? La respuesta que se oye a los antropólogos, es, poco más o menos: “es que es cultural”. Es decir, esos objetos constituyen la “cultura”, aunque la respuesta no responde a la pregunta: ¿por qué hacen así las cosas culturales? Y lo que cabe responder, en verdad, es: “porque para hacerlas, obedecen normas”.

Lo que todos estos objetos llamados “culturales” tienen de común, es que están constituidos por normas. O, mejor: el cocinar así, bailar así, cultivar así, es la obediencia a las normas en que consiste la cultura. O bien: la obediencia a las normas que constituyen la costumbre. En definitiva, lo que se puede obtener de estas discusiones, es que, en primer lugar, la cultura consiste en la costumbre. Es decir, en *normas*.

Corresponde aclarar aquí algo que es ya una adquisición de la Teoría del Derecho: existen las normas, por una parte, y las reglas técnicas, por la otra. Estas últimas, tienen la misma estructura de las normas. Pero en las reglas técnicas, cuando las enunciamos, hacemos jugar nuestra concepción causal del universo. Por ejemplo, es una regla técnica “es obligatorio someter el agua al calor si queremos calentarla”. En este caso, la regla pone en juego nuestros conocimientos acerca del efecto del calor aplicado a la olla con agua. Las normas, *sociales*, podemos agregar, no tienen nada que ver con nuestra concepción causal del universo.

Pero vale otra aclaración: la cultura, ese conjunto de normas, puede incluir prescripciones que se parecen a las reglas técnicas. Por

ejemplo, "es obligatorio bailar de cierta manera para tener suerte en la cacería próxima". No puede decirse que se trata de una regla técnica en sentido estricto, no al menos en nuestra sociedad. Porque "sabemos" que la danza no mejora la disponibilidad de venados. Sin embargo, en la otra sociedad, esa danza puede ser vista de la misma manera como nosotros vemos el efecto del calor sobre el agua. Para nosotros, observadores, entonces, la obligación de bailar para tener suerte en la cacería, es una norma y no una regla técnica. De la misma manera que, en nuestra civilización, es obligatorio rezar para tener salud. Estas distinciones deben ser tenidas en cuenta para poder afirmar que la cultura, hasta aquí, es un conjunto de normas.

Pero hay otros objetos, como dijimos, que son vistos como integrantes de la cultura. Suelen llamarse "simbólicos"; hasta llegar a convertirse en un abuso del lenguaje, cuando todo resulta "simbólico" y, por tanto, esta palabra pierde significado: en efecto, si todo es simbólico, nada es simbólico. Pero pareciera que con esta palabra, muy confusamente, hay que referirse a *ideas*. Como la "identidad" o "conciencia de la identidad", valores -bueno y malo, bello y feo-, mitos, cosmovisiones, y objetos igualmente difíciles de definir. Pareciera que la cultura consiste, además de en normas, en estas ideas que poco se dejan captar. Sin embargo, con poco que se piense, lo que de similar tienen estas palabras, es que refieren objetos que tienen un *telos* bien claro en la sociedad: tienen por objeto *educar*, ser modelos de conducta. Esto es bien conocido respecto de los mitos: relatos que contienen, finalmente, pautas de conducta. Y "pautas" no son sino normas. Claro, es aceptable, *no tienen la forma gramatical* de las normas. Es decir, finalmente, estos objetos tan caros a los antropólogos, son también *normas*.

El tercer tipo de objetos en que consiste la cultura, es el lenguaje. Cuyo uso, desde luego, requiere de reglas también. Es decir, la cultura se compone, también, de las reglas utilizables para producir sentido con los signos. Pero, el lenguaje, bien usado, *comunica* sentido. Y toda sociedad que pretenda pervivir, reproducirse como ella misma, *debe comunicar sentido normativo*. Pues la pervivencia de una sociedad implica la reproducción de las mismas conductas en cuya descripción consiste esa sociedad. Quiero decir: una sociedad, digamos la capitalista, si ha de reproducirse, requiere que sus habitantes produzcan ciertas conductas y no otras. ¿Cuáles conductas? Las que constituyen esa sociedad. En el caso de la nuestra, si ha de reproducirse, es necesario

que sus sujetos produzcan, todos, las conductas mercantiles. ¿Cómo conocemos a la sociedad? Describiendo, decimos, sus relaciones sociales. Pero lo que se describe, son conductas. De modo que toda sociedad debe garantizar que se reproduzcan las conductas en cuya descripción consiste nuestro conocimiento de esa sociedad.

Para lograr tal reproducción de conductas, la sociedad debe garantizar que sus miembros reproduzcan siempre las mismas conductas. Y para eso sirven las normas, esas que integran la "cultura". Igualmente, para eso sirven los mitos, las cosmovisiones, los valores. Tienen función prescriptiva. Y todas estas prescripciones se transmiten por un soporte especial, llamado *lenguaje*.

En definitiva, lo que propongo es definir la cultura como conjunto de normas. Aunque bien podría tomarse en cuenta que las normas son *una clase* de prescripciones. Y esto nos conduce a una reflexión que ha sido muy útil a la Teoría del Derecho, y que tal vez fuera útil a la Antropología.

Se ha dicho, por casi todos los teóricos del derecho actualmente en activo, que el lenguaje, este soporte de las ideas, tiene diversos usos. Entre ellos, esta dupla formada por el uso *descriptivo*, y el uso *prescriptivo* del lenguaje. Esto ha servido a los juristas para ubicar al derecho entre los usos del lenguaje. Obviamente, en el "mundo" del uso prescriptivo del lenguaje. Puede aceptarse, además, que las normas son *un tipo* de prescripciones, y que hay otros que no se construyen con la misma estructura gramatical. El mejor ejemplo es el de los mitos: que se crean mediante un uso prescriptivo del lenguaje, pero no contienen, gramaticalmente hablando, normas en sentido estricto. No obstante, su *sentido* es prescriptivo, y sería difícil encontrar alguien que sostenga lo contrario.

Entonces, lo que propongo es que la cultura es el resultado de todo uso prescriptivo del lenguaje. La cultura se compone, en el fondo, de normas. Que se crean y transmiten -toda norma tiene vocación de ser transmitida- por el lenguaje. Normas y lenguaje, así, son los referentes de la palabra "cultura".

Y ahora se ve claro el objetivo de este discurso: comparar, confrontar, el derecho -no la ciencia llamada Derecho- con la cultura. Y obtener beneficio de esta confrontación, para la Teoría del Derecho y la Sociología Jurídica. En tanto conjunto de normas, el derecho es uno de los integrantes de la cultura. Sea derecho escrito o no escrito -"costumbre"- o "consuetudinario". Por eso algunos antropólogos sostie-

nen que estudian las “costumbres” —así, sin distinguir, algunos, entre normas y conductas. Y, entonces, la Antropología se vuelve *Antropología Jurídica* (aunque bien que sería mejor hablar de *Antropología Política*, en tanto las normas son el instrumento de la política, es decir, de esa actividad tendiente a ejercer el poder).

Igualmente, detrás de estas ideas, los juristas pueden mejorar el uso que hacen de la expresión “cultura jurídica”. Ya no se trataría de *erudición* acerca del derecho, sino de un conjunto de normas, o simplemente prescripciones, que se usan cotidianamente en la tarea profesional.

Pero estas prescripciones no son las que aparecen en el discurso del derecho. Y por esto último entenderemos el discurso que, en uso de sus facultades otorgadas por otras normas, producen los funcionarios autorizados por esas normas. Así, la parte resolutive de una sentencia, el código civil o las órdenes giradas por el presidente a sus subordinados, constituyen el derecho o el discurso del derecho. La cultura jurídica consistiría, quiero proponer, no en el conocimiento de las normas del discurso del derecho, sino en otros discursos que *se usan* para interpretar textos jurídicos y para argumentar. Me refiero a lo que bien podríamos llamar *tópicos jurídicos*.

Los *topoi*, en el habla de Aristóteles, son los “lugares comunes” del discurso. Son la principal fuente de recursos discursivos en el mundo de la política y el derecho. Son esos enunciados, a veces compuestos de muchas palabras, pero siempre más eficaces si lo están por pocas. Los tópicos son enunciados, discursos completos a veces, que el orador supone —puede equivocarse— que son aceptados por todos los oyentes, quienes no se pararían a discutir su verdad o validez. La conciencia de los juristas está plagada de tópicos, que, por eso, por pertenecer al mundo del derecho, podemos llamar *jurídicos*. Estos tópicos son conocidos por los abogados, como los famosísimos *principios generales del derecho*. Todo abogado entenderá inmediatamente de qué estamos hablando. Su conciencia, como la de todos los juristas, está llena de sentencias, muchas de ellas en latín, tales como “primero en tiempo, primero en derecho”, “no hay delito sin ley” —“*nulla poena sine lege*”—, “no hay delito sin pena”, “*in dubio pro reo*”, “*in dubio, pro operario*”, “no se debe distinguir donde la ley no distingue”, “la ley posterior deroga a la anterior”, “las cosas se pierden para su dueño”, “el que puede lo más, puede lo menos”, y cientos más. A los cuales pueden adjuntarse todas las directivas para la “correcta” interpre-

tación de la ley. Tales “el juez debe decidir exclusivamente sobre la *litis*”, “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, “la única declaración válida del imputado es la que produce delante del juez”, “los impuestos no pueden ser confiscatorios”, “la expropiación debe ser seguida de indemnización”, y cientos más.

Ahora bien, estas *ideologías*, pues eso son, tienen una importancia tal vez mayor que la ley misma. Pues, en verdad, la ley, y no la ley sino su interpretación por el juez, depende precisamente de su *actividad* interpretativa. Y todos estos tópicos, precisamente dicen *cómo ha de realizarse la interpretación*. Y la ley, en verdad, existe en su interpretación. La ley dice lo que el juez dice que dice. Esto lo sabe todo abogado que ha ejercido su profesión. Como bien dicen, precisamente los abogados: “para tener un derecho, no basta que lo diga la ley, sino que es necesario que lo diga el juez”; de lo contrario, no hay tal derecho; no al menos con algún sentido práctico, y ciertamente no para el ciudadano cliente, a quien su abogado le dice que, si bien puede entenderse que tiene tal derecho, no encontrará juez que se lo reconozca.

Algunos de estos tópicos implican, o son resumen de, complicadas ideologías que no pueden decirse en pocas palabras. Por ejemplo, la idea de que “hay que preservar el estado de derecho”, o “el derecho provee —a veces “debe” proveer— seguridad jurídica”, o la muy compleja idea de que “es mejor una mala ley que el caos”, o, la que especialmente nos interesa en este momento, según la cual “sólo el estado puede producir derecho válido”, o “es derecho nacional solamente el producido por las autoridades legalmente constituidas”. A partir de éstos, y otros tópicos similares, los juristas interpretan u organizan su argumentación. Y, algunas veces, los jueces usan otros tópicos, aún más complejos, y resuelven de manera que resulta extraña a la cultura jurídica dominante. Y a veces parece que en la conciencia de los jueces está el convencimiento de que los tópicos deben ser seguidos, u obedecidos, y sin embargo la resolución producida no parece, a los abogados o al público, que en verdad haya sido pensada a partir de esos principios. Más parece que el juez *crea* estar siguiendo las directivas, pero a los demás no les parece lo mismo. En tales casos, tal parece que hay otras ideologías en la conciencia del jurista, pero está oculta y aparece solamente en algunas ocasiones. Así de compleja es la actividad de los abogados y los jueces.

Todos estos tópicos, estas ideologías, constituyen la cultura jurídica dominante en cierto espacio y cierto tiempo; y, como en el caso de toda la cultura, se trata de normas, o prescripciones o directivas, expresadas en un lenguaje: normas y lenguaje, es decir, la cultura.

4. Teoría del Derecho e ideología jurídica

La Teoría del Derecho dominante ha sido algo reacia a estudiar estos fenómenos, como el de los tópicos jurídicos, a veces parecería que por temor a mostrar estas aristas poco simpáticas del derecho y su práctica. Es poco simpático advertir que la confianza que puede depositarse en la majestad de la ley, no resulta, en el fondo, sino una desconfianza frente a la voluntad del juez. Y, como se sabe, toda voluntad implica un *irracional*; un espacio amplio a la arbitrariedad. El derecho termina siendo, así, un instrumento que depende de la cultura de los actores jurídicos. Más que a la ley, terminan creyendo los abogados, hay que atender al talante de los jueces. No es tan necesario argumentar acerca de las normas, como hacerlo teniendo en cuenta estos tópicos jurídicos, tratando de adivinar cuál es el que le parecerá utilizable al juez. Me temo que esta pobre realidad, tan lejana de las ilusiones jurídicas, es lo que ha llevado a la Teoría del Derecho a ocuparse poco de las ideologías.

Sin embargo, más temprano que tarde, los juristas deberán enfrentarse al hecho de que sus "teorías" coinciden poco con su experiencia. No son en realidad *teorías* en el sentido científico que pueda acordarse a este término; son *ideologías*, sin sustento en algún basamento más firme. Lo cual no quiere decir que no tengan soporte en largas luchas que la humanidad ha sostenido, como, por ejemplo, los tópicos de que "nadie puede ser penado sino en virtud de ley anterior al hecho de la causa", o "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo", o "la única declaración válida del imputado es la producida delante del juez". En efecto, incluso se ha derramado mucha sangre para lograr que la cultura jurídica incluya estos tópicos, que no son naturales, sino producto muy artificial—"cultural" se dice veces. Es decir, los tópicos no son ni conceptos jurídicos, ni principios divinos o "naturales", o "lógicos", inmutables. Son ideologías que tienen fecha de nacimiento; y, es de esperar, algunos, tengan fecha de defunción.

5. Los jueces frente al pluralismo jurídico

En los últimos tiempos, en América Latina, y en México muy precisamente desde 1994, los pueblos indígenas han venido ocupando un espacio cada vez mayor en la vida política. Su aparición, no repentina, por cierto, pero sí elocuente, ha puesto en juego, y en jaque, algunos tópicos de la cultura jurídica dominante. No sin cierta confusión, lentamente, la Teoría del Derecho y la Teoría Sociológica del Derecho, todavía marginalmente, han venido reaccionando frente a este fenómeno, y han recurrido a una expresión que parece responder a las preguntas que pueden formularse a partir de la irrupción del mundo indígena en la política cotidiana: *pluralismo jurídico*.

Esta expresión quiere dar cuenta del hecho, hoy innegable, de que, en México, pero en casi todos los países latinoamericanos también, las relaciones sociales no se conducen conforme con un solo sistema normativo, al cual sin mayor fundamento llamamos jurídico, sino que, a pesar de lo que se quiera, se arreglan y componen conforme a una multitud de sistemas normativos. El caso de los sistemas normativos indígenas es solamente un caso, pero es el caso al que nos referimos aquí.

"Pluralismo jurídico" es una expresión que quiere dar cuenta de este fenómeno, de este espectáculo ofrecido por la realidad y por los largos y ya antiguos estudios de los antropólogos sobre los pueblos indios de América. Pero también de muchos otros rincones del planeta. Y este espectáculo, junto a esta expresión, pone en jaque a la cultura jurídica dominante, a las ideologías jurídicas que hacen presa de la conciencia de los juristas. Lo que dice la expresión es que, en una sociedad compleja como la mexicana, existen muchos sistemas normativos. Cuando menos uno por cada comunidad indígena o pueblo indio que se mantenga como tal. Todos, *además* del sistema jurídico mexicano y de su estado—expresión poco feliz, pues derecho y estado son dos palabras para la misma cosa, dice Kelsen, y no ha podido ser rebatido. Y este sistema, siendo el que dispone de mayor fuerza, es *hegemónico*; consigue, poco a poco, destruir los otros sistemas normativos que, por su parte, se defienden con eficacia variable, que va desde los que han conseguido subsistir, a los que poco les queda de diversidad.