

# Presentació dossier

**Ignasi Terradas i Saborit**

*Universitat de Barcelona*

Els escrits que es presenten en aquest dossier tenen el comú denominador d'abordar qüestions d'antropologia jurídica, entenent que el vehicle fonamental que posa en una de les comunicacions més intenses a tota una societat, i a cadascun dels seus membres, amb el seu dret, és la justícia. Perquè la justícia és el lloc en el qual es dóna la mesura i la disposició més valuosa de cada vida humana enfront de les altres. En la justícia es crea el dret sempre més fonamental que en la transacció, que en el consens eventual. Però la justícia no és només la instituïda i sovint malaguanyada, és també la indefensa, la més sentida i amb prou feines expressada. Les nostres institucions jurídiques són conscients d'aquestes possibilitats i límits o defectes. Tracten de sortir-se'n amb dificultats, és clar. L'antropologia jurídica tracta d'oferir reflexions per ajudar a veure que determinades sortides poden desenvolupar-se, encara que amb molta prudència i coneixement, i que d'altres són de curta volada. D'on vénen aquestes aspiracions? De la vida coneguda etnogràficament i comparativa, dels mètodes de l'antropologia social i del dret comparat en sentit realista. En aquest dossier hem reunit una colla de juristes i antropòlegs que fan diverses aportacions en aquesta direcció, precedits d'una sàvia reflexió de Louis Assier-Andrieu.

La contribució de João de Pina-Cabral ens presenta una teoria extraordinàriament realista, la de la compatibilitat equívoca. Amb ella ensenya de quina manera pot interessar més el benefici d'una transacció o l'equívoc en el manteniment d'una relació social que l'inequívoc del dret poc vertebrador quan es troba enfront d'una realitat històrica complexa. Ensenya com és possible mantenir contradiccions aparents d'identitat cultural o d'identificació política. Destaca la importància de l'ambigüitat i la asimetria per entendre el dret viscut, i només a partir d'aquí, la instauració d'una "relativitat" en la percepció i representació de la justícia. Així, ens proporciona una eina analítica idònia per a interaccions socials de tipus específic en el benentès que formen part de processos històrics més generals. Al final reprendré l'aportació d'en João de Pina-Cabral.

El treball de Vincente Fortier ens ofereix un recorregut invers: és des de les diferents interpretacions del dret –que corresponen a contradiccions pel que fa al dret viscut per les persones concretes– que es presenta a l'antropòleg la perplexitat per la seva pròpia teoria. Dues instàncies jurídiques interpreten, i sentencien, amb diferència notable, el mateix cas. La divergència, tal com Fortier l'exposa, amb una

anàlisi sistemàtica completa rau en la doble vessant jurídica del matrimoni: institució d'àmbit públic i contracte d'àmbit privat. A partir d'aquí encara hi entra la religió, debatent-se el dret de la llibertat religiosa amb el que pugui disposar d'algun dret fonamental, i específicament –pel que fa al matrimoni– de si la condició virginal de la núvia pot considerar-se una “qualitat essencial” de la seva persona, i que en tal cas pot sol·licitar l'anul·lació del matrimoni per la figura jurídica de l'engany greu.

Fortier apunta cap a la direcció que, en definitiva, és la societat la que es debat entre la responsabilitat privada del matrimoni, la de caràcter estrictament contractual, i la pública, la que interessa els drets fonamentals de les persones, que són d'àmbit públic i que per tant fan que el matrimoni sigui també una institució pública. Aquesta ambivalència està en la mateixa naturalesa de la societat, la qual fa moure la balança amb molt de pes, a vegades cap la responsabilitat contractual privada, i a vegades cap a l'acció legal pública quan s'enfronta amb la indisponibilitat de drets fonamentals en qualsevol relació humana, incloent-hi tot l'àmbit contractual. En tot aquest vaivé social i cultural, cal destacar a manera de provocació per a la reflexió de l'antropòleg el concepte de “consciència popular de la Nació” o percepció de les formes de vida segons l'opinió pública “majoritària”, coses que són fets socials i culturals i que els jutges empren per donar validesa axiològica a les seves sentències. Fortier planteja, doncs, un repte a la justícia legal i a l'equitat del judici quan diu que aquests factors culturals intervenen, i ho fan tant com els d'una política estratègica en la sentència per fer front a les seves conseqüències en la vida real d'una dona.

L'article de Sílvia Bofill ens encara també amb una realitat social ambivalent i contradictòria, que cada cop més aboca les seves dualitats a l'àmbit jurídic. Es tracta de la condició vital de vellesa en les persones. I ens fa veure com hi predomina un sentiment d'injustícia. I, a més, la injustícia recau tant en els vells, com en els que envelleixen en tenir-ne cura amb una dedicació quasi exclusiva. Així ha anat apareixent el dret a viure la vellesa sense minva dels drets fonamentals de la persona. Però la realitat de cada persona vella en la nostra societat està configurada per la seva interacció amb tres poders i institucions socials, que són la família, l'Estat i el mercat. Bofill mostra com entre les tres generen una parsimònia ineficaç i no estalvien inseguretat, parcialitat i insuficiència en el gaudi de drets fonamentals de la persona en la vellesa. La política pública no procedeix d'una planificació enfront de les necessitats, sinó –com és característic de l'Estat sotmès excessivament al capitalisme

enfront de tots els drets socials– d’una gestió d’aconentament parcial. El procés legislatiu de la dependència ha anat requerint precisament l’apropament de la gestió (empresarial, davant d’un mercat obert) a la planificació (de responsabilitat política, davant d’una població coneguda). S’ha esperat el complement del mercat que ha acabat d’enfonsar la condició de la persona vella en un apartheid capitalista més proper al col·lectivisme que a la identitat personal i familiar. És per això que tot plegat, com mostra i demostra Sílvia Bofill, dóna lloc a múltiples reaccions humanes força deplorables. En totes elles hi domina –davant la realitat actual– “un sentiment d’injustícia amb el reclam, jurídic i moral, d’un major i més eficaç desplegament públic del sistema de protecció social a la dependència”. La injustícia és també per haver esmerçat vides per fer front al xantatge sentimental de tenir cura de velleses molt dependents. És per això que sintetitzant la vellesa desvalguda enfront de l’Estat, la família i el mercat, i l’envelliment dels que se’n fan càrrec sense poder fer pràcticament res més –incloent-hi les curadores forçades per l’autoritat dins la família i les “informals” i mal pagades– Bofill descobreix un llenguatge molt sentit de la injustícia, però no sempre associat a l’àmbit jurídic, sinó a l’àmbit més pur de les fonts del dret, el llenguatge –ens diu l’autora– “de la solidaritat, la reciprocitat, la responsabilitat, la renúncia i el sacrifici, el maltractament, la resignació, la culpa i la por”.

De la reciprocitat com a dret social i imperatiu moral ens en parla en José M. Ortuño en el seu article sobre la trajectòria històrica dels *tiv* de Nigèria. Fa veure com els procediments de reparació i reconciliació prevalien en el dret *tiv*, i que la seva axiologia era la d’anar reconstituïnt la societat, “reparar el país o la terra” (el tar o conjunt format pel territori i la societat) en comptes de la deconstitució del reu en el sistema penal. És a dir que tenien un ordenament vindicador que el domini colonial no va reconèixer, i que va viciar amb la prohibició dels elements socials i jurídics indispensables per al seu funcionament. Ortuño destaca especialment el desmembrament del sistema de la reciprocitat, el qual els *tiv* havien desenvolupat amb una estreta relació entre els intercanvis recíprocs matrimonials i tot el seguit de responsabilitats socials i jurídiques que en derivaven. Suprimint els primers –com feren les autoritats colonials a requesta dels missioners– es destruïen els segons i conseqüents. És a dir que sense poder exercir el “contracte social” bàsic de la societat *tiv*, un tipus d’intercanvi matrimonial, es destruïen les fonts de responsabilitat que en derivaven per totes les altres institucions i

obligacions de dret. És per això que per més que la justícia colonial respectés les normes consuetudinàries, en eliminar la institució fonamental de la reciprocitat soscavà tot exercici de responsabilitat que en depenia. Això no ho entengueren mai els colonitzadors i encara no ho entenen ara els neocolonitzadors directes o intel·lectuals en interpretar les reciprocitats matrimonials només com a “matrimonis forçats”, i no saber apreciar tota la força que té en algunes societats la institució matrimonial per a construir l’edifici polític de la societat. Més matrimonis se celebren en societats com la nostra per pura conveniència, i a més exclusivament privada, i encara sovint hi ha d’intervenir un ministeri públic perquè els subjectes del contracte matrimonial no saben comportar-se amb responsabilitat, ni privada ni pública.

L’article de Gabriela Dalla Corte tracta també de la relació jurídica d’una població indígena amb no només un Estat, sinó amb un Estat que es troba defensant la nacionalitat d’un territori enfront d’un altre. Això passa en una època en què els territoris es troben més aviat privatitzats per grans explotacions que no pas nacionalitzats per l’administració de l’Estat. I en aquesta conquesta nacional hi participen indígenes als quals després no se’ls reconeix una participació equitativa en el procés territorial i jurídic de constitució de la nacionalitat, ni se’ls reconeix el dret a una de pròpia. Serà molt més tard que en el context de les reivindicacions d’autonomia indígena es plantejarà la legitimitat del seu dret, precisament per haver lluitat en la conquesta i formació de la Nació. Es tracta d’un procés carregat d’ironia històrica: primer, en la independència colonial, la població indígena continua essent una nosa política com en el període colonial; després, tot i col·laborant amb guerres de major consolidació de projectes nacionalistes, encara no se’ls considera mereixedors d’ésser subjectes de dret d’aquests projectes. I, finalment, en un nou context, la reivindicació de les seves terres es fa mitjançant la reivindicació –lluita– precisament de les que constitueixen les de tota la Nació. Així, una reclamació de justícia per a una població arriba a passar en l’actualitat per dues vies d’obtenció de legitimitat: les promulgacions nacionals i internacionals de drets dels pobles indígenes i l’haver participat en la construcció de la moderna Nació que tants drets els ha anat negant.

El treball de Tünde Mikes explora un altre fenomen d’“indigenitat”: la persistència en la llarga durada d’un costum de repartiment de drets en una comunitat. El seu terreny paradigmàtic és la distribució de drets de pastura que, sempre en la llarga durada històrica, estableix unes distincions principals. Aquestes distincions són entre els forasters

i els autòctons, i entre les cases fortes o capmasos més rics i la resta. És a dir que fa pensar en la persistència d'aquestes divisions al llarg del temps. I és sabut que en els règims de comunals, emprius o d'algun tipus d'aprofitament col·lectiu de recursos combinat amb propietats privades, aquests dos trets són característics: les prelacions a favor de les cases més fortes en la desigualtat interna (normalment legitimades com mostra Mikes pel dret avític dels primers vinguts o més antics) i les prelacions pels drets dels membres de la mateixa comunitat.

Es tracta, doncs, d'un règim que combina la desigualtat econòmica i social amb l'equitat distributiva, i ho fa sobretot a través de la combinació de la titularitat dels drets particulars i comuns segons una relació proporcional entre l'explotació privada i l'aprofitament comunal. Llavors es dóna com a mínim una seguretat jurídica a priori i una equitat que s'accepta com a convencionalitat tradicional. Mikes explica com aquests factors han proporcionat l'estabilitat política habitual d'aquestes comunitats, la "petita política" de poble. És així com aquests pobles queden caracteritzats com a "societats comunitàries i al mateix temps molt desiguals". I tot plegat depenent sempre d'una variable fonamental, el factor demogràfic, responsable d'alteracions del sistema cap a dins i cap a fora.

L'estudi de Ramón Rodríguez Montero tracta també de comunitats i de llarga durada històrica. Planteja la institució del costumari gallec de la *veciña*, i mostra la necessària complementarietat d'estudis jurídics i antropològics per entendre la seva naturalesa i el seu abast. Fa veure que és més important el concepte que la paraula, pot ser *concello*, *concejo*, *Xunta de homes* o *xunta de veciños* més que la mateixa paraula de *veciña* el que realment signifiqui la reunió dels titulars de drets com a veïns d'una comunitat, és a dir amb una personalitat jurídica que només es defineix, en aquest cas, per les pràctiques a què dóna lloc i que es poden recollir com a dret costumari. Però el que és extraordinàriament interessant per a antropòlegs i juristes és la discussió sobre la inclusió d'aquesta institució del costumari en l'actual dret civil gallec. El que es discuteix és si una institució jurídica de la qual els juristes i antropòlegs que l'han analitzat en destaquen les possibilitats per èpoques diverses i la vocació universal, hagi de conservar-se en la legislació vigent encara que tingui, ara per ara, molt poca vigència. És a dir si té sentit mantenir una institució que té una funció com de reserva, pel caràcter podríem dir clàssic que té, ja que posseeix unes característiques de validesa transhistòrica i universal que n'auguren possibles futuribles. La qüestió és si oblidar en

les codificacions vigents aquest tipus d'institucions, de les quals només els antropòlegs i historiadors del dret costumari n'aprecien l'abast de les virtuts, i haver-ne d'inventar de noves amb més defectes que aquelles experimentades en contextos històrics molt variats. La prudència de l'autor no descarta una funció de reserva jurídica per a aquestes institucions, no en va és un experimentat professor de dret romà.

El treball de Sílvia Gómez aborda la temàtica de la mediació penal des d'una clara perspectiva realista. Mostra d'una banda les bones intencions de l'anomenada ideologia harmònica, de la justícia restauradora i de l'economia judicial. Però també mostra els seus límits i contradiccions. La igualtat davant la mediació es presenta gairebé igual que la igualtat davant el contracte, i precisament si hi ha conflicte és que, com ja deia Durkheim, el contracte és entre poders o situacions de força desiguals. Llavors el dret pot quedar predisposat per aquesta desigualtat, a menys que els mediadors tractin de restablir la igualtat davant, no només la llei, sinó al llarg de tot el procés de mediació que tracta d'obtenir una solució justa. I si fan això es converteixen en part en advocats i en part en jutges, cosa que, molt significativament, reflecteixen les percepcions dels *justiciables* francesos entrevistats per l'antropòloga. A més, la mediació penal és decidida i vetllada per una autoritat judicial. No s'ha arribat a una privatització estricta del procediment. I també cal tenir en compte que la mediació perfecta busca l'extinció del conflicte, per la qual cosa es necessita una acció transaccional i arbitral que obligui a renunciar a prosseguir-lo de qualsevol manera.

Les conclusions del treball de Sílvia Gómez apunten cap a un realisme jurídic i social. D'una banda no es dona com a procediment estrictament extrajudicial, ni hi ha abandonat de l'autoritat judicial (o executiva depenent d'aquesta autoritat) ni en la incoació, ni en el seguiment, ni en l'execució dels acords de la mediació. D'altra banda, la mediació pren en consideració els aspectes morals i culturals d'índole personal de cadascuna de les parts, fent de la trobada amb la justícia una trobada que no ha d'alienar l'acció legal del conjunt de la vida personal i social. En aquest sentit es pot dir que humanitzant la justícia aquesta justícia pot esdevenir més realista i equitativa. Però també és cert que sense el poder vigilant d'un tercer, un encomiable dret flexible davant la realitat social de cada cas pot esdevenir una deixadesa del dret i la justícia. Per tant, si bé en la mediació una part no pot fer de jutge, això no s'ha de confondre amb l'absència del poder judicial per a vetllar per coses com, per exemple, que "per negociació" s'arribés a la deixadesa d'un dret fonamental. Com bé assenyala l'autora no s'ha de confondre la mediació amb

un duel ni amb una negociació de mercat. I la conclusió de Sílvia Gómez és prou esclaridora respecte a aquest tema: “es té la sensació que els justiciables reivindiquen, més enllà de la mediació, un nou procediment judicial, més atent i millor adaptat a les seves necessitats i a la seva participació en la gestió del conflicte”. I és que no hem d’oblidar que els orígens de l’actual mediació i de les “resolucions alternatives de conflictes” en general no es deuen al descobriment d’un nou dret processal, sinó als vicis i defectes de l’únic conegut i practicat com aital. Són una reforma parcialment externa que sol·licita constantment una reforma interna dels procediments.

Tomàs de Montagut ens ofereix una lliçó de síntesi històrica. Fa veure la transició que es dóna en la cultura jurídica erudita des de l’apreciació d’un dret dominat per la voluntat subjectiva cap a un dret fet d’ajustaments equitatius entre els membres d’una comunitat. Es tracta de la transició de l’àmbit de la justícia vindicadora cap al del dret civil i penal que es representa presidit per un ideal d’equitat comuna. Destaca la importància d’aquesta concepció en la cultura cortesana a partir de la baixa edat mitjana i, per tant, resulta que aquesta mateixa societat monàrquica i cortesana pot anar sortint legitimada perquè defensa i promulga aquesta nova concepció del dret. Aquest dret va adquirint el seu caràcter positiu pel fet d’aparèixer com una “lleï raonada, raonable i obligatòria”. Es tracta d’una *iurisdictio* ordenada per la raó i allunyada del poder estrictament discrecional del monarca. Montagut fa veure, emperò, la persistència del dret natural i la seva “equitat ruda”, valuosa per a aquest dret positiu i erudit. Així és com la revolució positiva del dret s’acorda amb el dret natural de font teològica. El dret natural cristià es converteix en dret positiu mitjançant l’acció legislativa del monarca. I d’ambdós corrents en sorgeix un concepte d’equitat comuna que s’ha de mostrar en cada judici. La síntesi d’aquestes representacions i institucions és el nucli de la revolució jurídica que florirà en època moderna, quan les idees d’interès públic, benestar general i utilitat pública ja hauran transformat la doctrina teologicopolítica de la monarquia en una doctrina més humanista.

El plantejament de Tomàs de Montagut ens proporciona una perspectiva epistemològica molt clara per entendre la distància que hi ha entre els dos extrems de l’antropologia jurídica. D’una banda hi ha aquesta noció erudita de dret i justícia, que tracta de crear una racionalitat homogènia i comuna a molts països, harmònica i progressiva, ancorada en l’axiologia del cristianisme occidental. El seu ordre discursiu voldrà integrar l’equitat per un món real amb la veritat per un ordre lògic

i resultarà difícil d'aconseguir. Ja només dins de l'àmbit jurídic es produirà una ruptura important entre el realisme i el positivisme que encara dura.

João de Pina-Cabral ens parla de l'altre extrem: de la importància de l'ambigüitat i la asimetria en els fenòmens del dret viscut entre cultures i societats diverses. Llavors, en comptes d'un dret associat a veritats lògiques i dogmes naturals, a valors racionalment compartits i a un catolicisme jurídic, ens trobem amb dialogismes entre actors socials que pertanyen a àmbits juridicomorals diferents, però que podem comprendre perfectament gràcies a la seva teoria de la compatibilitat equívoca. En la forma d'aquestes trobades dialògiques hi pot dominar la pragmàtica del *ius commune*, però en el fons s'hi descobreix la divergència històrica entre societats, la qual deriva de la llibertat per a escollir diferents prioritats morals i jurídiques per establir formes de vida i convivència. Em sembla que aquest és l'aspecte més profund de la varietat entre civilitzacions.

És per això que he volgut reunir tots aquests autors: crec que, junts, ens donen una idea força plausible del sentit cultural ampli i de la importància socialment bàsica de la recerca en antropologia jurídica.