

OSCAR G. CHASE

DERECHO, CULTURA Y RITUAL

**Sistemas de resolución de controversias
en un contexto intercultural**

Traducción de
Fernando Martín Diz

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO , por Jerome S. BRUNER	11
PREFACIO	15
I. INTRODUCCIÓN	19
LA CUESTIÓN DE LA «CULTURA»	25
EL PODER EXPLICATIVO DE LA CULTURA.....	26
LA DELIMITACIÓN DE «CONTROVERSIA».....	28
¿NORMAS DE CONDUCTA O NORMAS PROCESALES?	30
COMO ANTICIPO.....	33
II. LA LECCIÓN DE LOS AZANDE	37
EL SISTEMA DE CREENCIAS DE LOS AZANDE: BRUJERÍA, ORÁCULOS Y MAGIA.....	39
LOS ORÁCULOS EN LAS CONTROVERSIAS Y LITIGIOS ZANDE.....	43
LAS FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LOS ZANDE Y SU INFLUENCIA SOBRE LAS RELACIONES SOCIALES	45
<i>Clase (social)</i>	46
<i>Género</i>	47
LAS FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ZANDE Y LA METAFÍSICA.....	49
SÍNTESIS: LA INFLUENCIA DE LAS CONTROVERSIAS, EL ESTILO ZANDE	50
III. FORMAS «MODERNAS» DE CONTROVERSIA	55
«ORÁCULOS» EN LAS CONTROVERSIAS MODERNAS.....	60
EL ORÁCULO DEL DERECHO	61
LA PRUEBA COMO ORÁCULO	65
DERECHO Y PRUEBA COMO «CONSTRUCTIVISMO»	69

	Pág.
IV. «PARTICULARIDADES» DEL PROCESO CIVIL NORTEAMERICANO	75
LA CULTURA NORTEAMERICANA	78
EL ENJUICIAMIENTO EN NORTEAMÉRICA DESDE UN CONTEXTO COMPARATIVO	83
ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA SINGULARIDAD DEL PROCESAMIENTO NORTEAMERICANO	85
(1) <i>El jurado civil</i>	85
(2) <i>El control de las partes en la obtención de las pruebas: pretrial discovery (diligencias preliminares)</i>	90
(3) <i>El protagonismo del juez</i>	94
(4) <i>El papel de los peritos</i>	98
LA SINGULARIDAD NORTEAMERICANA Y «LAS VERTIENTES DE LA JUSTICIA»	100
<i>El «carácter» de autoridad según DAMAŠKA: jerarquía vs. coordinación.</i>	101
<i>«Las formas de gobierno» según DAMAŠKA: conservador vs. progresista.</i>	102
<i>La síntesis de DAMAŠKA</i>	102
LA EVIDENCIA EMPÍRICA QUE VINCULA LOS VALORES PROCESALES Y LA CULTURA	103
V. EL PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ EN EL CONTEXTO CULTURAL	107
LA DISCRECIONALIDAD Y SU PROBLEMÁTICA RELACIÓN CON EL ESTADO DE DERECHO	109
EL COMPONENTE CULTURAL	117
LA DISCRECIONALIDAD AL SERVICIO DE LA EFICIENCIA	118
LA DISCRECIONALIDAD COMO RESPUESTA A LA «ÉPOCA DE ANSIEDAD SOBRE EL DERECHO»	123
LA DISCRECIONALIDAD Y «LA SINGULARIDAD NORTEAMERICANA»	130
VI. EL INCREMENTO DEL ADR EN EL CONTEXTO CULTURAL	133
LA APARICIÓN DE LOS ADR A FINALES DEL SIGLO XX	135
(1) <i>El protagonismo del Poder Judicial en el desarrollo de los ADR....</i>	136
(2) <i>El protagonismo del Poder Legislativo en la expansión de los ADR.</i>	139
LOS ADR DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA	140
EL AUMENTO DE LA LITIGIOSIDAD NO JUSTIFICA LA TENDENCIA. LA «CRÍTICA DEL HIPERLEGALISMO»	143
CONTRACULTURA Y ADR	150
PRIVATIZACIÓN	152
LA PÉRDIDA DE CERTIDUMBRE (SEGURIDAD)	153
VII. LA IMPORTANCIA DEL RITUAL	157
EL RITUAL Y LA CEREMONIA	157

ÍNDICE

	Pág.
EL CEREMONIAL EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE NORTEAMÉRICA	162
EL IMPACTO RITUAL DE LOS PROCESOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	166
VIII. LA INFLUENCIA DE LA LITIGIOSIDAD EN LA CULTURA	169
LA CONFIGURACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA CULTURA	169
LA INFLUENCIA DE LA LITIGIOSIDAD	173
IX. CONCLUSIÓN	185
EPÍLOGO: EL AULA Y EL TERROR AL RELATIVISMO	189
BIBLIOGRAFÍA	193
ÍNDICE ANALÍTICO	203

PRÓLOGO

El conflicto es, evidentemente, inevitable. Ninguna cultura jamás ha alcanzado la utópica armonía necesaria para superarlo. Para sobrevivir, cada cultura requiere de un medio aceptable para resolver conflictos y prevenir la venganza de los vencidos. Para alcanzar esta idea, citando una de las famosas afirmaciones de Félix FRANKURTER, «la Justicia debe satisfacer la apariencia de justicia».

Resolver conflictos de forma imparcial requiere no sólo de un espíritu de justicia, sino también unas consideraciones sobre los procedimientos para juzgar las pretensiones de las partes —aquello que denominamos grandiosamente en la sociedad occidental como «sistema jurídico»—. Pero el medio a través del cual los conflictos son resueltos adopta diversas formas en las distintas sociedades, y su estudio comparativo nos hace ser conscientes de que la «apariencia de la justicia» no es la misma en cada lugar.

Nos hemos venido acostumbrando a decir que las formas de solución de conflictos reflejan las culturas en las cuales han surgido. El profesor CHASE además también discute el hecho de que las formas a través de las cuales los conflictos son resueltos juegan un importante papel en la conformación de las culturas en las cuales se aplican. Con todo, ¿cómo pueden las formas de resolución de conflictos reflejarse en una cultura y al tiempo configurarla?

En su empeño por resolver este extraño dilema, el profesor CHASE sigue dos caminos conexos, uno especulativo y otro empírico, uno de enfoque más amplio y otro más detallado. De inmediato se percibe en su planteamiento que para entender cualquier particular aspecto de un procedimiento, debemos entender tanto el sistema de resolución del conflicto a través del cual se desenvuelve dicha situación como, y al mismo tiempo, el sistema sostiene e incluso amplía su cultura como un todo. ¿Por qué la tribu africana de los Azande usan el oráculo benge para resolver conflictos —un sistema en el cual se administra una pequeña dosis de veneno a un pollito, y el hecho de la muerte o la pervivencia del animal señala quién es el culpable y el inocente en el conflicto—? No puede entenderse un rito tan extraño a no ser que se entienda la ínsita ritualización de la brujería como elemento de esta fascinante sociedad. El ritualismo impregna

a la tribu Azande, sus diferentes expresiones se interfieren unas con otras a través de diferentes vinculaciones.

Por lo general podemos encontrar explicaciones más o menos convincentes sobre cómo las diferencias procedimentales se adaptan a las culturas en las cuales se aplican —gracias a las investigaciones de reputados antropólogos, sus justificaciones pueden ser varias—. Lo que es más difícil, es discernir cómo cada sistema propio de resolución de conflictos, una vez en marcha, simultáneamente se adapta a su cultura y se sumerge en ella para acentuar o modificar el estilo de vida que comporta.

Oscar CHASE explora este reflujo no solamente entre la tribu africana Azande sino también en la propia cultura norteamericana. Lo que nos sujeta a su narración es la riqueza de detalles en el desarrollo del trabajo, combinada con sus amplias deducciones sobre las distintas formas culturales. Su investigación sobre la tribu Azande se sustenta sobre los valiosos recursos facilitados por el famoso trabajo al respecto de E. E. EVANS-PRITCHARD, «EP» (como es conocido entre sus alumnos), uno de los más destacados antropólogos de nuestro tiempo. Es en el examen de nuestro propio sistema jurídico-legal donde el profesor CHASE aplica su enorme conocimiento. Su discusión, por ejemplo, de por qué los medios alternativos de resolución de conflictos han tomado la delantera en América examina una imponente gama de posibilidades —factores políticos, prácticos, y (con gran originalidad) psicológico-culturales como el incremento de la privatización de la vida norteamericana o la pérdida de certeza sobre los propios valores generales de la cultura norteamericana—.

Lo que quiero realmente destacar de esta monografía no es solamente su amplísima perspectiva cultural, sino la escrupulosa sensibilidad hacia la naturaleza y límites de las actuaciones procesales en cualquier parte donde sean realizadas. En cualquier lugar donde el Derecho es utilizado y aplicado, no puede ser entendido sin referencia a sus procedimientos. Es a través de sus propiedades y particularidades cómo el Derecho tiene éxito o fracaso. Nuestro autor aplica en su tarea la refinada disciplina de un erudito jurista altamente cualificado, así como la sensibilidad de nuestra propia cultura. Nos ayuda a ver la racionalidad subyacente no sólo del exótico benge de la tribu Azande, sino de nuestro propio sistema legal, la cual damos por sentada con demasiada facilidad —¡Así como nuestra extraña afinidad tanto por procedimientos adversariales como, más recientemente, por sistemas alternativos de resolución de conflictos!—. El autor es un verdadero maestro en hacer más comprensibles los conflictos culturales.

Finalmente unas palabras sobre mi experiencia al respecto de cómo se ha ido elaborando este libro. Tengo la gran fortuna de impartir clase en el seminario «Cultura y Ley» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York junto con el profesor CHASE. Nuestros alumnos leyeron partes del manuscrito mientras el libro estaba en sus primeros esbozos. Sus reacciones fueron reveladoras, evocadoras del viejo refrán «el pez será el último en descubrir el agua». Leyendo y discutiendo sobre el libro en curso parecía despertar en nuestros alumnos un nuevo interés sobre algo que daban por sentado: los sistemas de resolución de conflictos no solamente los solucionan sino que también cambian

PRÓLOGO

las opciones y expectativas de aquellos que viven bajo su aplicación —tanto entre los Azande de la lejana África como aquí, en casa, en nuestra Norteamérica contemporánea—. «El otro lugar» les ha ayudado a conocer mejor nuestro sistema actual aquí y ahora.

El estudio del Derecho ha atravesado numerosos cambios en las últimas décadas. Se ha vuelto menos hermético, más abierto a otras formas de entender el mundo en que vivimos. Creo que hay pocos libros sobre la configuración del Derecho que reflejen estos cambios más perspicazmente que éste.

Jerome S. BRUNER

PREFACIO

Después de años estudiando, enseñando y escribiendo sobre el proceso civil en Estados Unidos, mi curiosidad me ha llevado a investigar en lugares cada vez más exóticos sobre la cuestión relativa a «¿cómo lo hacen otros?» —entendiendo la alusión a «lo» respecto a «tratar sus conflictos jurídicos»—. Esto me llevó primero a estudiar Derecho comparado, en cuya tarea la alusión a «otros» era respecto a diversos Estados modernos con sistemas jurídico-legales occidentales, y después a la antropología, desde cuya perspectiva «otros» eran pueblos cuya organización es muy diferente a la de los ciudadanos de los Estados modernos. Es sorprendente que cuánto más lejos me movía de mis límites iniciales, mejor entendía mi punto de origen. No era tanto lo que gané en cuanto a los concretos detalles de esta o aquellas normas o prácticas jurídicas. Más bien, a través del análisis de otros medios sorprendentemente diferentes, llegué a apreciar mejor las íntimas relaciones entre el orden social y los sistemas de resolución de conflictos. Como estableció Clifford GEERTZ, «necesitamos, en definitiva, algo más que el conocimiento de lo propio. Necesitamos una forma de transformar las diversidades en comentarios relacionados, uno ilumina lo que otros oscurecen»¹.

Este libro es en parte un intento de hacer justo eso —iluminar nuestro conocimiento respecto a la resolución de conflictos en un concreto lugar examinando «cómo lo hacen otros», y el porqué lo hacen así—. Es más fácil poder apreciar la profunda y recíproca conexión entre las instituciones para resolver conflictos y la cultura de un pueblo cuando no estamos condicionados únicamente por las propias diferencias respecto a las nuestras, sino por su propio compromiso por muy extraño que nos parezca. Tal es el objetivo de mi esfuerzo en el capítulo II para entender por qué la consulta a un oráculo tenía sentido para los Azande del África central. Una vez que este estudio nos libera de prejuicios, de que sólo hay un modo de encontrar la verdad y la justicia, que resulta ser el nuestro, podemos así destapar mejor el sostén

¹ C. GEERTZ, «Fact and Law in Comparative Perspective», en *Local Knowledge*, 3.^a ed., New York, Basic Books, 1983, pp. 167 y 233.

cultural de nuestras propias opciones de resolución de conflictos. Los capítulos III a VI son producto de esta «excavación arqueológica» entre las formas modernas de conflicto. Estoy firmemente en contra de aquella escuela de pensamiento que todavía ve los procedimientos judiciales como un trabajo de chinos. Discutiré también para la reflexión, el porqué del significado que los procedimientos de resolución de conflictos utilizados, ritualizados y usualmente famosos en cada sociedad, deparan una parte importante de la metafísica, de la moral y del sentido de la propiedad respecto a otras relaciones de tipo jerárquico o personal.

Teniendo en cuenta que este libro es producto de mi docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, me he beneficiado bastante de mis compañeros con quienes he compartido docencia. Sus juicios y observaciones me han ayudado a conformar este trabajo, por lo que les estoy muy agradecido. Jerome BRUNER, Paul CHEVIGNY, David GARLAND y Fred MYERS han compartido conmigo la impartición de clases u otras actividades dentro del seminario sobre Cultura y Conflicto, y me han ayudado a moverme entre las ventajas y los misterios de los estudios interdisciplinarios. Andreas LOWENFELD, Linda SILBERMAN y Vincenzo VARANO, con quienes he compartido docencia de la asignatura de Derecho procesal civil comparado, me ofrecieron nuevas y provechosas perspectivas de los diferentes sistemas legales existentes en el mundo. Nuestros estudiantes aportaron múltiples orientaciones representando diferentes naciones y culturas. Aprendí mucho de sus preguntas y comentarios.

Neil ANDREWS (del Clare College, Cambridge), Paul CARRINGTON (de la Facultad de Derecho de Duke), Arthur ROSENTHAL, y mis compañeros de la Universidad de Nueva York, Jerome BRUNER, David GARLAND y James B. JACOBS fueron lectores críticos y sensibles de los borradores y, mucho más importante que eso, un valioso apoyo y estímulo. También he de dar las gracias a mi excelente equipo de investigadores, Michael BOLOTIN, Seth GRASSMAN, Laura KILIAN, Sagit MOR, Francisco RAMOS ROMEU, Benyamin ROSS y Bryant SMITH.

Con gratitud reconozco el apoyo económico prestado por la Fundación para la investigación Filomen D'Agostino y Max E. Greenberg de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, a la Fundación Rockefeller por la Beca concedida para la estancia en el Bellagio Center, y al Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia por el acogimiento que supuso un temprano e importante estímulo para mi interés en el Derecho comparado. Una versión inicial del capítulo V fue publicada en la obra *Discretionary power of the Judge: limits and control*, editada por M. STORME y B. HESS. Mi agradecimiento a los citados editores y a Kluwer, la editorial, por el permiso concedido para reproducir partes de dicho trabajo. De igual modo estoy agradecido al *Cardozo Journal of International and Comparative Law* por el permiso otorgado para utilizar partes de mi artículo «Legal processes and national culture», y al *American Journal of Comparative Law* por permitirme reproducir partes de mis artículos «American exceptionalism and comparative procedure» y «Some observations on the cultural dimension in

PREFACIO

civil procedure reform»; y al *Tulane Journal of International and Comparative Law* para emplear partes de mi trabajo *Culture and Disputing*.

Por encima de todo, gracias a mi familia. Arlo M. CHASE y su novia, Susanna L. KOHN, quienes leyeron completa la primera versión del trabajo e hicieron juiciosos comentarios y sugerencias. Oliver G. CHASE y Rashmi LUTHERA desafiaron amablemente muchos de mis prejuicios desde la perspectiva de su amplio bagaje de experiencia multicultural y estudio interdisciplinar. Jane Monell CHASE ha sido una fuente maravillosa de inquietud intelectual y del necesario estímulo. Gracias por vuestro ilimitado amor, paciencia y apoyo.

I. INTRODUCCIÓN

Ninguna sociedad humana está libre de conflictos. Pero, ¿cómo pueden ser resueltos? Para ello encontramos infinitas manifestaciones del ingenio e imaginación humana. «Respuestas institucionalizadas al conflicto interpersonal que, por ejemplo, abarcan desde duelos y brujería hasta asambleas y mediación o desde tímidas terapias hasta la jerarquizada y profesional resolución a través de los juzgados¹. Hemos encontrado todos estos tipos de conflictos y más². Aun dejando de lado el contenido de las controversias, y qué tipos de pretensiones serán aceptadas por su sociedad, un pueblo debe decidir cómo tratar aquellas reclamaciones y agravios. ¿Permitirán (o deberán) las partes que una tercera persona resuelva su confrontación (heterocomposición)? ¿O permanecerá el conflicto entre ellos (autocomposición), para ser discutido, negociado, o enconarse? ¿En el caso de la heterocomposición, deberá ser el tercero un conciliador, un mediador o un árbitro? En el último supuesto, ¿la decisión del árbitro será firme, o susceptible de recurso?, ¿deberá tener el árbitro un determinado estatus oficial (incluso con la posibilidad de atribuciones para ejecutar forzosamente sus laudos) o deberá ser más bien un árbitro en sentido estricto —neutral a las partes y cuyas atribuciones derivan del consentimiento de éstas—? ¿Qué normas aplicará? ¿Cómo se pronunciará el encargado de resolver el conflicto respecto de los hechos y decidirá qué ha ocurrido «realmente»? Una cuestión reiterada en todas las sociedades en cualquier lugar del mundo es separar lo verdadero de lo falso. ¿Cómo? La forma escogida por cada sociedad para el manejo de los conflictos es el resultado de una serie de elecciones conscientes e involuntarias que han sido realizadas desde sus condiciones de conocimiento, creencias y estructura social.

¹ W. L. F. FELSTINER *et al.*, «Influences of Social Organization on Dispute Processing», 9 *Law and Society Review*, 1974, p. 63.

² Un cuidadoso estudio y descripción de distintos métodos e instituciones de resolución de controversias detectados en las sociedades preindustriales se ofrece en S. ROBERTS, *Order and Dispute*, New York, St. Martin's Press, 1979. *Vid.* especialmente las pp. 53-79. Esta monografía también contiene una útil bibliografía y una revisión temática del desarrollo de estudios sobre orden y controversias en sociedades a pequeña escala. *Vid.* las pp. 184-206.

Entre los Azande del África central, sería consultado el oráculo *benge*. Una pequeña dosis de veneno sería inoculada a un pollito y se preguntaría al oráculo: «Si el demandante dice la verdad, deja morir al pollito, deja morir al pollito...». El pollo vivió (o murió). El oráculo ha hablado³. En otro lugar y momento (los Estados Unidos de América) un juez ordena que se consulte al jurado. Un grupo de extraños es convocado en una sala especial, usada únicamente para conflictos solemnes. Escucharán al demandante, al demandado y a los testigos del conflicto. Se retiran a una habitación reservada y deliberan. Vuelven con el veredicto⁴. Sin embargo en otro lugar (la mayoría de Europa continental y Latinoamérica) los hechos son fijados por un juez profesional cuyas resoluciones se basan fundamentalmente en documentos e incluso sin permitir a las propias partes testificar⁵. En cualquier caso cada uno de estos diferentes métodos es considerado en su lugar como el mejor medio para esclarecer la verdad respecto a un antecedente desconocido⁶. Cada uno de los pueblos descritos posee la misma capacidad innata para decidir y observar el mundo a su alrededor. ¿Por qué han alcanzado cada uno de ellos conclusiones tan diferentes? ¿Cómo se refleja su idiosincrasia en sus métodos preferidos de solución de conflictos? ¿Repercuten sus formas de resolución de conflictos en las creencias del mundo en que habitan?

El factor de que distintas sociedades hayan encontrado soluciones diferentes al objetivo humano común de manejar conflictos mientras mantienen una convivencia colectiva, justifica el estudio de los conflictos desde un contexto social y cultural⁷.

A lo largo de este libro investigo sobre la recíproca y profunda conexión entre cultura y medios de solución de conflictos, una conexión que se en-

³ Vid. capítulo II, *infra*.

⁴ Vid. capítulo IV, *infra*.

⁵ Sobre el papel de la declaración de las partes en juicio en países con sistema de «civil law», vid. M. R. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven, Conn, Yale University Press, 1997, p. 114, n. 74.

⁶ Esto no significa que no existan críticas o se busquen mejoras. En el caso de sociedades modernas, vid. A. A. S. ZUCKERMAN, «Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure», en A. A. S. ZUCKERMAN, *Civil Justice in crisis: Comparative perspectives of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 3-52: «A sense of crisis in the administration of justice is by no means universal, but it is widespread. Most countries represented in this book are experiencing difficulties in the operation of their system of civil justice», *id.*, p. 12.

⁷ Trabajos muy útiles en aspectos particulares de la relación entre sociedad y conflictos son los de R. L. ABEL, «A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society», *Law and Society Review*, invierno 1974, p. 217; P. S. BERMAN, «An Observation and a Strange but True Tale: What Might the Historical Trials of Animals Tell Us about the Transformative Potential of Law in American Culture?», *52 Hastings Law Journal*, 2000, pp. 123-179; M. R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, 1986; M. R. DAMAŠKA, «Rational and Irrational Proof Revisited», *5 Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 1997, p. 25; W. L. F. FELSTINER, citado en nota anterior; R. REDWOOD FRENCH, *The Golden Yoke*, 1995; C. GEERTZ, «Fact and Law in Comparative Perspective», en *Local Knowledge*, 1983; K. N. LLEWELLYN y E. A. HOEBEL, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, 1941; L. NADER, *The Life of the Law: Anthropological Projects*, Berkeley, University of California Press, 2002; L. NADER y H. F. TODD, Jr. (eds.), *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, 1978; K. S. NEWMAN, *Law and Economic Organization*, 1983; S. ROBERTS, *Order and Dispute*, citado en nota anterior, 1979.

Estoy en deuda con todos estos investigadores, puesto que añado a sus trabajos el mío respecto a la relación mutuamente constructiva entre cultura y litigios.

cuentra incluso en Estados modernos caracterizados por disponer de normas procesales técnicas y complejas. El reconocimiento y la comprensión de esta relación enriquecerán nuestra capacidad para recomendar cambios —especialmente cuando implique su importación desde otras sociedades—. Una vez planteado mi argumento principal, con más detalle discutiré algunas cuestiones inevitables en cuanto a definiciones y teoría. Cerraré esta introducción un avance sobre los siguientes capítulos de la obra.

Las formas de solución de conflictos son en gran parte un reflejo de la cultura en la cual se integran; no son un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados. Las formas de solución de conflictos son instituciones a través de las cuales se sustenta la vida social y cultural, se cuestiona la misma o se cambia, o como se ha expresado la misma idea, es «constituida» o «construida». Estos procesos institucionales influyen sobremanera en la sociedad y en su cultura —sus valores, metafísica, jerarquías sociales, y símbolos— pues se reflejan ellas mismas en su propia sociedad. Tomando la anterior expresión respecto a la influencia que deparran, que procede de Melford SPIRO, quien acuñó el término, oponiéndolo a la corriente dominante de que cualquier idea o actividad está «determinada» por la herencia cultural⁸. La cultura es tan compleja que sería absurdo defender que un concreto grupo de actividades y prácticas institucionalizadas puedan determinarla. Así me encamino hacia la vieja pregunta de cómo las convenciones sociales y las reglas que hacen posible la vida en sociedad se mantienen y desarrollan. El listado de procedimientos de solución de conflictos que pueden responder a esta cuestión se ajustan sin problemas, aunque no de forma perfecta, al moderno reto de vincular la difícil relación que hay entre Derecho y cultura⁹. Como expondré más adelante en el presente capítulo, sin embargo, mis preocupaciones no sólo se constriñen al «Derecho»: son más amplias, por cuanto hay varias sociedades en las cuales los procedimientos de solución de conflictos no suponen la aplicación de la ley tal y como nosotros la entendemos; y más concisas, precisamente porque mi empeño en centrarme en los procedimientos me permite desatender las normas materiales que afectan al litigio. Me centro en la «perspectiva constitutiva», tan valiosa para comprender cómo el Derecho es integrado en la vida social, desde la amplia gama de procedimientos de resolución de conflictos¹⁰.

Una conocida metáfora de Clifford GEERTZ es de ayuda para entender el sentido de la perspectiva constitutiva. Según observa, «el hombre» se autogobierna «rodeándose de una serie de formas determinadas, una red in-

⁸ M. E. SPIRO, *Culture and Human Nature*, New Brunswick, N. J., Transaction Publishers, 1994. SPIRO plantea esta distinción en el contexto de su análisis respecto a las formas en que «la herencia cultural» influye en las «ideas y los actos» de las personas en una sociedad. En este libro adoptó una variación de aquel tema por cuanto observó el efecto de un particular grupo de actividades y su influencia sobre la sociedad.

⁹ R. POST (ed.), *Law and the Order of Culture*, Berkeley, University of California Press, 1991, *vid.* «Introduction. The Relatively Autonomous Discourse of Law».

¹⁰ Respecto a la perspectiva constitutiva, sobre todo como contrastaron con una visión más tradicional e instrumental del Derecho, *vid.* A. SARAT y T. R. KEARNS (eds.), *Law in Everyday Life*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1993, SARAT y KEARNS, «Beyond the Great Divide: Forms of Legal Scholarship and Everyday Life», pp. 21-61.

terrelacionada que él mismo ha tejido»¹¹. Debemos crear ambas dado que vivimos en un mundo desprovisto de significados y carente de una intrínseca estructura social. Son el producto de un proceso mental que incluye la observación, el cálculo, y la imaginación. Sobre esta red giran nuestras predisposiciones sociales, nuestros símbolos, nuestra epistemología, nuestra psicología, y nuestras relaciones. Además, cada una de ellas influye sobre las demás. Este sostén está compuesto de una parte por todas aquellas instituciones que hacen posible una vida en sociedad y de otra parte por aquellas ideas y creencias inherentes al sistema que proporcionan un clima de tolerancia. Cada uno de nosotros debe colaborar en esta tarea. Pero el ser animales sociales no nos libera, a ninguno, de contribuir completamente de nuevo a esta red. Estamos incluidos dentro de esa red que en parte al menos han elaborado para nosotros y que nos ha sido transmitida a través de la educación paternal, de la enseñanza, del funcionamiento de las instituciones, e incluso a través de costumbres y ritos. Los procedimientos que empleamos para la resolución de conflictos son también hilos de esta red y pertenecen a los elementos a través de los cuales transmitimos sus ideas generales a otros miembros de la sociedad.

Para aquellos a quienes están destinados es esencial la comprensión del *significado* de los procedimientos para la resolución de litigios y conflictos. Para lograr asimilar estas razones necesitamos una aproximación interpretativa. Debemos utilizar las herramientas vinculadas a una descripción generalista y a la «contextualización cultural del conflicto»¹². Así, debemos observar de cerca las prácticas más relevantes y ubicarlas dentro de la cultura en la cual se aplican. La tarea de contextualización va vinculada a la comparación y el contraste; viendo qué es lo particular en una sociedad a través de su comparación junto a otras que se diferencian de ella. Prosiguiendo con mi argumento, emplearé, por tanto, estudios comparativos de sistemas jurídicos modernos, así como descripciones antropológicas de sociedades a pequeña escala.

Una aproximación interpretativa a los procedimientos de resolución de conflictos también se ve facilitada con los rituales que a menudo se emplean en aras a la legitimidad, o las formalidades que expresan la encantadora (o terrible) metáfora de los deseos y pasiones que son inherentes a las culturas que los fraguan. A veces traen el marcado perfil de las necesidades psíquicas compartidas por toda la ciudadanía, pero expresado de forma más difuminada, o al menos diferente, en otras culturas. Como, quizás, es tan importante y al tiempo tan difícil, la creación de mecanismos de resolución de conflictos, a menudo invocaba el arte visual. Un ejemplo maravilloso es el de la máscara utilizada por los adivinos de Benin cuando anuncian un veredicto. Es tal cual la fotografía que anuncia la cubierta del libro. La máscara con los ojos cerrados indica imparcialidad, al igual que la tradicional figura de la Justicia¹³ con la venda en los ojos, mientras que una cara más serena ofrece el sentido

¹¹ GEERTZ, «Fact and Law in Comparative Perspective», cit., pp. 167, 182.

¹² GEERTZ, *op. cit.*, p. 181.

¹³ Respecto a los antecedentes históricos de la iconografía de la Justicia en la cultura occidental, *vid.* D. E. CURTIS y J. RESNIK, «Images of Justice», 96 *Yale Law Journal*, 1987, pp. 1727-1772; y J. RESNIK, «Managerial Judges», 96 *Harvard Law Review*, Apéndice, 1982, pp. 374-448.

de la inmutable confianza que el juzgador quiere transmitir (o que la sociedad desea recibir).

Pero la justificación interpretativa no es suficiente. Los elementos significativos de los procedimientos de resolución de conflictos difícilmente se generan solos. Al existir los conflictos en todas las sociedades, encontrar los elementos que los sostienen es una de las cuestiones esenciales en la vida social. Debemos investigar sobre la forma en que se interrelacionan. Un procedimiento de resolución de conflictos se comprenderá mejor cuando apreciemos cómo se desarrolla simbólica y funcionalmente. Así asimilamos por ejemplo el caso del jurado norteamericano interpretándolo como una representación de la idea social de participación popular en la justicia y la resolución entre iguales. Podemos entenderlo entonces como una forma generalmente aceptada de resolver entre las diferentes versiones de los hechos. El entenderlas por separado sería incorrecto.

El poder, también, es siempre un factor a tener presente cuando los procedimientos de resolución de conflictos son desarrollados, utilizados, mejorados o reformados. Los procedimientos de resolución de conflictos no son neutrales respecto a la competencia entre grupos sociales, e incluso tampoco lo son respecto a las partes en disputa. Quien decide el conflicto, y el medio a través del cual se resuelve, beneficiará y perjudicará a diferentes sectores de la sociedad. Comprobaremos en el sistema de la tribu Azande en el África central cómo el control ritual del oráculo sostiene sus marcadas distinciones sociales. ¿Y existe también esta misma dinámica en las luchas en el ámbito del poder del jurado en el sistema legal americano? Como razona Laura NADER, las élites se esforzarán por limitar el acceso a los tribunales cuando la sala se convierta en el escenario para un cambio social efectivo¹⁴.

Ya que, sin embargo, la cultura es mi principal foco de interés, los lectores familiarizados con los estudios socio-legales pueden ubicar mi afirmación de que los procedimientos de resolución de conflictos «reflejan» a la cultura en el continuo debate sobre si el Derecho es el espejo de la sociedad. La idea de que el Derecho, en mayor o menor medida, pero siempre, refleja la cultura en la cual se encuentra, es un axioma para muchos investigadores aunque no rige la unanimidad¹⁵. Recientemente se ha ofrecido un ampliado y sustancioso desafío a la tesis del «espejo» de Brian Z. TAMANAHA¹⁶, quien señala a la globalización del comercio y a la transferencia de conceptos y prácticas jurídico-legales como razones para dudar de la persuasión de esta tesis. Es sólo necesaria en parte para situar a mi libro como un cambio radical en este debate. Como he destacado, el Derecho es pertinente en este caso porque es

¹⁴ Vid. L. NADER, *The Life of Law: Anthropological Projects*, cit.

¹⁵ Para una revisión útil y provechosa de este debate, vid. D. NELKEN, *Towards a Sociology of Legal Adaptation*; D. NELKEN y J. FEEST (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart, 2001, pp. 3-15, y también B. Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, capítulos 3-5.

¹⁶ TAMANAHA, cit., pp. 107-132. Relevantes críticas a la «tesis del espejo» se encuentran en el trabajo de A. WATSON, vid. *The Evolution of Law*, Oxford, Blackwell, 1985, o W. EWALD, «Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants», 43 *American Journal of Comparative Law*, 1995, pp. 489-510.

fuente y producto del conflicto. Mi propuesta no se limita al Derecho; sino también a los procedimientos de resolución de conflictos, puedan o no ser éstos considerados como «legales». Sin embargo, como los procedimientos para la resolución de conflictos toman a menudo la forma de instituciones jurídico-legales, y como he argumentado respecto a una íntima conexión con la cultura, he de tomar muy en serio las críticas a la tesis del espejo. Si tengo éxito, este libro va a debilitar una demanda particular de los contrarios a la teoría del espejo, cual es el que las instituciones oficiales establecidas para la resolución de conflictos están en gran parte dominadas por élites profesionales que actúan dentro del espectro casi ilimitado del ámbito de los técnicos. En tanto en cuanto nadie argumente que estas instituciones deben ser enteramente el producto de un ejercicio profesional totalmente aislado de la sociedad en la que se implantan, y aunque no pretendo que esos profesionales sean un instrumento en manos de la cultura, sí hago hincapié en el aspecto cultural. La metafísica, valores, símbolos y la jerarquía social de cualquier colectividad establecerán los límites dentro de los cuales organiza sus instituciones en el manejo de los conflictos.

Este análisis tiene implicaciones para los distintos proyectos de reforma procesal en curso, especialmente aquellos que enfatizan la armonización de las normas a través de un aspecto transnacional. No es exagerado afirmar que «el debate sobre el Derecho y la cultura puede considerarse la clave de la naturaleza del Derecho comparado como campo académico y también como potencial fuente de orientación práctica para las políticas legislativas, por ejemplo, en lo que respecta a la importación de normas legales [...] y a la armonización de la legislación entre los sistemas jurídicos»¹⁷. Como la globalización ha dado lugar a una homogeneización del Derecho material (sustantivo), no es sorprendente que se haya seguido un movimiento similar hacia la uniformidad en relación a los procedimientos de resolución de conflictos¹⁸. Mi enfoque muestra por qué este último movimiento se ha encontrado con más dificultades que la armonización de Derecho material —más sorprendente, ya que ha implicado solamente al proceso—. Finalmente, el poder de influir recíprocamente entre las formas de resolución de conflictos y la cultura en que están incrustadas plantea una inquietud que debe ser considerada por quienes participan en los intentos de armonización. Así puede abogarse por conservar una práctica como el jurado civil americano, debido a su peso en el mantenimiento de valores importantes, pero se puede abogar también por la apertura de nuevos horizontes. Por ejemplo, la introducción del jurado en una sociedad en transición desde el totalitarismo sería profundamente expresiva de una nueva etapa de la participación popular en el gobierno. Simbolizaría la reubicación de la autoridad y podría cambiar la manera en que las personas califican su relación con la autoridad. Incluso aquellos que no están convencidos por mis argumentos se verán enriquecidos, espero, por la detallada exploración de las conexiones que están en su núcleo.

¹⁷ R. COTTERRELL, «Law in Culture», 17 *Ratio Juris*, marzo 2004, pp. 1-2.

¹⁸ Para una discusión más a fondo sobre los últimos avances de interés, *vid.* G. WALTER y F. M. R. WALTHER, *International Litigation: Past Experience and Future Perspectives*, Bern, Stampfli Verlag AG, 2000.