





Prehistoria del Derecho



JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA

*Prehistoria
del Derecho*



ALMUZARA
2015

© JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA, 2015
© EDITORIAL ALMUZARA, S.L., 2015

Primera edición: febrero de 2015

Reservados todos los derechos. «No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea mecánico, electrónico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del *copyright*.»

Historia
EDITORIAL ALMUZARA
Director editorial: ANTONIO E. CUESTA LÓPEZ
Editor: DAVID GONZÁLEZ ROMERO
www.editorialalmuzara.com
pedidos@editorialalmuzara.com - info@editorialalmuzara.com

Maquetación y corrección: DECULTURAS, S. COOP. AND.
Impresión y encuadernación: GRÁFICAS LA PAZ

I. S.B.N: 978-84-16392-01-8
Depósito Legal: Co-267-2015
BIC: LAZ; JHM

Hecho e impreso en España - *Made and printed in Spain*

*Ubi societas ibi ius.
Donde hay sociedad hay derecho.*

*A mi hija Fátima,
para que conserve siempre
el milagro de su sonrisa.*



ÍNDICE

PREFACIO. LAS QUEJAS DE DON VITO CORLEONE	13
HOMO SAPIENS, LENGUAJE Y DERECHO	17
– El enigma de la hominización	19
– ¿Un Derecho de los homínidos del Paleolítico Inferior?	20
– La novedad del lenguaje verbal y de la conciencia	21
– La decisión de matar. Freud sobre la muerte del padre	25
– Génesis...	29
– Toda lengua contiene un Derecho	32
– Lenguaje y Derecho implícito	35
– Cómo hacer cosas con palabras. Juridicidad inmanente del lenguaje	37
– La sacramentalidad del lenguaje humano	42
– Homo sapiens y Derecho. El hombre de Neanderthal	44
– El triunfo del homo sapiens sapiens. Las primeras manifestaciones de nuestra cultura	46
– Prehistoria del Derecho	51
– Reivindicación de la antropología jurídica junto a la historia y teoría del Derecho. Bachofen y Maine	52
– La antropología jurídica de Leopold Pospíšil, un caso singular. Puntos de encuentro con la teoría de Santi Romano	55
EL DERECHO COMO ELEMENTO DE LA CULTURA	57
– Fases en la evolución del Derecho...	59
– Derecho primitivo, Derecho arcaico, Derecho antiguo	62
– ¿Es el Derecho un elemento universal de las sociedades humanas?	67

– El mito de la Edad de Oro: ¿un mundo sin Derecho?	71
– Sine lege fidem rectumque colebat. Los Saturnalia	73
– Cinco adjetivos hobbesianos	75
– La universalidad del Derecho y la existencia del Derecho primitivo... ..	78
– La pureza del Derecho primitivo	84
– ¿Magia o eficacia jurídica?	86
– El tabú en su relación con el Derecho primitivo	88
– La ordalía. Lo mágico absorbido por el Derecho	91
– Formación del Derecho consuetudinario. ¿Qué hay antes de la costumbre?	92
– Concepto de Derecho	96
– ¿Es la familia lo primero? Las huellas (o sombras) de L. H. Morgan	98
– Matrimonio y familia en las sociedades más primitivas. Parentesco como construcción cultural	102
– El matrimonio en las sociedades de cazadores recolectores	104
– Exogamia e intercambio de mujeres: alianza y conflicto ...	107
– La familia nuclear, grupo económico y polí- tico. ¿Reciprocidad o redistribución?	114
– El modo imperativo, el cuento y la termino- logía del parentesco. Aprendizaje del Derecho	127
EXPRESIONES DEL DERECHO PRIMITIVO	133
– La banda de cazadores-recolectores. Parentesco bilateral...	135
– La autoridad política en la banda. La auto- ridad mágico-religiosa del chamán	137
– Los usos de la autoridad	142
– El arbitraje y la asamblea con funciones judiciales	145
– Conflictos entre bandas. Distinción entre hostilidad (<i>feud</i>) y guerra	146
– Soberanía y propiedad. ¿Existe el comu- nismo primitivo? Tipos de propiedad	149
– El bosque animado. Un mundo lleno de espíritus. La ceremonia del whangai hau	153
– Consecuencias del animismo. ¿Derecho de cosas?	155
– El orden social como donación	156
– La donación, acto jurídico originario. Ambivalencias de la donación	159

– Donación, crédito, permuta. Dinero y compra-venta	163
– El cadáver de Blancanieves	167
– Donación y sacrificio	169
– El culto a los antepasados. La familia como comunidad de vivos y difuntos	173
– La revolución neolítica. Teorías sobre su origen	175
– El grupo local. La sociedad tribal: ¿Una jaula sociocultural?	177
– Estructura de la sociedad tribal	179
– Linajes y clanes	180
– Función política de los clanes y linajes. Parentesco unilateral. Propiedad pública y soberanía sobre la tierra	183
– Propiedad de la tierra familiar e individual. Modos de adquisición. Matrimonio y testamento	188
– Liderazgo y resolución de conflictos en las sociedades tribales. Composición y respon- sabilidad colectiva	192
– La evolución política de las sociedades tri- bales. El gran hombre y la donación	195
– Las sociedades de jefatura. Teocracia y Derecho	196
– El origen del Estado	201
 BIBLIOGRAFÍA	 205



PREFACIO. LAS QUEJAS DE DON VITO CORLEONE

—Ahora acudes a mí diciendo: «Don Corleone: quiero que haga justicia». Y no sabes pedir con respeto. No me ofreces tu amistad. Vienes a mi casa el día de la boda de mi hija, me pides que mate a alguien y dices —aquí el Don se puso a imitar la voz y los gestos de Bonasera—: «Pagaré todo lo que me pida». No, no. No te guardo rencor; pero ¿puedes decirme qué te he hecho para que me hayas tratado con esa absoluta falta de respeto?».

En el brillante capítulo primero de *El Padrino* de Mario Puzo, dentro del episodio en el que Amerigo Bonasera acude a Don Vito para que haga justicia a su hija ultrajada, una vez que ha quedado claro que los tribunales americanos han servido más de protección de los agresores que de la víctima, se expresa un mecanismo clave de la creación de todo sistema jurídico. También Don Vito confió una vez en América, pero terminó por comprender que al menos él, quizá no sus hijos, sería siempre un extraño en el país de acogida. Terminó por convertirse en un líder, un *hombre de poder*, ofreciendo protección a quienes el Estado consideraba individuos de segunda categoría. Él no actuaba como un criminal. Sencillamente creó su policía y sus tribunales, y rechazó la sentencia de unos jueces que, como el que vio el caso de la hija de Bonasera, *se venden como la peor de las rameras*. Opuso su propia legitimidad a la legitimidad de un ordenamiento jurídico en la que no tenía motivos para confiar. No, él no es un criminal. Tan sólo ha trabajado para crear una solución alternativa. No tiene conciencia del mal: ha opuesto a la violencia estatal su propia violencia, como un monarca que planta su ejército ante las tropas de su enemigo. Cuando terminó el diálogo con Bonasera se volvió a Hagen y le dijo: «Encarga

este asunto a Clemenza y dile que se asegure de emplear a gente preparada, gente que no se emborrache con el olor de la sangre. Después de todo, y aunque este ayuda de cámara de cadáveres quisiera lo contrario, no somos asesinos».

El episodio de Bonasera resume a su modo la materia de este libro. Exploramos en él la creación y evolución de los sistemas jurídicos en los primeros tramos de su desarrollo. No siempre existieron los Estados ni hubo administraciones de justicia con jueces y funcionarios de policía. Durante muchos milenios los seres humanos vivieron organizados en grupos muy alejados de los patrones de conducta que ahora asociamos casi automáticamente al mundo de la política y del Derecho. Y, sin embargo, el Derecho, la norma jurídica, estuvo presente desde el comienzo de la aventura humana sobre la tierra. Al menos ésa constituye una de la tesis que defendemos en este libro.

Indagar acerca de la *Prehistoria del Derecho* implica proponer una investigación sobre las categorías universales de lo jurídico. Lo haremos desde la complementariedad que aportan el método histórico-jurídico y antropológico. Es habitual encontrar en los libros de Derecho —ya sea en los de historia del Derecho o en los de teoría jurídica— menciones o explicaciones «más o menos creativas» respecto a lo que ocurría en los orígenes de los sistemas jurídicos. Con muchísima frecuencia se utilizan argumentos ajenos por completo a cualquier tipo de base empírica, fundada en lo que puede llamarse Derecho primitivo comparado. Se improvisan explicaciones basadas en el «sentido común» de quien escribe. Para dar un marchamo de seriedad se citan filósofos, desde Aristóteles a Rousseau, desde Platón a Hobbes, como si con ello se pudiera sustituir el caudal de conocimientos *reales* que suministra la antropología jurídica, una rama del saber casi por completo descuidada en España, incluso por los propios cultivadores del saber antropológico, los cuales, quizá influidos por una más o menos consciente tendencia marxista, adoptan hacia el mundo del Derecho cierto aire de cansada suficiencia. Otras veces se recurre a una especie de *historia-ficción* que sirva de prueba de las posiciones filosóficas o jurídicas adoptadas de antemano. Este libro propone una síntesis que nos parece en cierta medida original entre la historia del Derecho —en este caso más bien *prehistoria*— y los resultados de la antropología social en su especialidad jurídica. Ha sido escrito con la esperanza de contribuir en la medida de nuestras fuerzas a ensanchar este campo de

estudios, tan necesitado de mayor atención. A la espera de que lleguen investigadores que puedan aprovechar estas reflexiones.

Creemos que esta obra podrá ser útil tanto a juristas como a historiadores y antropólogos, sabios que estudian una realidad humana que con frecuencia es la misma. Ciertamente es muy poco lo que podemos saber de las categorías jurídicas primitivas. Pero como afirmaba Tomás de Aquino, puesto en una situación parcialmente semejante en sus estudios sobre la naturaleza divina, ese poco tiene un gran valor, porque suministra algo que se aproxima a lo que podríamos llamar la genética de lo jurídico. Aquí radica la grandeza y la relevancia de los estudios sobre los orígenes. En nuestra búsqueda de los *universalia* del Derecho hemos seguido de alguna manera la senda abierta por Walter Burkert para otros sectores de la experiencia humana. La sociobiología y la antropología cultural muestran que no existe una ruptura esencial entre los llamados primitivos y las sociedades modernas y contemporáneas. Resulta incluso plausible defender que la observación de las realidades más elementales, en nuestro caso las primeras comunidades humanas, permite profundizar en unos mecanismos que todavía están presentes, aunque de forma mucho más fragmentaria. El estudio de los orígenes aporta sentido y visibilidad al análisis del presente.

Nos queda tan sólo dar las gracias a David González Romero, editor, por su aliento desde los primeros pasos de esta investigación, cuando era sólo un proyecto de futuro que él ha contribuido decisivamente a hacer realidad.

