

EL ISLAM HASTA 1900

(Una religión de siete días por semana)

FONDO HISTORICO GENERAL

Con pequeños reinos dispersos, tribus nómadas y una economía nada prometedora, el mundo árabe vegetaba fuera de la gran corriente de la historia (¡situación quizás envidiable!) hasta que un visionario iletrado, Mahoma (570-632) recibió del arcángel Gabriel informes detallados sobre el otro mundo y buenos consejos para la vida en éste. sus revelaciones formaron en pocos años un movimiento político-religioso que para siempre ha cambiado la faz del mundo.

Durante el primer siglo después de la muerte de Mahoma (632) observamos una magna expansión territorial del Islam:¹ El antiguo imperio de los Sasanidas hasta la India, Arabia, el Medio Oriente, el norte de África, la mayor parte de España. la derrota de 732 en el corazón de Francia y el sitio infructuoso de Costantinopla (718) marcan el fin de esta fase de expansión. en 754, el mando pasa de los árabes a los persas y la capital del Islam llega a ser Bagdad (¡Harun al-Rashid!).

Los próximos siglos muestran:

- a) Una transformación del califa en líder espiritual, mientras que el emir supremo se ocupa de los asuntos mundanos.
- b) Una desintegración sobre varios califatos y emiratos secundarios.
- c) La utilización, cada vez más frecuente, de los trucos como soldados de élite-tropas pretorianas- como cuya consecuencia éstos toman paulatinamente el poder que antes había correspondido a los árabes, primero, y los persas, luego, creando un imperio islámico-turco que en tiempos de su apogeo comprendía el sureste de Europa hasta las murallas de Viena, Egipto, Siria, Arabia y Asia central hasta la India. Estos Turcos (seldshucos) introducen un tono de intolerancia en la cultura islámica, y provocan así las Cruzadas.
- d) Un impresionante florecimiento cultural en los siglos IX y X, en el cual elementos orientales y helenísticos se mezclan.
- e) Una descentralización del pensamiento religioso sobre una multitud de sectas y Herejías (una tendencia que, en realidad, ya había comenzado en la primera generación después de la muerte del profeta, cuando, bajo Alí, primo y yerno de Mahoma, los shiitas, que rechazan la Sunna, o sea el conjunto de anécdotas sagradas que acompañan el Corán, se separan de la corriente islámica general; siguen siendo importantes en Irán, el Yemen y el Líbano; una rama de ellos es la dirigida por el agha kan).

¹ Islam es “entrega”, subordinación a la voluntad de Dios *

A fines de la edad media los seldshucos inician desde su imperio otomano (Turquía) una nueva oleada de conquistas (Suleimán II el Magnífico, 1520-1566) que absorbe, entre otros territorios, el imperio bizantino y llega dos veces a las murallas de Viena (1529, 1683), incorporando todo el sureste de Europa en el imperio turco. Las nuevas regiones son explotadas por bajáes, generalmente monarcas de un hedonismo infracultural, combinado con corrupción. bajo un cierto control-remoto e insuficiente de gran-visires, reina generalmente un ambiente de tolerancia, y autonomía vigilada para los pueblos sometidos, que deben pagar tributos y entregar contingentes de jóvenes al ejército turco (regla general: un joven sobre cinco). Armenios y griegos tienen el comercio en sus manos.

Los turcos también incorporan varias regiones islámicas en su nuevo imperio, acabando en parte con la señalada dispersión del mundo musulmán. Sin embargo, como el imperio turco es sunita, o sea antishiita, el shiitismo de los persas les ayuda a diferenciarse del sultán turco e independizarse, desde el Renacimiento (formación de Irán). A su vez, Afganistán logra separarse de Irán. Los diversos pequeños principados islámicos de Asia central son ocupados sucesivamente por Rusia (por ejemplo: 1868, Samarcanda).

Entre tanto los mongoles se han convertido al Islam, y establecen el reino musulmán del gran-mongol en la India, creando el dualismo hindú-musulmán que debilita esta parte del mundo y facilita después la penetración por parte de Portugal, Holanda, Francia e Inglaterra.

Un largo proceso de erosión afecta Turquía desde fines del siglo XVII; pierde casi todas sus posiciones en Europa,² y comienza a liberalizarse desde 1839, bajo presión de estados europeos y en una especie de cogobierno con los consulados occidentales, que protegen las inversiones extranjeras. La incapacidad del propio gobierno y el control occidental fomentan un movimiento nacionalista-modernizador, que tomará el poder en el siglo XX (Mustafá Kemal, "Ataturco"). Su victoria inicial es la Constitución de 1876- trapo rojo para el sultán durante los próximos decenios.

Como si el ambiente represivo, y la anecdótica inmadurez mental de varios sultanes no fueran suficientes para proporcionarle a Turquía una reputación de primitividad en la opinión pública del occidente, a fines del siglo pasado el país perdió más prestigio aún a causa del oficial asesinato -en masa- de muchos armenios que vivían en Turquía (Y que dominaban gran parte de la economía): el genocidio más llamativo de toda la historia, antes de Hitler (1894-1896, luego repetido en 1909 y 1915).

2 Desde la segunda mitad del siglo XVIII, el enemigo constante de Turquía es el tsar de Rusia (ya no tanto el emperador alemán-austriaco).

Como fuerza religiosa, el Islam se defiende bien, en el siglo pasado; pero como fuerza política anda de capa caída. Su máximo representante en el mundo, el sultán de Estambul (nuevo nombre de Constantinopla) es "el gran enfermo del Bósforo"; del norte de África -siempre musulmán- se encuentra bajo la influencia de Francia (Argelia) e

Inglaterra (Egipto); el centro de Asia –también musulmán- se encuentra disperso entre estados diversos, como Irán y Afganistán, o incorporado ya al imperio tsarista; el imperio del gran-mogol en la India ha cedido su lugar al colonialismo inglés; y los mahometanos de Malasia se encuentran en las indias holandesas, pero lo peor vendría todavía, en 1918, ya fuera del marco cronológico de este capítulo.

El derecho islámico

En el mundo Islámico, el cual comprende ahora aproximadamente mil millones de habitantes, existe una perpetua y profunda compenetración de la vida religiosa con la vida social, incluyendo la actividad económica y jurídica. En las fuentes teológicas del Islam encontramos la base jurídica de la que los especialistas han destilado, durante varios siglos, el derecho islámico, que cuenta con gran cantidad de variantes contra un fondo común. Por su íntima relación con la religión mahometana, se trata de un derecho que generalmente es considerado inaplicable a los no creyentes. Sus fuentes son, en primer lugar, el Corán **3** revelado a Mahoma, entre los años 610 y 632 de nuestra era, y la Sunna, conjunto de anécdotas (hadiths) acerca de la vida y las enseñanzas de Mahoma: a menudo burdos inventos posteriores, pero consagrados por épocas carentes de sentido crítico-histórico, y ahora intocables fuentes de derecho.

Mucho del material que encontramos en ellas es reflejo de costumbres preislámicas. **4** Una tercera fuente es la Idjma, doctrina unánime respecto de puntos esenciales, elaborada por los eruditos del mundo islámico. Para problemas más detallados, esta unanimidad desaparece y entonces se manifiesta la presencia de las cuatro escuelas ortodoxas: *la hanefítica, la malekítica, la shafeítica y la hanbalítica*. El Islam considera que “la divergencia de opiniones es un don de Alá”, y las controversias entre las diversas escuelas fueron una fuente de goce intelectual para los juristas clásicos mahometanos y un magnífico entrenamiento para su ingenio. En materia intelectual, a menudo “la desunión hace la fuerza”...

3 O sea “Palabra de Dios”

4 Ya en los primeros tiempos del Islam, las fuentes primordiales: Corán y Sunna, son editadas con añadidura de breves glosas explicativas (que a veces pasan de ser una simple ayuda exegética); este conjunto de antiguas glosas es el tafzir, y su contenido llega a ser intocable, en siglos posteriores.

La escuela *hanefítica***5** es la más difundida (los tribunales egipcios la aceptan; la encontramos en Turquía, Libia, los Balcanes, Siria, Afganistán, Paquistán y la India,**6** también los grupos islámicos de la Unión Soviética basan su derecho en ella). La escuela *Malequítica* se encuentra en algunas partes del norte y del oeste de África; la shafeítica predomina en Indonesia y en el este de África. En tanto que Arabia se adhiere a la escuela

hanbalítica. Desde el siglo X ya no se permite recurrir al Corán ni a la Sunna para llegar a resultados incompatibles con la Idjma: “la puerta de los esfuerzos está cerrada”. **7** Sin embargo, por analogía con las reglas del derecho ortodoxo (Fikh), sigue siendo posible el incremento de los principios abstractos y normas concretas de este derecho. Esta aplicación de la analogía se llama el Kiyas.

A pesar de unos rasgos poco convincentes, como el deber de cada príncipe de “preparar” (cuando menos) una vez al año una “guerra santa”, y la ley del Talión (Korán, Sura II), se trata de un derecho con aspectos humanitarios, pero con un gran inconveniente: el Fikh es todavía un derecho rigurosamente tradicionalista; insiste en la inferioridad social y jurídica de la mujer que, *inter alia*, se manifiesta en el hecho de que a las hijas les corresponda por vía legítima solo el 50 por ciento de la cuota de cada hijo; **8** admite la poligamia (con un límite de cuatro esposas), y el repudio por parte del marido; rechaza las consecuencias jurídicas de la paternidad ilegítima; ordena que las deudas se extingan con la muerte del deudor, etcétera; no es necesario decir que tales rasgos son incompatibles con el ambiente del siglo XX.

No quiero decir que todo el Fikh sea anticuado o inutilizable (en materia de contratos contiene varios aciertos; su fideicomiso de origen religioso, el Wahf, tiene grandes potencialidades prácticas, etcétera), pero desde muchos puntos de vista el derecho islámico muestra los inconvenientes de un sistema basado en una revelación divina, y por tanto intocable, que ahora se encuentra en discordancia con las más obvias ideas del progreso social.

5 El padre de esta escuela era Abu Hanifa, 699-767, de Iraq, donde posiblemente aún había ecos del pensamiento romano-bizantino, que según algunos autores es discernible en la escuela hanefítica.

6 En el derecho anglo-mahometano que fue aplicado en la India (al lado del anglo-hindú), el ingrediente islámico procedía de esta escuela.

7 A primera vista, es sorprendente que los mahometanos no hayan hecho una codificación del resultado alcanzado cuando “se cerró la puerta de los esfuerzos”, al estilo de lo que los judíos hicieron, codificando su Talmud. Sin embargo, los judíos, bajo la presión de las circunstancias de la Diáspora, sentían la necesidad de fijar en forma clara su tradición común, para poder preservarla, mientras que la tradición islámica nunca se ha encontrado amenazada al estilo de la judía.

Solo Turquía hizo una compilación oficial del derecho islámico en 16 tomos.

8 Sin embargo el testamento puede modificar la vía legítima, respetándose una portio legítima de un tercio.

En los voluminosos escritos de la doctrina clásica, tan casuística, casi siempre se encuentran casos que, por analogía, pueden proporcionar una solución para el problema que se presente: La debilidad del derecho mahometano no reside en su carácter incompleto, sino en la dificultad de incorporar en ellas ciertas ideas modernas, autoevidentes para un ciudadano del siglo XX, pero desgraciadamente incompatibles con algún texto expreso de la tradición literario-religiosa. Sin embargo, aunque el derecho

mahometano de ninguna manera concede a la costumbre la importancia que ésta tiene en el derecho hindú, reconoce ciertas costumbres no incompatibles con su propio contenido, **9** de manera que la incorporación de costumbres (a veces modernizantes) podría introducir cierta flexibilidad en el sistema islámico. Además, el derecho islámico concede gran importancia a la voluntad, inclusive en materias que nosotros consideramos como de orden público (como en el caso del matrimonio), lo cual abre también la puerta a ciertas prácticas modernas. En cambio, hacer el derecho más flexible a través de la legislación, o sea el *ganum*, solo válido si es compatible con las fuentes tradicionales, resulta difícil en el ambiente islámico, ya que la autoridad estatal no es la fuente de la justicia, sino el servidor de ella. Sin embargo, como el derecho islámico no se aplica a las relaciones entre los mahometanos y los infieles, la legislación expedida por las autoridades islámicas para estos últimos, puede modernizarse libremente.

Otro campo del derecho mahometano, no totalmente cerrado a tentativas modernizadoras, es el penal. La tradición penal islámica define unos diez crímenes básicos (homicidio y lesiones –también involuntarios- castigados por talián o composición, apostasía, fornicación fuera de matrimonio y adulterio, blasfemia, uso del vino y algunos casos más). Las sanciones respectivas parecen excesivamente severas, aunque en la práctica se suavizan por la, también excesiva, severidad de las reglas probatorias. Por ejemplo para muchos delitos sexuales la sanción es la lapidación; sin embargo, para poder ser pronunciada tal sentencia es necesario que haya habido cuatro testigos del acto mismo (algo que ya supone un grado de depravación que uno no encuentra cada día, como observa I. Schacht).**10** Fuera de estos delitos fundamentales, el comportamiento antijurídico debe ser “convenientemente castigado”, fórmula tan vaga que permite al mundo mahometano aceptar, sin remordimiento, gran parte de los modernos códigos penales.

También se permite al legislador ocuparse del derecho administrativo; en cambio, las tentativas de ciertos líderes progresistas del mundo mahometano, del siglo pasado, de introducir modernos códigos de derecho civil o procesal, obligatorios para los mahometanos mismos, no han tenido mucho éxito. **11**

Los principales países occidentales habían establecido en el mundo islámico sus propios “tribunales consulares” (reformados en 1937 por la Convención de Montreux y suprimidos en 1945) para los asuntos en los que sus propios nacionales estuvieran involucrados, siempre que no correspondiesen a la competencia de determinados “tribunales mixtos” con jueces mahometanos y occidentales.

*9 O sea el *Orf*; un caso especial de *orf* es el *amal*, la constancia con que los jueces deciden en cierto sentido; constituye a menudo un *facto persuasivo*, pero de ningún modo obligatorio.*

10 Esta Suavización del excesivo puritanismo original de esta clase de normas, ilustra la observación de que “las leyes más ásperas se pulen maravillosamente por el uso, y la clemencia del tiempo es más segura que la de los hombres” (A. France).

*11 Sin embargo, en 1850 se promulgó el Código turco de comercio, muy parecido al *Code de Commerce*, de Napoleón.*

SEGUNDO TEMA

PAG 390(++++++)

En tales casos, se suele ajustar el derecho consuetudinario un poco a la mentalidad del colonizador, quitándole ciertas asperezas en materia penal (tormentas, etcétera), o de familia (el deber de la viuda de dejarse cremar con el cadáver del marido, por ejemplo, en el hindú).

Los dispersos derechos consuetudinarios cuentan, naturalmente, con propios sistemas forenses, a veces democráticos o gerontocráticos, a veces autocráticos, pero, siempre, desde luego, “primitivos”, para nuestro modo de verlos, aunque generalmente aceptados por derecho la población misma como satisfactorios (algo que no siempre puede afirmarse de nuestros sistemas “no-primitivos”...).

En algunos casos, un país africano o asiático, independiente o semidependiente, que quiere modernizarse sin sacrificar su propia idiosincrasia, codifica su derecho consuetudinario, unificando y racionalizando, de paso, el resultado.

El derecho de China, hasta el siglo XX

En el pensamiento chino tradicional, la ciencia jurídica no juega un gran papel: el hombre debe tratar de vivir con armonía con el universo y con La sociedad a la que pertenece; por tanto, el buen ciudadano es el hombre de compromisos, y el insistir en pretendidos derechos es una inmoralidad; ¹ el comprender ante los tribunales debe ser un *ultimum remedium*, y si se hace necesario recurrir a él, probablemente tanto el actor como el demandado hayan violado ciertos deberes morales. “En un estado bien gobernado, la hierba debe crecer en las escaleras de los tribunales...”

¹ Compárese esta actitud con la teoría contraria que explica Ihering en *la Lucha por el Derecho*: “el derecho objetivo sólo conserva su vigor si todos defendemos fanáticamente nuestros derechos subjetivos”. Sin embargo, la idea china no queda totalmente ajena a nuestro derecho romano-bizantino. Cuando Jesubocht escribe tratados jurídicos, a fines del siglo VIII, basados en la biblia y el *Corpus Iuris*, para la Iglesia nestoriana, ya independiente de Constantinopla, que continúa su existencia en el Medio Oriente bajo el régimen de los mahometanos, encontramos allí también que la *rectitud* requiere del actor pedir menos de lo que sería su estricto derecho, para que el obispo pueda llegar más fácilmente a un arreglo conciliatorio, que permita al demandado conservar su prestigio.

Los jueces deben escuchar, en primer lugar, la voz de su propia intuición, educada por su conocimiento de las costumbres, y solo después se puede aplicar el derecho legislado, siempre con amplio margen de tolerancia.

Es verdad que durante un período de caos, una escuela de legistas, que floreció dos o tres siglos antes de Cristo, quiso imponer un estricto régimen de derecho legislado; sin embargo el restablecimiento del orden, bajo la brillante *dinastía Han* (206 a.C.- 200 d.C.), permitió regresar al ambiente jurídico antes señalado, según el cual las leyes, siempre de flexible aplicación, sólo deben tener un lugar secundario entre las fuentes del derecho.

Aunque en China haya habido indicios de una convivencia organizada, que conocemos con cierto detalle desde aproximadamente mediados del segundo milenio antes de nuestra era, y pese a la existencia de leyes y códigos chinos desde hace unos mil cien años antes de Cristo, sólo hasta los tiempos de la dinastía *Sui*, alrededor de 590 d.C., se produce un código cuya influencia se dejó sentir hasta comienzos de nuestro siglo, a través de su reelaboración en 635 d.C. bajo la brillante dinastía *Tang*, una serie de cometarios de 634. D.C., y otra revisión total, en 1647, por la dinastía de los *Tsing o Manchúes* (aquella última dinastía imperial china, que gobernó desde 1644 y que fue derrocada en 1912, por la Revolución China); rasgo curioso de esta obra es la sanción penal de todas sus disposiciones civiles. El derecho penal propiamente dicho es excesivamente matizado: con cerca de tres mil clases y subclases de delitos se complica la vida demasiado a los jueces y delincuentes. Este código, el *Ta Tsing Lu* (revisado por último en 1890 y en 1910) reglamenta el derecho de familia (agnación, poligamia con cierta jerarquía entre las esposas, exogamia, posibilidad de repudio por parte del marido), el de sucesiones (marcada preferencia por la línea masculina) y el de propiedad, además del derecho constitucional y penal; el tema de obligaciones y contratos se delegó a la costumbre.

Durante los últimos siglos de la era imperial, China llegó a ser el ejemplo clásico de una sociedad estancada (debido, en parte, a su veneración por los ascendientes). Una burocracia autoperpetuadora, de espíritu confucionista y altamente formalista impidió el progreso y para que la influencia “disolvente” del occidente no se infiltrara, la élite de China decidió cerrar los puertos a barcos europeos, a partir de 1527 (sólo estuvo permitido el comercio del occidente con China a través de Cantón). Por la Guerra del Opio ² (una mancha sobre las relaciones entre Europa y Asia, de la que el occidente debería avergonzarse hasta la séptima generación) Europa obligó a China a abandonar su política de aislamiento, en 1842.

² Esta guerra estalló en 1839 cuando el gobierno chino confiscó el opio extranjero en el puerto de Cantón.

Durante la segunda mitad del siglo XIX, el descontento de los grupos progresistas chinos, y de los sectores antieuropeos, respecto del gobierno de los Manchúes, provocó varias rebeliones sangrientas que, a menudo, obligaron al gobierno a aceptar la ayuda de los extranjeros.

La última figura importante de la Corte china fue la maquiavélica emperatriz Tau-Shi, creada por Dios para mostrar a la humanidad la crueldad y el cinismo de que también es capaz el sexo débil cuando se le da una oportunidad. Después de su muerte, en 1908, la victoria del partido nacionalista y socialista era segura; el partido socialista nacionalista, el *Kuo Ming Tang* (doctor Sun Yat Sen) tomó el poder y, a partir de 1911-1912 se estableció en China la República, sin que ello significara que, en un ambiente tan tradicionalista hubiera cambiado inmediatamente el derecho chino.

El derecho chino en el sureste de Asia.

Por lo que se refiere al actual Vietnam (Tonkin, Annam y Conchinchina) y Laos: esta región (“Indochina”) sufrió la influencia francesa, en el siglo pasado, que añadió a un fondo jurídico inspirado en el derecho clásico chino, y a una gran cantidad de derechos consuetudinarios, sobre todo en regiones montañosas, un derecho público de características francesas.

El derecho japonés hasta el siglo XX

Aunque el Japón pertenece al mundo cultural chino, muestra un desarrollo jurídico algo distinto a éste.

El Japón había llevado una existencia aislada hasta 1853. Los chinos, los holandeses y, durante algún tiempo, los ingleses, sólo pudieron ponerse en contacto con el mercado japonés a través del puerto de Nagasaki.

Durante el primer milenio de la era cristiana encontramos en el Japón un socialismo de estado con un sistema de castas y una periódica redistribución de la tierra. Las leyes fijaban exactamente los deberes de la población, contrariamente a lo que se hacía en China, tan adversa a la idea de una vida comunal reglamentada por la ley.

Desde el siglo III, el Japón vive bajo emperadores, que primero comenzaban a destacarse como *primi inter pares*, entre sus colegas guerreros, y bajo los cuales, luego, se emprende la tarea de la unificación nacional. A este respecto es importante la *reforma Taika*, de 645, que da al emperador una poderosa posición central, de manera que, poco después, se promulgan las primeras leyes nacionales, de inspiración china.

Al principio todavía se confundía moral y derecho (como en las diecisiete leyes de *Shotoku Reishi*), pero en el *Taiho* (701-702) aparece ya, no sólo una relativa separación entre moral y derecho, sino también dentro del derecho mismo, la separación entre el derecho penal (*Taiho-ritsu*, 701) y civil-administrativo (*Taiho-rei*, 702).³

En cuanto a los delitos, se establece la responsabilidad colectiva de toda la familia del culpable; sin embargo, para el ejercicio del derecho de venganza por parte de la familia de la víctima, se necesitaba una licencia previa, otorgada por las autoridades.

A fines del primer milenio, el socialismo de estado, de carácter agrario, dio lugar a un “feudalismo” dominado por una nobleza de origen militar, en gran parte palaciega, con todos los defectos inherentes al ausentismo. El emperador era más bien una figura religiosa, vegetando en grandeza y abandonando la labor del gobierno y de la lucha al *shogún*, que representaba la cúspide de la pirámide feudal y formaba sucesivas dinastías palaciegas, paralelamente con la dinastía imperial.

Los caballeros, *samurai*, vasallos de los nobles palaciegos y sujetos a un código especial, dominaban el país, explotando a los campesinos que nunca podían hacer valer sus derechos en contra de los señores feudales.

A este ambiente “feudal”, con la dictadura local ejercida a través de los *samurai* (que frecuentemente peleaban entre sí), mal vigilados por sus superiores, el Japón debe un espíritu más agresivo que el observado en China, país caracterizado por su confucionismo pacifista, así surgió aquel heroico, agresivo espíritu japonés, diferente, del ideal chino de armonía universal. Al lado del código del caballero japonés, el confusionismo chino suena, a veces, un poco pequeño-burgués...

La fase feudal muestra varios códigos y leyes importantes. Muchas de estas normas se dirigen solo al juez, y el público en general las desconoce. Junto con las leyes encontramos libros de texto para los funcionarios judiciales. Ya que importantes sentencias son fuentes de derecho, se infiltra un *stare decisis*. En cuanto a la organización judicial, primero los tribunales de vecinos trataban de reconciliar a las partes; en caso de no obtener un resultado favorable se pasaba al tribunal convocado por el señor feudal en cuestión y, por último, en teoría, el caso podía ser enviado al Superior Tribunal imperial.

Desde mediados del siglo XV y fines del XVI el Japón sufre varias generaciones de guerra entre los señores feudales y sus *samurai*. El Shogún Tokugawa, que logró imponer cierto orden, inspiró una reforma total del sistema administrativo de las aldeas.

3 De esta obra hubo edición revisada en 757, en la que nace el *Yozo Rittsuryo*, que viene en sustitución de las dos leyes que acabamos de citar

Desde fines del siglo XVI observamos en el Japón el surgimiento de una curiosa institución, la de los *goningumi*, comisiones locales constituidas por cinco ciudadanos que ejercían cierta tutela sobre las personas de su barrio, circunscripción territorial, interviniendo en su vida privada, en su actividad económica, dándoles consejos y, eventualmente, denunciándolas a las autoridades penales, para lo cual era necesaria la unanimidad dentro de la comisión.

Desde 1621, y en forma más sistemática desde fines de la próxima década, el Shogún implantó el auto-aislamiento del Japón, que duraría hasta 1853, cuando los norteamericanos abrieron por la fuerza el puerto de Edo (Tokio). Durante estos aproximadamente 230 años de aislamiento que los japoneses se impusieron a sí mismos, los únicos occidentales que pudieron residir en el país fueron algunos holandeses, confinados en una isla delante de Nagasaki, desde donde podían hacer el comercio. Tenían que visitar una vez por año al Shogún, para informarlo sobre lo que estaba sucediendo en el mundo occidental. Por lo demás, ningún extranjero podía entrar en el Japón, y ningún japonés podía salir de su patria.

El Japón del Renacimiento y de los siguientes siglos se presenta como una estricta jerarquía de cuatro clases: nobles, artesanos, comerciantes y campesinos; en esta sociedad la nobleza y sus funciones dictaban su voluntad con benevolencia patriarcal, en el mejor de los casos, pero sin admitir discusiones y sin permitir que existieran muchos recursos, *de facto*, para “los de abajo” en contra de las ordenes ilegales que vinieran de arriba. Entre personas del mismo rango tampoco hubo relaciones jurídicas como las que había en el occidente, sino que, en caso de conflictos, predominaba la norma moral de llegar a un compromiso que permitiera a ambas partes “salvar la cara”; en comparación con el ambiente socialista y legista del primer milenio, el Japón del segundo milenio llegó a crear una atmósfera más parecida a la de China, atribuyendo a las leyes un valor muy relativo.

En 1742, el Japón había añadido a su derecho el *Código de los Cien Artículos*, cuyo contenido no debía ser divulgado entre el público: ¡bastaba que los funcionarios judiciales lo conocieran!

En 1853, por la fuerza, el Occidente abrió las puertas del Japón para el comercio exterior, y viendo los problemas que China había tenido con los poderes europeos, la élite japonesa decidió “curarse en salud” y convertir rápidamente aquella sociedad feudal, con sus castas y su arbitrariedad, en una democracia parlamentaria de tipo occidental, con un ejército copiado del de Prusia, así como con otros aspectos exteriores propios de la civilización occidental. En 1868, después de una revolución palaciega, el enérgico emperador Mutsuhito (mejor conocido como Meiji) se sobrepuso a ciertos grupos

reaccionarios y feudales, y abandonando su antiguo papel meramente decorativo, emprendió esta reforma con tanto éxito, que el Japón triunfó en 1904 sobre Rusia (primera derrota que, en la época moderna, sufrió un país europeo a manos de un poder asiático). En la actualidad, gracias a esta revolución de 1868, el Japón es un país industrializado que combina acertadamente las ventajas de la civilización de occidente con su original cultura oriental.

Desde el punto de vista jurídico, la revolución tomó la forma de un “juramento constitucional”, el 6 de abril 1868, en el cual el emperador declaró que eliminaría el feudalismo, transformando los feudos en provincias, que unificaría el sistema fiscal y que implantaría un servicio militar obligatorio.

A esta política modernizante perteneció también la adopción de un derecho occidental. En 1871 y 1872 el Japón liquida por fin su feudalismo, y desde 1872 comisiones de juristas japoneses, ayudados por extranjeros, preparan los códigos modernos. Primero se escogió como modelo el derecho francés, especialmente para el Código Penal (1880) en el cual colaboraron Boissonade y Ortolán. Como principios nuevos para el Japón encontramos aquí el principio de *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, la no retroactividad, la igualdad de todos ante la ley y la publicidad de la audiencia.

El Código procesal- penal (1880) tiene el sistema francés, semiinquisitorial, pero luego Alemania inspiró la ley orgánica de los tribunales y el derecho procesal civil (1890); y en materia de derecho privado, el Japón hizo un viaje del proyecto original (del francés Boissonade), inspirado en el sistema napoleónico, al derecho alemán (Código civil japonés, 1898, y Código de comercio japonés, 1899). Una breve constitución, con importantes prerrogativas imperiales y, en general, no archidemocrática, es otorgada al país en 1889, después de que Kentaro kaneko había hecho un largo viaje para recoger opiniones sobre el proyecto, en entrevistas personales con eminentes como H. Spencer, R. Ihering, Thayer y O. Wendel Holmes.

El derecho hindú en la India, hasta el siglo XX⁴

Los diversos escritos sagrados, llamados *Srutis*, de 1500 a 66 a.C., son la fuente básica del derecho hindú. A ellos pertenecen los *Vedas*, los *Vedangas* y los *Upanischados*. Como estas obras contienen, sobre todo, datos mitológicos y normas morales, además de descripciones de ritos y doctrinas astrológicas, los antiguos juristas hindúes tuvieron que desarrollar, ellos mismos, el derecho hindú, buscando para éste los puntos de partida, a menudo muy débiles, en estos *Srutis*. Las antiguas obras jurídicas, no sagradas, pero sí basadas en obras sagradas, son los *Smritis*, redactados del siglo VI a.C. hasta el siglo VI d.C., a veces escritos en prosa (entonces hablamos de *darmasutra*), a veces en poesía

(llamados entonces *darmasastra-que generalmente son de fecha posterior*). De este modo surgieron las llamadas leyes de *Manú*; la *Jagnavalkya* (siglo III d.C.) y *Naradasasmriti* (siglo V d.C.).

Las leyes de *Manú* son las más antiguas, aunque no tan antiguas como hasta hace poco los investigadores imaginaban; quizás tuvieron su origen unos ocho siglos antes de Cristo (algunos autores colocan su redacción varios siglos después). Entre los siglos IX y XVII de nuestra era, surgió toda una literatura de comentarios a estos *smritis*, literatura compuesta de los *Nibanda*. Tanto en los *smritis* como en estos comentarios (*Nibanda*), se confunden el derecho y la moral.

Estos *Nibanda* tratan un tema determinado a la luz de diversos *smritis*. A su lado existe otra categoría de comentarios, que se refieren cada vez a un *smriti*, glosando su texto.

Además de esta compenetración entre lo jurídico y lo ético que confiere al derecho hindú un sabor de derecho natural, encontramos en este derecho también un profundo respeto por la costumbre. Al comienzo de las leyes de *Manú* se advierte al lector que aquél que se preocupe por el bienestar de su alma, debe dejarse orientar, en toda su actividad, por las costumbres jurídicas transmitidas desde tiempos inmemoriales. Este derecho consuetudinario es distinto de región a región, de tribu a tribu, de casta a casta.

El derecho hindú produjo varias escuelas interpretativas, comparables a las escuelas que ya observamos en el derecho mahometano. Además de tal doctrina, la conciencia del juez es importante fuente del derecho, y si la equidad del caso concreto lo requiere el juez debe dar más importancia al impulso de su conciencia que al derecho legislado y a los precedentes jurisdiccionales.

Las características de este derecho, tan multiforme a causa de cierta contradicciones en sus fuentes y de tanta variedad regional introducida por la costumbre, son: el predominio del marido (en algunas castas superiores se llegaba al extremo de la cremación de la viuda con el cadáver del marido), el severo sistema de castas (producto de la invasión ario-brahmánica que sojuzgó la población original, durante el segundo milenio antes de Cristo), la poligamia, la validez de promesas de matrimonio referentes a niños, una atmósfera patriarcal dentro de la *domus* y una marcada preferencia por la línea masculina en la vía legítima. En el derecho procesal figuran pruebas como la *ordalía* y la *autoabsolución* condicionada a castigos sobre-naturales (algo parecido al juramento cristiano). Entre los castigos curiosos debe mencionarse la condena al suicidio.

Durante la dominación islámica, bajo el imperio del *Gran Mogol*, el derecho hindú perdió el apoyo estatal. Luego. La dominación inglesa, primero formalmente a nombre del

Gran Mongol y desde 1857 a nombre de la corona británica, otorgó el mismo tratamiento al derecho hindú y al islámico, pero los *Pandits*, expertos utilizados por los ingleses en los tribunales coloniales desde el siglo XVIII, dieron, a menudo, una interpretación arbitraria al derecho hindú. Después, un mejor conocimiento de las fuentes del derecho hindú por parte de los juristas ingleses, permitió volver a una interpretación más pura de este derecho, sobre todo en el norte y en el oeste del país. En el sur, las transformaciones del derecho hindú por los *Pandits* habían producido ya una serie de precedentes que Inglaterra respetó, en honor a la seguridad jurídica. La jurisdicción inglesa, con su tradición de *stare decisis*, creó, a través de los tribunales, cierta unificación del derecho hindú comparable a la formación del *Common Law* en los tribunales de Inglaterra medieval. Además, varios códigos elaborados entre ingleses *Pandits*, contribuyeron a la uniformidad del derecho: el Código penal de 1860, el procesal-penal de 1861, el Código de contratos de 1872 y el procesal-civil de 1889. La justicia se encontraba básicamente en manos de los príncipes locales, los *radyahs*, y en la práctica forense siempre abundaban las multas, ¡hasta en materia civil!

Los colonizadores combatieron ciertas particularidades del derecho hindú, incompatibles con la ideología occidental (tales como la inferioridad jurídica de la mujer). También mejoraron las reglas probatorias e introdujeron figuras modernas occidentales, como el *trust* y el testamento. Por demás el poder británico respetó el derecho hindú, sobre todo en relación con la vía legítima, el derecho matrimonial, la tenencia de la tierra y la existencia de las castas.⁵

5 La India mostraba una complicadísima jerarquía de cerca de trescientas castas.

4 Observemos que este derecho hindú tuvo que compartir la India con el derecho musulmán de las regiones islámicas, y el derecho inglés (y a veces derecho hebreo) para los no-autóctonos. En Pondicherry sobreviven restos del derecho colonial francés.