

CAPÍTULO 2 EL DERECHO JAPONÉS¹

457. Datos históricos: ritsu-ryô y feudalidad dualista. Japón hasta 1853 no ha tenido casi ningún contacto con el Occidente;² por el contrario, a lo largo de su historia, ha mantenido relaciones intensas durante toda su historia con China. Sus percepciones profundamente tradicionales totalmente ajenas al Occidente, tuvieron en diversas épocas una marcada influencia china. Respecto al pensamiento chino, el japonés logró conservar una marcada originalidad, en gran medida debido al carácter propio de los Japoneses, pero por la otra debido al aislamiento en el cual sus dirigentes mantuvieron al Japón durante aproximadamente 250 años antes de su apertura en 1853.

Los primeros monumentos de derecho japonés aparecen en la era Taika, que se inicia en el año 646. Bajo la influencia china, se introdujo en el Japón una planeación estatal y moralizadora, en particular con un sistema de repartición periódica de los arrozales de Estado, en proporción con las bocas que debían ser alimentadas, y una estricta división de la sociedad en “rangos”. Cada clase social debía cumplir en el Estado japonés una misión bien definida. Se elaboraron las primeras compilaciones jurídicas, llamadas ritsu-ryo;³ estas compilaciones se redactaron conforme al modelo del derecho chino y se referían a reglas represivas (ritsu) y reglas de administración (ryô). La noción de “derecho subjetivo” era totalmente ajena a estas compilaciones. No obstante lo anterior, el Japón mostró claros signos de una nueva concepción que empezaría a concederle al derecho una cierta importancia: se crearon las primeras escuelas de derecho y de administración en el Japón, en donde se enseñaba y comentaba los ritsu-ryo.

El sistema de repartición de las tierras, normado por las ritsu-ryo del siglo VII, de gran importancia para el Japón, tuvo consecuencias negativas. El elemento fundamental en la sociedad japonesa, en los siglos IX y X A.D. es el señorío (shô o shôen), que se desarrolla entonces a expensas de las tierras públicas, éstas últimas sometidas al régimen de la repartición. El señorío japonés se presenta como un dominio inviolable, con privilegios de exenciones fiscales; el maestro del sho transformó la dotación de su función pública hereditaria en un vasto dominio terrateniente y pudo ejercer al interior del sho poderes de jurisdicción soberanos.⁴

1 Y. Noda, *Introduction au droit japonais*, 1966. Véase Igualmente la obra trascendente publicada bajo la dirección de A. Von Mehren, *Law in Japon*, 1963, en donde se consideran especialmente, en una óptica crítica, las modificaciones introducidas al derecho japonés bajo la influencia de los Estados Unidos, después de 1945. H. Tanaka, *The Japanese Legal System*, 1976; D. Wang, *Les sources du droit japonais*, 1978. H. Oda, *Japanese Law*, 1992.

2 En el siglo XVIII ya existían ciertas relaciones con Europa: los mercaderes portugueses habían importado el fusil al Japón; los jesuitas habían convertido a más de 7 000 personas al cristianismo. Es a principios del siglo XVII que el Japón se cerrará a toda influencia extranjera; sólo Holanda continuaría haciendo comercio con el Japón.

3 Taiho Ritsu Ryo (701), Yoro Ritsu Ryo (718-757).

4 F. Joüon Des Longrais, *L'Est et l'Ouest. Institutions du Japon et de l'Occident comparés* (Seis estudios de sociología jurídica), 1958.

La impotencia e ineptitud de la justicia criminal, y el grave problema de inseguridad que resultó de ellas, así como las guerras civiles condujeron a fines del siglo XII, en 1135, a una combinación de este régimen de señorío con un régimen feudal nuevo. El emperador japonés en esa época estuvo totalmente desprovisto de todo poder real y la nobleza de la corte de los kuge en un franco proceso de decadencia. El emperador se conservó como un personaje importante y reverenciado, dadas las prerrogativas de orden sagrado que ejercía, pero carecía de poder: una casta militar que no encontró su equivalente en China, es la que iba a gobernar el Japón en lo sucesivo.⁵ Esta casta militar (buke, bushi, samurai) vivió con un derecho costumbrista propio (buke-hô) que constituyó todo un estamento; el “código de la caballería” que la rigió⁶ estuvo fundado en la noción de una obligación de fidelidad absoluta del vasallo hacia su soberano y excluyó toda noción de derechos o de obligaciones de naturaleza jurídica. El juicio entre pares no tuvo lugar en Japón. La concepción misma que el vasallo pudiera ejercer derechos contra su soberano resultaba repulsiva; la relación que los vinculaba estaba modelada en un vínculo semejante de la relación paterno filial. Nunca existió entre el vasallo y el soberano una relación contractual; los “sentimientos tales como la afección, la fidelidad, la abnegación, la devoción hacia una persona, el espíritu de sacrificio a una idea, perdieron su fuerza desde el instante en que se buscó acotarlos a límites rígidos e incluso razonables”.⁷

458. Régimen de la feudalidad unitaria: decadencia de las ritsu-ryô. Durante muchos siglos la ética de los buke subsistió simultáneamente, con las reglas más detalladas de las ritsu-ryô; éstas últimas eran aplicables a quienes no formaban parte de la clase de los guerreros. En la era de los shogunes, Ashikaga (1333-1573), que sucedió a la era de Kamakura (1185-1333), fue un periodo de anarquía y de guerras civiles, que terminó por propiciar el triunfo del régimen conocido como de la feudalidad unitaria. En ella, se afirmó la superioridad del guerrero sobre el campesino; el representante local de la clase militar (jitô) encargado de asegurar el orden público y de percibir el impuesto; acapara los ingresos del sho, respecto a las cuales únicamente había percibido anteriormente una mínima parte. Japón se fragmentó en algunos grandes señoríos locales independientes (daimyô), a los cuales quedaron feudalizados los jitô. Entre estos señoríos se libraban constantemente guerras privadas. La formación de las reglas ritsu-ryô cayó rápidamente en desuso; el antiguo estamento de los buke fue el que prevaleció y reemplazó a las costumbres territoriales.

Hasta esa época había existido en Japón una variedad de clases, regidas cada una por su propio estamento. A este régimen profundamente desigual de ciertos estamentos específicos, se le sustituyó en el siglo XIV por una estructura uniforme, fundada en una rígida jerarquía, que excluía toda noción de derechos de inferioridad respecto a su superior. No existía contrato, ni obligaciones legales recíprocas entre los miembros de la clase de guerreros; con mucha mayor razón tampoco las había entre los señores feudales y los aparceros.⁸

⁵ El Japón carece del sentido igualitario de la vieja sociedad china. El sistema de reclutamiento mediante exámenes de los funcionarios, que caracteriza a la sociedad china, jamás penetró en el Japón.

⁶ El *Goseibai Shikimoku*, costumbrista de los Buke de 1232, fue publicado al francés por G. Appert, “Un code de la féodalité japonaise au XIIIe siècle”, *Nouv. Rev. hist. de droit*, 1900, pp. 1-28.

⁷ F. Joüon Des Longrais, *op. cit.*, pp. 144 y ss. Véase la interesante comparación hecha por este autor con Francia e Inglaterra; en especial la evolución que registró la feudalidad europea con el renacimiento del derecho romano.

⁸ F. Joüon Des Longrais, *L'Est et l'Ouest. Institutions du Japon et de l'Occident comparés*, 1958, p. 256.

La estructura desigual del Japón que obstaculizó la creación de la noción de derechos subjetivos, se vio aún más vigorizada cuando en la era de los shogunes Tokogawa (1603-1868) se inició una política aislacionista en el Japón. Cómo una reacción en contra de las influencias europeas⁹ se admitió el confucianismo como doctrina oficial. Una nueva política de vigilancia estrecha y de delación se implementó en 1597 con la constitución en el Japón, de grupos de cinco personas (goningumi), encargados de denunciar delitos, de mantener el orden público, de denunciar a la policía los desplazamientos de sus miembros o la presencia de extranjeros; cada uno de esos grupos, que se les consideraba como grupos solidarios desde la perspectiva fiscal y penal, debían dar su aquiescencia para que se iniciara una acción en un proceso; para que se interviniera en la vida familiar de sus miembros, o bien se proveyera consejos o testimonios, y controlara la manera en que las tierras pudieran explotarse; esta institución, que marcó profundamente el espíritu japonés durante la era de los Tokogawa, ha dejado hasta nuestros días diversas secuelas en el Japón.

El orden establecido se consideró en esa época como un orden natural, inmutable; fundado en una estricta separación de clases sociales (guerreros, campesinos, artesanos, comerciantes) y sobre un principio de jerarquía entre esas diversas clases. Cualquier manera de convivencia de la sociedad japonesa estaba determinada por la clase social a la que pertenecía: de esta forma se determinaba el tipo de casa que debía habitarse, la tela y el color de su vestimenta, el modo de su alimentación, entre otros. El shôgun, cuyo asiento de poder era la antigua ciudad de Edo,¹⁰ salvo en casos excepcionales, no le asistía dentro de sus funciones, dirimir controversias. El Japón no pudo desarrollar sino hasta el siglo XVIII la noción de jurisdicción. En términos de una resolución pronunciada en 1767 conoció de 53 controversias, que estaban clasificadas en dos categorías: controversias principales y litigios de interés pecuniario. La política del poder central consistía en conservar, no en usurpar la competencia de las jurisdicciones locales; la justicia estuvo siempre administrada por el shôgun de manera torpe; jamás se le reconoció un derecho a los súbditos para acceder a los tribunales. Las funciones judiciales no se diferenciaban de otras funciones públicas; en el Japón no existían escuelas de derecho, ni abogados, ni notarios.

459. Ausencia de la idea de derecho. Los giri. Del único derecho del que se puede dar cuenta en esta época, vertido incluso en textos escritos, es el que se contenía en las instrucciones ordenadas por los superiores a los inferiores. El subordinado no tenía más recurso que tener que acatarlas; el pueblo, al que se le mantuvo sistemáticamente en la ignorancia, no estaba preparado para poder enfrentar las arbitrariedades. No se planteaba controversias de derecho en las relaciones entre personas pertenecientes a una clase inferior y a una clase jerárquicamente superior. La noción misma del derecho estuvo paralelamente excluida de las relaciones entre personas pertenecientes a una misma clase social. A semejanza de China, en el Japón impacta la crueldad en la implementación de las soluciones y la ausencia de matices que implicaba la noción de derecho. Se puede identificar todo un conjunto de reglas de derecho que se desarrolló proveniente de convencionalismos más allá del orden moral, y cuya pretensión era regular en todas sus facetas la

⁹ Los Portugueses dieron a conocer Europa a los Japoneses en 1542. La predicación del cristianismo puso en peligro el orden social japonés.

¹⁰ El antiguo Tokio.

vida cotidiana que los individuos debían observar en sus relaciones los unos con los otros. A estas reglas de comportamiento, análogas a los ritos chinos, se les denominaban *giri*: existía un *giri* entre el padre y el hijo, entre los cónyuges, entre el tío y el sobrino, entre hermanos. Al margen del círculo familiar, el del propietario y el aparcerero, entre el mutuante y el mutuatario, entre el comerciante y su cliente, entre el empleador y el empleado, entre el empleado con mayor antigüedad y el empleado de menor antigüedad, entre otros. “El Asia confuciana”, sostiene F. Joüon des Longrais, “privilegiaba sobre la igualdad, un ideal de relación filial, basado en protección atenta y de subordinación respetuosa”.¹¹

El *giri* reemplazó al derecho y, tal y como los sostienen algunos escritores japoneses, reemplazó incluso a la moral. El *giri* se observaba espontáneamente, no tanto porque correspondiera a cierta concepción de la moral o de una estricta obligación, sino porque su trasgresión conllevaba la censura social. En efecto, la falta de observancia de los *giris* era sancionada con la censura social que consistía en la vergüenza y la deshonra para un japonés. El *giri* que era un código del honor, puramente costumbrista, determinaba todos los comportamientos y volvió inútil e incluso repulsivo hasta una época reciente, la intervención del derecho.¹²

460. La Era Meiji y la occidentalización del derecho japonés. Este es el gran fresco de la sociedad japonesa en el advenimiento de la era Meiji en 1868. Estas antiguas estructuras sociales parecerían haber sido sepultadas desde entonces, en un intento de renovación total de la sociedad japonesa. Un Estado democrático de tipo occidental desplazó al Estado feudal de antaño. Un ascenso espectacular hizo de Japón una de las primeras naciones de nuestra época en el comercio mundial. Una legislación moderna actualmente en vigor asemeja el derecho de Japón al Occidente, y más específicamente a los derechos romanistas del continente europeo. Las obras escritas en Japón confirman la impresión de una occidentalización total del derecho, del pensamiento jurídico y de la sociedad japonesa. Las obras de filosofía del derecho escritas por Japoneses exponen las teorías del Occidente, sin mencionar las ideas tradicionales, especialmente japonesas. Una absoluta solución de continuidad pareciera existir entre el antiguo derecho y el derecho moderno japonés. Resulta poco frecuente que se haga referencia al antiguo derecho, ninguna obra de la literatura jurídica japonesa describe el antiguo sistema. El derecho japonés actual se vincula de manera exclusiva al derecho occidental; el autor romanista japonés Harada pudo referenciar, sin ninguna excepción, a los derechos occidentales o al mismo derecho romano cada uno de los preceptos del Código Civil japonés.¹³

La occidentalización del derecho japonés se inició con el advenimiento de la era Meiji, como una medida para poner fin a la inequidad de los tratados de comercio que algunas potencias occidentales (fundamentalmente por los Estados Unidos, Reino Unido, Rusia, Francia, los Países Bajos) habían impuesto al Japón en 1858 y que éste percibía como un agravio nacional. Resultó más cómodo para el Japón adoptar, en un breve lapso de tiempo, la codificación que incorporarse paulatinamente al *common law*. Desde de 1869 se emprendió la tarea de traducir los códigos franceses; esta tarea se concluyó cinco años más tarde; hubo que sortear toda clase de dificultades que implicaba este reto: no había a ningún jurista japonés al cual recurrir, y debían identificarse

11 *Op.cit.*, p.256.

12 T. Awaji, *Les japonais et le droit, Études de droit japonais*, 1989.

13 Con algunas excepciones en el derecho de la familia y el derecho de sucesiones.

vocablos que funcionalmente pudieran corresponder a nociones primarias como la del derecho subjetivo (kenri) o la de obligación jurídica (gimu), nociones totalmente ajenas al pensamiento japonés. La traducción pudo realizarse gracias a la asistencia del jurista francés, G. Boissonade,¹⁴ y de otros ilustres juristas, alemanes e incluso ingleses.¹⁵ Se concluyó con la promulgación de una serie de códigos a partir de 1872. Un Código penal y un Código de Instrucción Criminal, que respondían al modelo francés, fueron promulgados en 1882. Una ley sobre la organización judicial y un Código de Procedimientos Civiles fueron promulgados en 1890 y en esta ocasión fue el modelo del derecho alemán el que prevaleció. La promulgación del Código Civil suscitó una serie de dificultades de primer orden; en el proyecto de Código Civil, redactado bajo los auspicios de Boissonade, las partes relativas al derecho de la familia y al derecho de sucesiones fueron redactados por juristas japoneses pertenecientes a la escuela francesa, y se adoptó en 1891; su entrada en vigor, empero fue postpuesta. Oposiciones de origen muy diverso se coaligaron en su contra; a partir de entonces se redactó un nuevo Código Civil, que en teoría debería haber sido el antiguo Código Civil, pero revisado; en realidad difiere sustantivamente del antiguo Código Civil. En sus redactores es fácilmente perceptible la influencia del proyecto del Código Civil alemán, existente en la época. El Código Civil japonés, que fue promulgado y entró en vigor en 1898, responde indubitablemente a la estructura del Código Civil alemán; aún cuando el método ecléctico también prevaleció en alguna de sus partes, que abrevaron de los diversos derechos del continente europeo. El Código Civil japonés está dividido en cinco partes: parte general, derechos reales, obligaciones, familia y derecho de las sucesiones. Aún cuando este Código Civil continúa todavía en vigor, ha sido reformado en repetidas ocasiones y modificado por leyes especiales.

El Código de Comercio fue promulgado en 1899, y ha sido reformado, completado y derogado por leyes especiales, aún más que el propio Código Civil.¹⁶ Tal y como lo refiere el derecho francés, un número significativo de disposiciones del Código de Comercio son derogatorias de las reglas generales insertas en el Código Civil. En el derecho japonés, rige la aplicación de la regla especial en función de su especificidad, que es derogatoria de la regla general de derecho común. El mismo artículo 1 del Código de Comercio japonés dispone que: “En las relaciones comerciales, el derecho consuetudinario del comercio y en su defecto, el Código Civil, deben ser aplicados a falta de disposición expresa del presente código”. El Código de Comercio se encuentra dividido en cuatro partes que respectivamente son: parte general, sociedades mercantiles, actos de comercio y comercio marítimo. El Código de Comercio no desarrolla ninguna reglamentación relativa a los procedimientos colectivos que se aplica también a quienes no son comerciantes: El Japón no creó jurisdicciones especiales para las controversias surgidas en el ámbito mercantil. Una infinidad reciente de leyes, que son propias de la actividad mercantil no están integradas en el Código de Comercio (verbi gratia, las diferentes leyes sobre los efectos del comercio).

14 Y. Noda, “Gustave Boissonade, comparatiste ignoré”, en *“Problèmes contemporains de droit comparé”*, t. II, 1962, pp. 235-256; Boissonade et la réception du droit au Japon, Sociedad de Legislación comparada, 1991.

15 Sin que hubiera sido convocado a participar en la obra de la codificación, el jurista norteamericano Wigmore pasó durante esta época muchos años en Japón. Los pasajes que dedicó al derecho japonés, en su *“Panorama of the World’s Legal Systems”*, 1928, son dignos de ser leídos.

16 Todo el derecho de las sociedades fue considerablemente reformado (reformas de 1950, de 1962, de 1966, de 1974, de 1981, de 1990, de 1993, de 1994 y de 2001).

El derecho internacional privado fue objeto de una reglamentación muy detallada, no a través de la codificación sino de leyes que bien podría calificarse de principios fundamentales. Los principios rectores del derecho internacional privado quedaron reglamentados en la llamada ley Horei de 1890; a partir de entonces esta legislación se ha modificado, sin que haya sido realizada todavía una reforma fundamental.

A toda esta serie de códigos de muy diversa índole debe agregarse, en el ámbito del derecho público, una obra paralela, comparable, a una renovación de las estructuras. La libertad de culturas fue proclamada en 1871; la libertad de enajenación de tierras en 1872. Finalmente el emperador proveyó a sus súbditos de una Constitución en 1889. La organización administrativa se modernizó igualmente, con una nueva división del país en departamentos administrativos (ken), y leyes sobre las comunas (1888) y sobre los departamentos administrativos (1890).

Muy importantes reformas serán realizadas al derecho japonés en 1945. Estas reformas sin embargo, de ninguna manera tuvieron como propósito introducir reglas de derecho que estuviesen en mayor armonía con el espíritu y la civilización del Japón. Las reformas, de clara inspiración norteamericana y definitivamente no japonesa, fueron introducidas, con el claro objetivo de democratizar al Japón. Estas reformas desembocaron en la promulgación de una nueva constitución (en 1946), y reformaron toda la organización administrativa, el estatuto de la función pública, la competencia y el procedimiento en materia administrativa; tuvieron como propósito reorganizar sobre todo de forma radical el sistema judicial y la organización policíaca; también se realizaron diversas modificaciones a los códigos vigentes en la época.

La Constitución de 1946, que entró en vigor el 3 de mayo de 1947 está inspirada en los principios fundamentales de la democracia occidental.¹⁷ La constitución predica en el artículo noveno el principio de un pacifismo absoluto;¹⁸ garantiza en su capítulo II, los derechos fundamentales del hombre, y reconoce el principio de la separación de los tres poderes: El Tenno (cuya traducción literal es el de “Príncipe celeste”) que con anterioridad a 1945 era el jefe de Estado japonés, perdura en el Japón actual, pero como un jefe de “derecho divino”, al que se la han adscritos poderes muy limitados. Conforme al artículo primero de la Constitución el Tenno, es el símbolo del Estado Japonés y de la integridad del pueblo japonés. Su estatuto está determinado por la voluntad general del pueblo japonés en quien reside la soberanía.

El Poder Legislativo se compone de un Parlamento compuesto por dos cámaras: la Cámara de los representantes y la Cámara de los Consejeros, cuyos miembros se eligen por sufragio universal, respectivamente por cuatro y seis años. El Poder Ejecutivo se ejerce por el Gabinete que está integrado por un Primer Ministro y Ministros de Estado. El Primer Ministro es normalmente el jefe del partido político que conserva la mayoría en el Parlamento. El Gabinete responde solidariamente ante el Parlamento. La Constitución del Japón, reconoce la supremacía y la independencia del Poder Judicial. El Japón conoce un sistema unitario de jurisdicciones,¹⁹ cuya competencia es sumamente amplia ya que conocen de controversias del orden civil, penal y administrativo. En la cúspide de la jerarquía judicial se encuentra el Tribunal Supremo (o

17 Sobre el derecho constitucional véanse los artículos de T. Fukase y Y. Higuchi en *Études de droit japonais*, *op. cit.*, pp. 105-205; Y. Higuchi (ed), *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*, 2001.

18 El artículo 9º de la Constitución nunca ha sido modificado. Sin embargo el principio del pacifismo, de manera indirecta, ha sido debilitado por la interpretación que se le ha dado a este precepto por el gobierno y por la ley.

19 E. Seizelet, *Justice et magistrature au Japon*, 2002.

Suprema Corte) cuya sede está en Tokio.²⁰ El Tribunal Supremo está compuesto por quince miembros; son magistrados de derecho muy similar a la Corte de Casación francesa; en la literatura jurídica japonesa se le concibe como un tercer grado en la jurisdicción. El Tribunal Supremo al igual que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, tiene el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes y la de sus reglamentos. Este poder lo comparte con las jurisdicciones inferiores (así fue decidido por una resolución del Tribunal Supremo del 10. de febrero de 1950). El control de la constitucionalidad de una ley o de un reglamento se ejerce simultáneamente con el sometimiento de un proceso a la jurisdicción competente. El tribunal de derecho común es el tribunal de distrito, que totalizan aproximadamente una cincuentena; el tribunal de distrito es competente para conocer de todas las controversias civiles, mercantiles, penales y administrativos en la primera instancia. De las apelaciones de estas resoluciones, pronunciadas por los tribunales de distrito, conoce uno de los ocho tribunales superiores, que están integrados y sesionan en forma colegiada.

El arbitraje se implementa cuando las partes así lo han convenido o insertado en su contrato, a través de una cláusula compromisoria. El arbitraje en el Japón está reglamentado en el Código de Procedimientos Civiles. Si bien el procedimiento arbitral estuvo previsto en la legislación, fue muy poco practicado; comenzó a desarrollarse a través de las reglamentaciones de controversias comerciales de carácter internacional.

Los nuevos principios que encuentran sus fundamentos en las ideas de la democracia e insertos en la Constitución, han permeado en ciertas disciplinas del derecho, que fueron profundamente reformadas después de la guerra.

Un Código de Procedimientos Penales fue promulgado en 1922, y reformado en forma sustantiva por una ley de 1948, que reflejaron los nuevos principios insertos en la Constitución. Este Código de Procedimientos Penales reconoce una clara influencia del procedimiento penal anglo-americano: es un sistema típicamente acusatorio en donde se omite la acción civil.

Los nuevos principios del derecho del trabajo están desarrollados en tres leyes principales (que han sido con frecuencia modificadas): una ley de 1946 sobre los reglamentos de las controversias de trabajo, otra ley de 1947 sobre la reglamentación de las condiciones de trabajo y finalmente la ley de 1949 relativa a los sindicatos obreros. En el derecho japonés existe igualmente un número significativo de leyes relativas a la protección social de los trabajadores.²¹

461. La occidentalización actual del derecho japonés. El derecho japonés en la actualidad se encuentra situado incuestionablemente, tanto en los textos legales como en su literatura jurídica, muy próximo a los derechos occidentales. La influencia del derecho norteamericano en el derecho constitucional, la influencia alemana y francesa en el Código Civil, hacen que el derecho japonés tenga rasgos de un verdadero derecho occidental. La ley reglamenta la administración,²²

20 S. Dando, La Cour Suprême au Japon, en *Études de droit japonais*, *op. cit.*, p.209.

21 El artículo 28 de la Constitución garantiza expresamente a los trabajadores el derecho de agruparse (particularmente en organización sindical), de negociar colectivamente y de actuar colectivamente (el derecho de huelga forma parte de este derecho). Sobre el derecho del trabajo, véase T. Yamaguchi, L'obligation de négociation collective loyale en droit japonais, *Études de droit Japonais*, *op. cit.*, p. 495; Autonomie syndicale. Démocratie syndicale et liberté d'action syndical au sein de l'entreprise en droit japonais, *op. cit.*, p. 529; La grève et le lock-out en droit japonais, *op. cit.*, p. 561.

22 L'administration au Japon en Documentación comparada francesa, 1995.

las actividades comerciales y las profesiones. El Japón participa en el comercio internacional como uno de sus principales actores; sus hombres de negocios aplican cotidianamente las reglas y los usos comerciales. En este ámbito, pueden existir conflictos de interés, pero ciertamente nunca un conflicto cultural.

No obstante, este derecho occidental está transpuesto a una historia y a una tradición muy particular, lo que necesariamente incide en la manera en la que se aplica este derecho de inspiración occidental.²³ Si bien la noción de derecho subjetivo, forma parte del derecho japonés, esta noción carece de la misma resonancia que en los países romano-germánicos. Para un juez japonés, la satisfacción de un derecho corresponde más a una forma de protección tutelar de orden administrativo que al verdadero reconocimiento de un derecho subjetivo, del que puede prevalecerse la parte actora.

En algunos ámbitos, el derecho japonés hace poca referencia al derecho positivo, al código civil o bien a las leyes, verbi gratia en el derecho de la familia. Un conocido autor japonés²⁴ considera al derecho de la familia como “un no-derecho” y de “no-justicia”. La mayoría de las controversias que se suscitan en las mismas relaciones familiares, incluso aquellas que conllevan problemas patrimoniales, se encuentran reguladas por la vía de la conciliación.²⁵ La recurrencia a la jurisdicción es excepcional; así verbi gratia solamente el uno por ciento de los divorcios se resuelve por la vía jurisdiccional.

Es de constatar que el derecho, que proviene del Poder Legislativo se encuentra menos desarrollado que en los países europeos; el legislador japonés discute y aprueba pocas leyes por año y el texto de estas leyes emplea con frecuencia fórmulas generales, y abre espacios a la jurisdicción o a la administración pública quienes van adaptando las circunstancias concretas tomando en cuenta la mentalidad de la sociedad japonesa. La determinación de proporcionar al derecho un carácter poco definido y flexible, corresponde a la posibilidad de adaptar los textos legislativos a los comportamientos y al modo de vida en el Japón.

El derecho occidental japonés por lo tanto no se aplica, como usualmente podría serlo por un juez occidental. Conforme a la mentalidad japonesa, persisten tradiciones que aún en la actualidad son todavía muy diferentes. Recurrir al derecho, aún cuando sea cada vez más frecuente que antaño, está todavía muy lejos de aparecer hoy día como el medio normal de reconocer la existencia de un derecho legalmente reconocido.

En el ámbito del derecho público, las instituciones democráticas que han venido perfeccionando a través de las reformas legislativas, se ven distorsionadas en su funcionamiento, ya que al japonés no le gusta inmiscuirse en asuntos públicos y prefiere dejar gobernar a quienes han recibido el mandato para hacerlo. En una época se habló incluso de “un constitucionalismo aparente”. Si bien es cierto que la veracidad de esta aseveración paulatinamente va careciendo de veracidad, no menos cierto resulta el hecho que esto se debe a que el control de la constitucionalidad de las leyes se ejerce con mucha prudencia y sensatez por el Tribunal supremo.²⁶

23 I. Kitamura, *La part du droit dans la société japonaise contemporaine*, en *Global Law*, 2001.

24 I. Kitamura, *La part du droit dans la société japonaise contemporaine*, *op. cit.*, p. 40.

25 T. Matsukawa, *La famille et le droit au Japon*, París, 1991; *La famille au Japon et en France*, *Sociedad de legislación comparada*, 2002.

26 Y. Higuchi, *Le Constitutionnalisme entre l'Occident et le Japon* 2001. Véase en especial la segunda parte: Bilan de cinquante ans de constitutionnalisme dans le Japon de l'après-guerre, pp. 146 y ss.

En el ámbito del derecho privado se puede identificar la percepción recurrente de desconfianza con relación al recurso a la justicia, y por el contrario una búsqueda incesante a una solución negociada. En el Japón debe siempre tenerse presente la diferencia fundamental entre la regla de derecho legalmente aprobada formulada y su aplicación concreta. Antes de la conclusión de un contrato hace falta que se establezca entre las partes una relación de confianza; la fuerza obligatoria del contrato encuentra su fundamento real en esa relación; en los vínculos amistosos que unen a las partes. A estas relaciones de confianza se atribuye la necesidad que las disposiciones contractuales, antes que sean redactadas bajo una fórmula jurídica determinada, deben ser previamente convenidas y una vez convenidas, tengan un principio de ejecución. La misma jurisprudencia ha admitido la existencia de la teoría “de la relación de confianza”, que permite una aplicación flexible de las obligaciones contractuales y permite asegurar la protección de la parte contractual más débil.²⁷ Esta actitud no es ajena a la noción de la buena fe (Guten Glauben) que fue transpuesta del derecho civil alemán. La jurisprudencia japonesa de esta manera ha permitido a la buena fe, desarrollar una función esencial en derecho privado.²⁸

Las reglas de comportamiento (el giri) están muy lejos de haber sido completamente abandonadas; en este orden los tribunales en el Japón están muy distantes de permanecer inactivos; pero su función básica es más de conciliación que de resolución.

462. Importancia de la conciliación en el Japón. En el derecho japonés se pueden identificar un gran número de mecanismos de conciliación, previstos por la ley.²⁹ Una primera clase de mecanismos de conciliación (jidan) se sitúa conforme a la tradición, en una etapa prejudicial. Recurrir a los tribunales continúa siendo en la percepción japonesa, un comportamiento reprobable. Antes de la resolución judicial se intentará recurriendo a mediadores de cualquier índole, e intentar regular amigablemente la controversia que emerge.

La gran mayoría de las controversias en la especie se agotan en la mediación. Ante la ausencia de la mediación las partes recurren, en la actualidad, a la jurisdicción. La preeminencia de la conciliación persistirá durante todo el proceso. Conforme a lo preceptuado en el mismo Código de Procedimientos Civiles (artículo 136), el juez debe constantemente esforzarse durante el procedimiento, en conducir a las partes a transigir; su función primaria no consiste tanto en el pronunciamiento de una resolución que pudieran admitir las partes, sino en la consecución del desistimiento de las partes contendientes, a través de una transacción. Existen un sinnúmero de posibilidades en todos los niveles, que se le ofrecen a la jurisdicción, para que pueda desempeñar correctamente su función mediadora.³⁰

²⁷ I. Kitamura, Une esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon, en *Études de droit Japonais*, *op. cit.*, p.42; La part du droit contemporain dans la société japonaise contemporain, *op. cit.*, p. 37.

²⁸ I. Kitamura, H. Morita, A. Omura, Rapport japonais sur la bonne foi dans les relations entre particuliers, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIII, 1992; B. Jaluzot, La bonne foi dans les contrats: en *Études de droit français, allemand et japonais*, 2001.

²⁹ D.F. Henderson, *Conciliation and Japanese Law; Tokogawa and Modern*, 1964; *Études de droit japonais*, 1989, pp. 225 y ss.; N. Noyama e I. Kitamura, La conciliation en manière civile et commerciale au Japon en *Études de droit japonais*, p. 225; I. Kitamura, L'avenir de la “justice conciliationnelle”, *Mélanges Terré*, 2000, p. 801.

³⁰ Cada año un número superior al 50% de los procesos en trámite se resuelven ya sea por desistimiento o a través de una transacción.

La intervención de la jurisdicción por sí misma, es en todo caso un síntoma de una alteración social que en el Japón se va a tratar de evitar. Concomitantemente al procedimiento del que se acaba de dar cuenta (*wakai*), existe otro procedimiento (*Tchotei*) que se le ofrece a las partes.³¹ Las partes contendientes, en la medida en que recurran al tribunal pueden solicitar, en lugar de iniciar un juicio conforme al procedimiento, la designación al tribunal de una comisión de conciliación, encargada de proponer a las partes contendientes una amigable composición. La comisión de conciliación estará compuesta en principio por dos conciliadores y de un juez, pero éste último se abstendrá de participar en estas sesiones, ya que debe evitar dar la impresión de que la controversia está siendo resuelta de facto por la autoridad del juez. Las partes, celosas de su reputación, prefieren recurrir a los tribunales por la vía de *Tchotei* que solicitar de la jurisdicción el pronunciamiento de una resolución conforme a derecho, en su controversia. Para ciertas categorías de controversias (del ámbito del derecho de la familia, del divorcio), la ley misma impone la obligatoriedad de recurrir a este procedimiento previo a la interposición de cualquier demanda ante una jurisdicción.

Supongamos que la conciliación hubiere excepcionalmente fracasado, después de haberse prolongado durante meses: los conciliadores propusieron una solución, que ha sido rechazada por una o por las dos partes. Se abre en ese momento la posibilidad para una o las dos partes, en un lapso de dos semanas recurrir a la jurisdicción. La ley japonesa en este supuesto le ofrece a la jurisdicción una alternativa: resolver la controversia conforme al derecho estricto u homologar la solución transaccional propuesta *ex aequo et bono* por los conciliadores.

Cabe la interrogante, de saber si esta disposición de la ley está conforme a la Constitución. La Suprema Corte de Justicia en 1980, la declaró contraria al artículo treinta y dos de la Constitución, que garantiza a todo ciudadano el libre acceso a los tribunales, y al artículo ochenta y dos de la Constitución, que previene el principio que la justicia debe ser pronunciada públicamente: el procedimiento de *Tchotei* por lo tanto es únicamente admisible para las partes contendientes si la solución a la cual conduce se acepta voluntariamente por los interesados.

En la actualidad se observa por otra parte, en el mismo sentido, un cierto declive del procedimiento de *Tchotei*. Las estadísticas en el Japón muestran que con mayor frecuencia se solicita de la jurisdicción resolver las controversias mediante el pronunciamiento de una sentencia conforme a derecho. La sociedad japonesa empero está aún muy distante de haber repudiado su tradición. Las estadísticas reconocen poca progresión en el número de controversias.³² Los juristas en el Japón son poco numerosos y aún cuando su número tiende a aumentar,³³ debe ponderarse que en los tribunales inferiores, los procesos se deshogan con gran frecuencia sin la participación de un abogado; existen pues amplias posibilidades que la

31 La institución del *Tchotei* se inició gradualmente entre 1920 y 1930 a través de leyes que normaban las relaciones entre propietarios y granjeros o arrendatarios, después se extendió en asuntos comerciales, las deudas pecuniarias, entre otros. El *Tchotei* está actualmente regulado por una ley sobre la conciliación en materia civil, promulgada en 1951.

32 En 1980 hubo *verbi gratia* solamente 862 controversias por “prácticas desleales de trabajo”. Comparativamente hubieron 44 063 en los Estados Unidos de América, cuando, los textos legales sobre los cuales se fundaron estas controversias son similares; en esta disciplina el derecho japonés ha sido fuertemente inspirado por el derecho norteamericano.

33 En 1999 había 17 283 abogados y 2 949 jueces para un total de 125 432 000 habitantes. Véase E. *Seizelet*, *Justice et magistrature au Japón*, 2002, pp. 114 y ss.

jurisdicción concilie a las partes o que resuelva la controversia en la forma más apegada a la equidad.

El carácter antijurídico que gobierna su espíritu distancia a la sociedad japonesa del arbitraje mismo (*chusai*); para los japoneses es repulsivo prever que de un contrato pueda surgir una controversia y, de acaecer, ésta no pueda ser resuelta por un entendimiento directo, fundado en la buena voluntad común de las partes contratantes. Las cláusulas de arbitraje son frecuentes en los contratos relativos al comercio exterior; estas cláusulas se ven remplazadas, en el comercio interno, por una cláusula que previene que se buscará, en caso controversia, una solución de conciliación.

463. Realidad social y derecho. Futuro del derecho japonés. La sociedad japonesa acoge con gran entusiasmo toda clase de ideas que les sean presentadas como modernas; le preocupa poco que estas ideas hayan tenido su origen en el extranjero, y es poco recelosa a la contradicción que puede existir en ocasiones entre ellas. No hay además una contrasentido que el Japón haya construido un derecho de corte occidental y simultáneamente haya preservado un modo de vida que ignora las reglas de ese derecho. En ninguna sociedad el derecho es la regla exclusiva de convivencia que gobierna las relaciones entre particulares, y debemos considerarnos afortunados que no sea así. El derecho propone un modo de solución de controversias para el caso que no sea posible resolverlas amigablemente. La interrogante que surge es precisa: ¿cuales serán las soluciones cuando éstas se resuelvan amigablemente: lo serán de conformidad al modelo ofrecido por el derecho o de otra forma? Resultan claras las dificultades que los sociólogos enfrentan para responder a estas interrogantes. La gran diferencia entre el Occidente y el Japón es que, en el Occidente, el derecho se ha esforzado en reproducir las soluciones que corresponden al sentido de justicia occidental y de sus costumbres. En tanto en el Japón el derecho occidental importado de manera artificial, no correspondía a sus costumbres.

Los dirigentes del Japón jamás tuvieron la intención, al promulgar sus códigos, de transformar las maneras de vivir de la sociedad japonesa. El ferviente deseo de desarrollar en un plano económico al Japón condujo a adoptar formas jurídicas occidentales; sin embargo este deseo ha coexistido con el de conservar las formas tradicionales de la sociedad japonesa; no resulta válido por lo tanto vislumbrar una contradicción en ambos propósitos, respecto a los cuales se ha buscado una conciliación. La sociedad japonesa continuó, hasta 1945, viviendo como lo había venido haciendo, ignorando el derecho nuevo. Sin embargo, las cosas han cambiado mucho. Si el Japón testimonia aún una cierta vinculación al principio de un orden jerárquico, impuesto por la naturaleza misma de las cosas, la industrialización y el desarrollo de las ciudades han puesto en predicamento esta estructura. La antigua generación reclama que las nuevas generaciones de japoneses ignoren la práctica de las reglas del *giri*. El progreso de las ideas democráticas, y la intensificación de las relaciones con el extranjero han conducido paulatinamente a los japoneses a albergar el sentimiento de que es el derecho el que debe regular las relaciones humanas. Pero si las instituciones japonesas están totalmente occidentalizadas, si las técnicas jurídicas están próximas de aquellas utilizadas en los países occidentales, no obstante, su aplicación en el contexto cultural japonés hace que surga todavía en la actualidad una realidad profunda y actuante de los principios tradicionales.