



Origen y desarrollo de la Constitución de la India. Un ejemplo de equilibrio entre tradición religiosa y laicismo

Pasquale Sofia

Universidad Rafael Bellosó Chacín

Maracaibo-Venezuela

pasqualesofia@urbe.edu.ve

Paul Thressiamma Panikulangara

Universidad Gregoriana

Roma-Italia

tpanix@libero.it

Resumen

La India ha sido seno de diversas culturas y religiones: la tradicional hinduista, la islámica y la occidental con la presencia británica hasta la primera mitad del siglo XX. En el campo del derecho este cruce de tradiciones diferentes ha dado lugar a experiencias constitucionales que bien representan un ejemplo de equilibrio entre tradición, cultura religiosa y cultura laica, valioso para la humanidad entera. En este artículo se cubren dos aspectos en el área del derecho constitucional. El primero de ellos, abarca un análisis sobre el origen de la Constitución de la India como expresión unicoloral de dos tipos de ordenamiento jurídico: uno laico-estatal y otro tradicional religioso-cultural. En el segundo aspecto se trata de evidenciar cómo el caso específico de la India es uno de los más interesantes al trasladar en la Ley Constitucional las garantías de las tradiciones de las principales culturas históricamente presentes en su vasto territorio, con la finalidad de asegurar una paz social permanente.

Palabras clave: India, constitución, hinduismo, islam, compañía de las indias orientales.

Origin and Development of the Constitution of India. An Example of Balance Between Religious Tradition and Laicism

Abstract

India has nourished diverse cultures and religions: the Hindu, Islamic and western traditions, the latter due to British presence until the mid-twentieth century. In the field of law, this crossing of different traditions has produced constitutional experiences that well represent an example of balance between tradition, religious culture and secular culture that is valuable for all mankind. This article treats two aspects in the area of constitutional law. The first includes an analysis regarding the origin of the Constitution of India as a unified expression of two types of legal codes: one lay-statutory and the other traditional religious-cultural. In the second aspect, the study tries to show how the specific case of India is one of the most interesting having transferred the guarantees of traditions from the principal cultures historically present in its vast territory, into Constitutional Law in order to assure a permanent social peace.

Key words: India, constitution, hinduism, islam, east india company.

1. Introducción

La Declaración de Independencia de los Estados Norteamericanos del año 1776, da origen a las constituciones liberales del siglo XVIII, que declaran el derecho de los pueblos al autogobierno y a la cual seguirá, en 1787, la Constitución de los Estados Unidos de América. Tal modelo constitucional - el más antiguo texto formal existente - contenía el primer ejemplo de República presidencial y federal y ha sido modelo de casi todas las constituciones de los estados del mundo.

El fenómeno del colonialismo ha llevado consigo, desde el punto de vista institucional, los modelos constitucionales de los estados dominantes; después de la descolonización muchas élites políticas, formadas sobre todo en Europa, los han adoptado o tenido en cuenta como modelo de referencia para recrear sus nuevas instituciones y ordenamientos jurídicos. Por lo tanto, desde la democracia representativa, la soberanía nacional así como la separación de los poderes y el federalismo, el presidencialismo o la forma parlamentaria de gobierno, hasta la garantía de

los derechos individuales y colectivos, son herencias adquiridas por los países de nueva constitución (De Vergottini, 1987: 707-709).

En la línea de las constituciones de matrices liberales, la inglesa y la francesa han tenido mayor influencia en la formulación de las constituciones de los nuevos países generados por el fenómeno de la descolonización. Entre los más importantes países de recién unificación y liberación del dominio extranjero, que se han inspirado en el sistema gubernamental liberal británico, se encuentra la India.

Actualmente, la India es una República parlamentaria de organización federal, compuesta por 26 Estados y 6 territorios y está fundada sobre el pluripartidismo. El Parlamento está formado por: el Presidente; el Consejo de Estado (Rajya Sabha), de 250 miembros y; la Cámara Popular (Loka Sabha), de 545 miembros. Con más de mil millones de habitantes y casi 600 millones de ciudadanos votantes por mayoría, la India es considerada la democracia de mayor volumen poblacional del planeta. Además, su larga y antigua historia tiene una composición étnica y religiosa muy articulada y compleja, que ha condicionado su historia política y social, siendo una tierra donde se han cruzado y convivido por siglos diferentes culturas y sistemas políticos, religiosos y sociales. En función de la religión, en la India, están presentes 81,3% de fieles hinduistas, 9% de musulmanes sunitas, 3% de musulmanes sitas, 2,3% de cristianos, 1,9% de sikhs, 0,8% de budistas y 0,4% de jaimistas. A causa de esta amplia diversidad cultural interna, la autonomía de los Estados federales que componen la India es una autonomía bastante amplia y, contempla el fenómeno jurídico de las leyes tradicionales, las cuales se aplican sobre específicos aspectos de la vida familiar y social. Por ejemplo, según la Constitución vigente (art. 345) el idioma nacional es el hindi, sin embargo, cada Estado de la Unión tiene libertad de elección de la lengua.

La Constitución hindú vigente fue aprobada en 1950; ella maduró por medio de procesos históricos graduales y constantes, donde los acontecimientos particulares de las varias civilizaciones que han pisado el vasto territorio hindú han dejado sus propios testimonios culturales. Para comprender tales aportes y los procesos que la han influenciado, se analizarán los principales factores históricos y religiosos que han contribuido a su formación: el Hinduismo, el Islam y el período británico. En este trabajo se toma en consideración, principalmente, el aporte cultural dado por la religión hinduista y por la islámica, pues ambas representan numéricamente la más amplia presencia en el subcontinente hindú. A pesar de la influencia británica, la historia de la legislación de este inmenso y antiguo País de-

muestra que la vida de estas dos comunidades en este territorio, constituye la *forma mentis*, el espíritu mismo de la legislación, contenidos en los artículos de la Constitución hindú.

Una característica importante del derecho hindú, determinada por esta prolongada convivencia de varias culturas, es la comparecencia en un único cuerpo, de dos tipos de ordenamiento jurídico: uno laico-estatal y otro tradicional religioso-cultural, donde “el estrato fundamental es aquel del *dharma* (*que indica la religión, la ley, la justicia*) cuya coherencia interna es garantizada por el sistema del *karma* (*1*), o deber, y no por un sistema de derechos, como en la ley [...] Más allá de este estrato fundamental, tenemos la recepción de las instituciones de derecho y de las técnicas para administrarlo de impronta occidental” (Nanda V.P., Sinha S.P., 1996: xxi).

2. El período hinduista

La ley hinduista. Sruti significa “lo que se ha escuchado y comunicado desde los primeros tiempos”, conocimiento sagrado transmitido oralmente por el brahmán de generación en generación. *Smriti* significa literalmente “lo que ha sido directamente oído y recogido” por los sabios. Los *Smriti* son considerados las principales fuentes de la ley hindú (Dhavamony, 1982: 5-6). En la práctica moderna, los Comentarios y las Costumbres hinduistas son la real referencia para quienes toman decisiones en las elevadas instancias de la administración judicial. Los *Sruti* están compuestos por los textos Védicos, Upanishadicos y Bhagavad Gíticos, que ilustran la vida de los antepasados de los hindús. Los numerosos *Smriti*, como *Manù-Smriti*, *Yagnavalkya-Smriti*, *Narada-Smriti*, *Katilyana-Smriti*, *Brhaspati-Smriti*, etc., son los textos en los cuales los autores intentaron poner por escrito lo que aprendieron de los *Sruti* (Tandon, 1982: 1-2). Después han sido realizados los Comentarios sobre los *Smriti*, para analizar y sistematizar las normas contenidas en ellos y para codificar las leyes positivas. Los principales Comentarios son dos: *Mitākshara*, escrito por Vignāneswara y *Dayabhaga* escrito por Jimutvāhana. Los Comentarios constituyen sumarios de reglas sobre la sucesión, la división de bienes, el matrimonio, etc. (Desai, 1986: 85-86). Las Costumbres son fundadas sobre las reglas locales y de las familias. Una Costumbre adquiere fuerza de ley si ella es antigua hasta cien años, es cierta y razonable, invariable y continua, si no se opone a la moralidad y a la política pública, si no está prohibida por una ley vigente (Tandon, 1982: 3-4). Los autores de los *Smriti*, como Brhaspati, Gautama, Yagnavalkya, entre otros, recomiendan la superación de las palabras textuales (la palabra es mu-

chas veces rígida) y recurrir a la justicia, a la equidad y a la buena conciencia, cuando las normas del texto no logran dar una respuesta a problemas específicos.

Las instituciones sociales. En la antigua India existían dos tipos de instituciones sociales, uno basado sobre el sistema de las *castas* (*varna*) y el otro sobre la *joint family*, o sea la familia patriarcal. La institución basada en el sistema de las castas divide la sociedad hinduista en cuatro grupos principales: *brahmán*, *chatria*, *vaisía* y *sùdra*. Los primeros tres grupos constituyen la clase dominante de la sociedad, mientras el cuarto grupo es considerado el más humilde y servil.

Una casta es constituida por un grupo social principalmente fundada sobre el tipo de ocupación: ya sea sacerdote, rey, comerciante, u obrero. Las leyes pertenecientes a sus legítimas actividades y funciones determinaron el vivir social hinduista, pues la casta determinaba el estilo de vida de un hindú entre los hindús, con una mentalidad de inferioridad y de superioridad, sea como individuo social sea como componente involucrado en ocupaciones sociales. El sistema de castas dictaba lo que se debía y lo que no se debía hacer en la vida religiosa y social. Nacer en una casta específica, determinaba e involucraba todos los aspectos existenciales y sociales de un hindú.

En este sistema social hinduista, los *brahmán* ocupaban el más alto grado de privilegios e influencias, hasta transformarse en un verdadero y propio poder que dominaba, o bien a la esfera social o bien a la religiosa. Los sacerdotes y los hombres cultos pertenecían a esta categoría, la cual consideraba poseer el conocimiento y el poder sagrado, la cultura superior y la santidad. Ellos gozaban por ley y de facto, de privilegios y prerrogativas que las otras castas no tenían. La casta de los *chatrias* constituía la clase dirigente de la sociedad; los reyes y los gobernantes pertenecían a esta casta, mientras los *vaisía* formaban la clase productiva: agricultores, comerciantes, artesanos, etc. Los *sùdra* constituían la clase obrera encargada de los servicios de mano de obra.

La institución social basada en la familia patriarcal es formada por el abuelo, el padre, los tíos paternos, los primos por parte del padre, por las hijas y los hijos, los nietos y por los tataranietos. El fundador de un linaje gozaba de algunos poderes sobre la “unidad” (*joint*). La familia patriarcal formaba, así, una comunidad, *kula*. Un grupo de *kula* constituía una comunidad más amplia y organizada, *vis*?. Un grupo de estas comunidades formaba un pueblo, *jana*, el cual constituía una tribu. El poder de la tribu era dividido entre tres personalidades eminentes: *kulapati*, que era el jefe de fa-

milia; *vis-pati*, que era el jefe de la unión de las comunidades familiares (villorrios); *janapati*, que era el jefe del pueblo.

La formulación del sistema de castas no se realiza durante el período védico (2), sino durante el período upanishadico (los Upanishad son textos de variada extensión y época, cuyos capítulos más antiguos se ubican entre el 700 y el 300 a.C.). El Atharva-Veda (uno de los cuatro Himnos que constituyen los Veda) nos ofrece los elementos fundamentales que constituyen una sociedad: el pueblo, el reino, el rey y el gobierno (Atharva-Veda: III, 3, 2-6). El pueblo tiene el poder de proponer el candidato al gobierno del propio reino y con el deber de obedecer, de respetar y de mantener su rey (Atharva-Veda: III, 4, 1-3). El rey está investido del poder divino para gobernar el reino y para asegurar al pueblo el bien, la prosperidad y la seguridad (Atharva-Veda, VI, 88, 1; IV, 22, 1-3; III, 4, 1-3). El rey era el depositario de la felicidad del pueblo. A un rey ideal está requerido sacrificarse por el progreso del reino y por el bienestar del pueblo. Un rey virtuoso era considerado el garante del bien de su pueblo, mientras aquel rey tirano, era como “la sal y el azúcar sin sabor”, para echarlo (Agni-purána: 222, 8).

La sociedad. La sociedad de la antigua india era constituida por los individuos y las comunidades; por el reino y los bienes; las reglas y el gobierno; por el poder, por el soberano y por el divino. Las normas que regulaban las relaciones intersubjetivas eran la unión, la concordia, finalidades y voluntad común además de la ausencia de enemistad entre los miembros de la comunidad. “El hermano no odie al hermano, ni la hermana a la hermana; siendo concordés y en armonía, digan palabras gratas... en común sea la bebida, en común se comparta la comida. A un común yugo es ligado cada miembro” (Atharva-Veda, III, 30, 3, 6; VI, 64, 1-3). El texto vedico prescribe la concordia dentro de las sociedades (Atharva-Veda: VII, 54, 1).

Para vigilar la obediencia de estas normas y para asegurar la concordia, hay un soberano al cual todos deben obedecer: “El hijo sea respetuoso de la voluntad del padre; la comunidad sea respetuosa a la voluntad del fuerte guardián” (Atharva-Veda, III, 2; VI, 73, 1). Para controlar y limitar las acciones y las decisiones de los jefes, la comunidad ha constituido una asamblea en la cual se estipulan acuerdos e intentos comunes (Atharva-Veda, VII, 13, 1-4). Dado que los depositarios de la paz y del orden de la comunidad son los dioses, estos dan al rey la protección y la seguridad de la paz social (Atharva-Veda, VI, 73, 1; VII, 54, 2; II, 27, 6; XIX, 62, 1).

El Estado. De los documentos hinduistas disponibles podemos deducir que los habitantes de la antigua india, de nómadas se convirtieron en sedentarios, y luego empezaron a constituirse en tribus. La estructura básica

de las tribus era la familia patriarcal (Kula). El gobierno general de la tribu (compuesta por mas vis' -villorrios-) era identificado en la figura de janapathi, jefe de la tribu (Altekar, A.S., 1992: 19). Desde el concepto de *Rashtra*, Estado (Altekar, A.S., 1992: 19), se ha evolucionado al termino *Ràgia*, nación. Una más clara noción de Estado se tiene desde el siglo IV a.C. en adelante, con Kautilya, Manù, Yagnavalkya y otros autores de los Smriti. Según los autores de los principales Smriti, el Estado era como una unidad orgánica compuesta por el rey, sus ministros, por el reino y sus recursos, las fortalezas edificadas, las fuerzas militares y por los aliados del reino (Kautilya, 1997: VI, 1; Manù-Smriti, IX).

La forma de gobierno más conocida en el período antiguo era la monárquica. El termino *ràja*, rey; *mahàràja*, el gran rey; *sàmràt*, el emperador; son los apelativos de jefe de estado y designan diferentes grados del poder. *Ràgia*, *svaràgia*, *viràgia*, *mahàràgia* e *sàmràgia* son términos que designan varios tipos de Estados existentes en la antigua India (Aitareya Up., VII, 3, 14). Hasta el siglo VI a.C. en algunas áreas del Norte-Este de la India, existía el Estado oligárquico donde el poder era representado por los consejos de los nobles y, cada miembro del mismo, era un rey. A su vez, todos los reyes, miembros del consejo, gozaban del derecho a elegir un rey jefe del mismo consejo. En las áreas del Himalaya, del Uttarakuru y del Uttaramadras, existían Estados sin reyes. Este tipo de Estado era conocido como *viràj*, mientras en el Este y en el Sur existían Estados de tipo republicanos. El Mahàbhàratha (3) menciona la confederación de los Estados Kshudraka-Malava para enfrentar la invasión de Alejandro Magno. La República de Yaudheya, por ejemplo, comprendía tres pequeños Estados. En el tiempo de Buddha y de Mahàvira, los Lichchavi formaron con los Malla y con los Videha una confederación con el poder centrado en el consejo de los 18 miembros pertenecientes a cada Estado, y cada Estado mantenía su soberanía, menos en la situación de guerra; como pasó con el caso de Alejandro Magno, cuando los Kshudrakas y los Malavas nombraron un “gran guerrero”, Kshudraka, como general del ejército confederado.

En la India antigua, el rey era *swamin*; el pueblo, *jana*; el Estado, era *Ràgia* y éstos eran subordinados al sacerdote, *purohita*, empleado en la corte real con la función de ofrecer sacrificios para asegurar la bendición divina y la prosperidad al reino (Ait., Brh.: VII, 5, 24; Rig-Veda: IV, 50, 7, 9). La influencia de los sacerdotes era dominante sobre la monarquía y sobre el reino; ellos tenían el poder de promocionar o derrotar el bienestar del rey y de su reino con poderes ritualísticos. De tal manera “El purohita de corte intentaba crear un Estado teocrático” (Altekar, A.S., 1992: 33).

Los deberes del Estado. En el período antiguo los deberes principales del Estado eran: promover *dharma*, es decir promover la religiosidad, la piedad, por medio de la promoción de las virtudes y de las moralidades; promover *artha*, o sea, incrementar la riqueza del estado para el bienestar del pueblo, promocionando la agricultura, el comercio y el artesanado; promover *karma*, o sea promover la creatividad y el actuar humano en el orden, la armonía y la paz. Para asegurar el bienestar total del pueblo, el Hinduismo recomienda la promoción del *dharma*.

Si no existiera el Estado, existiría la ley de la jungla. La idea de *deber* unía el ciudadano al Estado y el Estado al ciudadano. El deber de ambos evolucionaba en dirección al concepto de *dharma*. *Dharma* prescribe que no debería existir conflicto entre el Estado y su ciudadano, sino la armonía derivante por el cumplimiento de los deberes (Altekar, 1992: 39).

Ràgia-dharma, el poder-deber administrativo, era representado por el *janasamiti*, Asamblea Central, la cual controlaba el comportamiento del rey y del pueblo. Los participantes en esta asamblea provenían de la clase privilegiada y ellos eran custodios del *ràshtriya-avakash*, el derecho político (Altekar, 1992: 39-49). El termino *dharma* contiene el concepto de política, así como el termino *saptanga* describe el concepto administrativo del Estado. *Sapt* significa siete. *Anga* designa las siguientes partes del Estado: el soberano, *swamini*; el ministro, *amatya*; el territorio, *ràshtra*; el pueblo, *jana*; las armas, *danda*; los aliados, *mitra* y, el Estado, *Ràgia*. La *janasamiti* decayó hacia el 500 a.C., mientras la *panciàyat-samiti*, la Asamblea del pueblo, compuesta por cinco ancianos de experiencia elegidos entre los habitantes del pueblo, continuó existiendo.

La estructura administrativa. Los Estados de la India pre-islámica estaban divididos en provincias y estos, en distritos. Los distritos se formaban por un determinado número de pueblos. El pueblo era compuesto por un determinado número de familias, unidas entre ellas por parentela. Los jefes de las divisiones provinciales y distritales eran nombrados por el soberano entre sus parientes, mientras el jefe del pueblo era la persona más anciana. Kautilya, en su 'Arthashàshtra', divide el Estado en cuatro unidades administrativas: *sangrahana*, *kharvatika*, *dronmukha* y *stànìya*. Desde la primera hasta la última unidad fue establecida una jerarquía de poder y jurisdicción (Kautilya: I, 147; XX, 22). Las ciudades del Estado eran administradas por gobernadores especiales llamados *nagaraka*. Por ejemplo, la unidad administrativa de la ciudad de Patliputra, en el siglo IV a.C., estaba formada por un consejo de treinta oficiales agrupados en seis comisiones; cada comisión era compuesta por cinco

miembros que se ocupaban de los asuntos de la propia jurisdicción administrativa. Un distrito tenía la jurisdicción sobre un determinado número de pueblos. El pueblo tenía una unidad administrativa formada por el jefe del mismo y por la Asamblea del panchayath.

La estructura judicial. En cada unidad administrativa y en las ciudades, existían tribunales para escuchar y resolver las disputas civiles y criminales. Según la opinión de Brhaspathi existían tres tipos de tribunales: estacionario, móvil y de comisión (Brhaspati-Smriti: I, 1-3).

Al centro de la entera unidad administrativa, existía la fortaleza del rey y de la corte real. El rey era considerado fuente de justicia, dueño del dharma. En cuanto al rey, era el protector del territorio y del pueblo, en él se identificaba el poder absoluto, administrativo y judicial del reino. La corte real era la última autoridad judicial donde serían resueltos los casos civiles y criminales, de primer grado y de apelación. La corte era formada por un grupo de jueces provenientes de la clase superior, preferiblemente entre el brahmán.

El sistema administrativo y judicial. El sistema administrativo y judicial antiguo prescribía que “La justicia no sea administrada por un solo individuo, sino que sea el rey o sus ministros quienes traten los asuntos de justicia en el consejo” (Varadachariar, 1968: 64; Jayaswal, 1967: 313). La ley hindú prohibía tomar decisiones antes de escuchar a las partes en causa. El proceso judicial se realizaba a “puertas abiertas”. La deshonestidad de un juez era considerada un crimen (Dhavan, 1963: VIII, 22).

El procedimiento judicial. Este comprendía generalmente cuatro partes: la acusación, la defensa, las pruebas y el juicio. Las diversas formas de pruebas que existían en la antigua India eran, entre otras, el juramento sobre Dios, las pruebas con el fuego y con el viento. Cuatro eran los principales tipos de punición: desde una sencilla amonestación seguida por un severo regaño, hasta la penalización y las torturas físicas (Manu-smriti: VIII, 129; Yajnavalkya-smriti: I, 367). Los objetivos de las penalizaciones eran sustancialmente los de remediar los daños, rehabilitar el culpable y prevenir el crimen (Kane, 1977: Vol. 97, No. 3, 360-361). Las normas contenidas en el texto ‘Arthashàshtra’ prescribían los reglamentos de condena, o sea castigar un culpable según la motivación, la naturaleza, el tiempo, el lugar, el nivel de la ofensa y según la edad, la formación, la conducta y su posibilidad económica (Kautilya: IV, 10). Comúnmente, todavía, el procedimiento judicial y penal no conocía uniformidad procesal. Las penalidades dependían, no de la gravedad del crimen cometido, sino de la casta de pertenencia del procesado. En realidad casi siempre un culpable de origen brah-

mán era dispensado de la penalización por un crimen muy grave, mientras un sùdra recibía una pesada condena por un delito menor. Por ejemplo, un brahmán culpable de adulterio o de homicidio pagaba solamente una penalización mínima, mientras los mismos chatria y los vaisía pagaban una multa mayor. Un sùdra por los mismos delitos venía siendo condenado a la pena capital y le confiscaban la propiedad (también si era pequeña). La ley hindú prohibía la toma de decisiones antes de haber escuchado las partes en disputa (Gautama-darmashàshtra: XII, 15-17, 43; Manu-smriti: VIII, 125-285, 338-339, 380-381; Yjnavalkya-smriti: II, 270; Katiyana-smriti: 806; Arthashàshtra: IV, 11).

Mitàkshara y Dayabhàga. El Mitàkshara y el Dayabhàga son dos Códigos de las leyes hinduistas que influenciaron la actual Constitución hindú. El Mitàkshara nació como resultado de análisis y discusiones sobre el código de Yajnavalkya, escrito hacia el final del siglo XI por el asceta Vjnànèswara. El Dayabhàga, sumario de todos los códigos hindúes, fue escrito al comienzo del siglo XII por Jimutvàhana, un jurista miembro de la corte del rey de Bengala. El espíritu del Mitakshara es válido y presente, aún hoy en día, en toda la comunidad hinduista, excepto en Bengala, donde es presente el espíritu del Código Dayabhàga. Existen también el *Marumakkattayam*, el *Aliyasantana* y el *Nambùdiri*; todos, sistemas normativos condicionados por las costumbres y culturas de los habitantes de la costa occidental del Sur de la India. En estos sistemas mencionados, algunos reconocen lo fundado sobre el matriarcado y otros reconocen aquello fundado sobre el patriarcado. Siendo el patriarcado la estructura sociocultural dominante del período antiguo, y dado que, tanto el Mitakshara, como el Dayabhàga son fundados sobre este concepto patriarcal, de ambos se han derivado las principales escuelas de derecho hindú, que llevan los respectivos nombres: *Mitàkshara School of Law*, *Dayabhàga School of Law*. Para mostrar la complejidad de este sistema normativo, se recuerda como ejemplo que la Escuela Mitàkshara está subdividida en *Benarés School*, *Mithila School*, *Mahàrashtra School* y *Dravida School* y, a su vez, estas están subdivididas ulteriormente en otras escuelas: *Benarés School* en *Viramitròdaya* y *Nirnàyasindur*, *Mithila School* en *Vyavàhàra*, *Viramitròdaya* y *Nirnàyasindur*, *Dravida School* en *Smriti Chandrika*, *Paràshara Madhaviya*, *Saraswari Vilàsa* y *Vyavahàra Nirnàya*. La de Benarés cubre el área del Norte del subcontinente, con excepción del Punjab, donde vienen aplicadas las disposiciones del Mitàkshara adaptadas a las costumbres locales. En el Norte del Bihar y a Tihoot, está en vigor la escuela Mithila. En el área occidental de la India prevalece la escuela Mahàrashtra mientras en el Sur, prevalece la Dravida. En la larga historia del derecho hindú, muchas de las leyes producidas por la influencia del

Código Mitākshara, al pasar el tiempo han sido modificadas o abrogadas. Entre los temas tratados en los Códigos Mitākshara-Dayabhāga encontramos: el matrimonio, el divorcio, la división y herencia, la adopción, la propiedad (Subba Rao, 1989: 95-279).

3. El período del Islam

Introducción. Entre el 1191 y el 1192 el Norte de la India recibe dos ataques militares por parte de las tropas turcas-afganas comandadas por Muhammad de Ghor. En el 1200, de Ghor logró derrotar el rāja Prithvy en Thànèswar y llegó a Delhi, la actual capital de la India, donde estableció un sultanato musulmán, la sede gubernamental islámica (Kulshreshtha's, 1988: 16-17). Desde aquí comenzó la extensión del imperio islámico en la India. El primer período del imperio islámico es período conocido como el *Sultanato de Delhi* (4) y el segundo como el *Imperio Mogol* (5).

El encuentro del Islam religioso, su patrimonio cultural, político y administrativo con el mundo hindú, no fue fácil. Su penetración y consolidación en la India está caracterizado por persecuciones y violencia hacia los hindúes por la supremacía sobre el territorio, por la conquista y gestión del poder político y administrativo y por la extensión de la religión islámica. A la proverbial tolerancia hinduista, los musulmanes sustituyeron, sobre casi todo el territorio controlado por ellos, un sistema único de poder, con la religión islámica como religión de Estado, imponiendo la ley del Corán o *Sciaria*. La negación de los derechos a quienes no se convertían a la religión islámica, por parte del Sultán Alaud-din-khilji, fue un ejemplo claro de la violencia perpetrada contra los hindúes de aquel período. El Sultanato de Delhi cubre un período que va desde 1206 hasta 1526, más de 300 años de dominio administrado por varias dinastías islámicas: dinastía *Slava* (1206-1290); dinastía *Khilji* (1290-1320); dinastía *Tughlaq* (1320-1399); dinastía *Saiyad* (1414-1444); dinastía *Lodi* (1444-1526). En 1526 un descendiente de Tamurlan y de Genghish Khan, de origen turco, conquistó la fortaleza derrotando a Ibrahim Lodi, el último Sultán de Delhi, dando origen a otra descendencia. Baber (Zahir al-Din Muhammad), como fundador del Imperio Mogol, gobernó la fortaleza de Delhi desde 1526 hasta 1530, mientras su hijo Humayun ocupó el trono hasta 1556.

En 1540 el primer ministro del Emperador Humayun, Sher Shah, ocupó el trono de Delhi introduciendo reformas administrativas y judiciales en el Imperio Mogol. En 1556 el hijo de Humayun, Akbar, logró ocupar el trono del padre. Akbar fue un político muy hábil: desarrolló

relaciones amigables con los súbditos no-musulmánés del imperio. Akbar reinó hasta el 1605 y su hijo, Gehanghir, gobernó hasta el 1627. Shah Jahan, hijo de Gehanghir, gobernó desde 1627 hasta 1658 y el último Emperador mogol, Aurangazeb, reinó desde 1658 hasta 1707 (Kulshreshtha's, 1988: 17-18).

En general, durante el período islámico, en India, fueron introducidas varias normas predominantemente a favor de los musulmanes, pero la política del gran Emperador Akbar creó uniformidad en el sistema judicial y, por consiguiente, decretó una única ciudadanía en su impero. En 1562 abolió la costumbre de transformar los presos de guerra en esclavos; en 1564 abolió la tasación sobre la peregrinación impuesta a los no-musulmanes; en 1580 prohibió la conversión obligada al Islam, así como la pena capital para los críticos del Islam y de El Profeta; además, prohibió la costumbre de las viudas hindúes de inmolarsé vivas sobre el fuego funerario del esposo, el matrimonio de los niños y entre parientes cercanos y permitió a los hindúes y a los cristianos edificar templos e iglesias, respectivamente. En línea general puede afirmarse que la India del período islámico ha conocido novedades en materias legislativa y administrativa.

La estructura administrativa. Durante el dominio islámico, la India se divide en cinco unidades administrativas: *panchayath*, la asamblea del pueblo; *parganah*, el municipio; *sarkar*, el distrito; *subhah*, la provincia y el *sultánato*. Como se ha referido, el Sultán era el jefe supremo, la autoridad absoluta del imperio. Éste era representado por los *subhedar*, gobernadores de las provincias; por los *faujdari*, administradores de los distritos; por los *shiqahdar* en los municipios; por los *sarpanch* en los pueblos; por los *kotwal* en las ciudades. El poder administrativo del pueblo pertenecía a la asamblea del mismo, *panchayath*. Los oficiales del pueblo eran el *sarpanch* -jefe del pueblo-, el *patwar* -economista- y un *chaudhari* -archivista-. La unidad administrativa de la alcaldía estaba formada por los siguientes oficiales: un *shiqadhar* -ministro-, un secretario, un tesorero y dos archivistas. La unidad gubernativa de los distritos era integrada por: los *faujdari*, ministros de los gobernadores con poder administrativo y judicial; los *kotwal*, que representaban a los *faujdari* en las ciudades. La unidad administrativa de las provincias estaba constituida por los gobernadores, *subhedar*, por el *nazim* -juez- y por el *mufti* -experto de ley-. El Sultán era asesorado por los *subhedar*, por los *diwan* y otros oficiales y suboficiales de las provincias, de los distritos, de las alcaldías y de los pueblos para administrar el poder religioso, civil y penal en este período.

Estructura judicial. La justicia venía administrada por las cortes. El derecho procesal de las cortes dependía de la división política del imperio, como se ha visto. El villorrio, conjunto de pequeños poblados, era la unidad de base, bien administrativa o bien judicial. La corte del pueblo, así como el gobierno del pueblo, eran formados por integrantes de la misma asamblea del pueblo, en la cual se escuchaban las disputas y eran tomadas las decisiones. El jefe del pueblo presidía la Asamblea.

Un grupo de villorrios formaba un municipio, donde existían dos cortes. Una era del *qazi-e-pargnanah* con poder civil y penal, mientras la otra era del *kotwal* solo con poder penal. Un grupo de municipios formaban un distrito. En cada distrito existían cinco cortes: la corte del *qazi*, juez experto de ley islámica que presidía la corte, era aconsejado por cuatro suboficiales: *mufti*, legal experto de ley islámica; *pandit*, legal experto de ley hindú; *mohtasib*, magistrado experto en el procedimiento judicial; *daadbak*, administrador de la corte del Sultán. La corte resolvía los casos civiles y penales. La corte del *daadbak-miradil* era la penal, en la cual se resolvían los casos de orden y seguridad pública. Las apelaciones de esta corte pasaban a la denominada *nazim-e-subhah*. La corte del *faujdar* era aquella con poder civil sobre los casos pertenecientes a transacciones de la propiedad de inmuebles y de las donaciones. La corte del *amil* se encargaba de las otras materias del poder civil y de ésta, las apelaciones subían a la corte del *diwan*. La corte del *kotwal* tenía el poder judicial sobre los casos pertenecientes a la seguridad y al orden público.

Recordando que un grupo de distritos formaban un subhah, es decir una provincia, en cada subhah existían a la vez, cinco cortes: 1. la *adalat-nazim-subhah*, era la corte del subhedar, o sea del gobernador, el cual venía asesorado por un grupo de jueces y presidía la corte para resolver las disputas. Las apelaciones de esta corte subían a la corte del Sultán. 2. La *adalat-qazi-e-subhah* tenía el poder civil y judicial y despachaba las apelaciones remitidas por las cortes distritales. Los qazi eran jueces provinciales, nombrados por el juez-jefe de la corte del Sultán, *sadre-jahari*. 3. La *nazim-e-subhah* era la corte de auxilio del gobernador, para revisar y decidir las apelaciones procedentes de la *mir-amil*. El nazim era la autoridad que nombraba a los *sarpanch*, a los jefes del pueblo. 4. La *diwan-e-subhah* era la alta corte civil de la subhah, o sea de la provincia. 5. El *sadre-e-subhah* era el oficial religioso que distribuía las donaciones y los honorarios. Todos los subhah juntos, formaban el Sultanato, con sede en Delhi. La corte del Sultán era la corte suprema presidida por el mismo Sultán, asistido por dos mufti, expertos en ley y de alta reputación social; por el pandit, experto de ley hindú; por el mohtasib, experto en procedimiento judicial; por el

daadbak, administrador de la corte. La *diwan-e-mazalim* era la corte de apelación de los casos penales. La *diwan-e-risalat* era la alta corte del *qazi-ul-quzat*, jefe juez, segundo al poder después del Sultán.

Generalmente, en todo el Sultanato venían aplicadas las leyes islámicas, con algunas reservas sobre la ley hindú.

La ley islámica. “Cuatro son las principales fuentes de la ley islámica: el Corán (*al-Qur’an*), la *Ahadis*, el *Ijnia*, el *Qiyas*”.

El Corán es la primera y absoluta fuente de la ley islámica. Éste representa la voluntad de Alá (Dios) y por eso la autoridad absoluta del código legislativo del Islam. El texto es dividido en capítulos, *sura*. Los suras son divididos en *ayat*, o versículos. Los ayat contienen normas sobre las costumbres, sobre la sociedad, sobre la condición de la mujer, sobre la sucesión, sobre la herencia, sobre la penalización, entre otros.

La *Ahadis* o *Sunnah*, como segunda fuente es la tradición de lo que El Profeta Muhammad dijo o hizo. Ella está constituida por los pronunciamientos, por las acciones y por la conducta del Profeta, tal como fue narrado por sus compañeros. La *Ahadis* no fue escrita cuando el Profeta estaba vivo, sino que fue transmitida por sus compañeros: Abu-Bakr, Abdul-Malik, Malik-bin-Anas, Muhammad-Ibn-Idris, Abu-Ibn-Hambal.

Una tercera fuente es la *Ijnia*. El termino significa ‘acuerdo’, consenso de opinión, y éste puede ser dividido en: *Ijnia* de los compañeros del Profeta aceptados por la comunidad musulmana; *Ijnia* de los juristas e *Ijnia* del pueblo. Esta servía de orientación para los islámicos en la formulación de normas específicas, con la finalidad de dar respuesta a los problemas de la vida de los musulmanes a los cuales ni el Corán, ni tampoco la *Ahadis*, daban específicas soluciones.

El *Qiyas* significa ‘equidad’, medida, acuerdo. Los problemas no incluidos por el Corán, por la *Ahadis* y por la *Ijnia*, son tratados por el *Qiyas*. Éste usaba el método de la deducción por analogía con el fin de encontrar respuestas a los problemas específicos.

La discusión sobre el derecho de sucesión al califato dividió la comunidad islámica en *sunitas* (ramo ortodoxo de la *Sunnah*, seguidores de la verdadera “tradición” de Mahoma) y *chiitas* (*Shi ah*, seguidores del partido de Àli, considerados herejes por los sunitas) (6). Entre quien deseaba a Abu Bakr, el compañero del profeta y quien deseaba a Àli, el yerno del Profeta, como califa, como jefe de la comunidad islámica. Por elección Abu Bakr llegó a ser califa. Pero el conflicto no se detuvo con la elección de Abu Bakr

como jefe para los sunitas. También entre ellos -los sunitas- comenzó la disputa por el derecho al *imamat*, jefe religioso. Como consecuencia de estas disputas surgieron diferentes escuelas de ley islámica: la escuela de Abu Hanif (701-705), la cual desarrolló la ley según el Qiyas y confirmó la doctrina de la equidad; la escuela de Malik (718-795), la cual desarrolló la ley tradicional, la Ijnia: esta escuela, por ejemplo, introdujo el concepto del poder del jefe de familia sobre su esposa y sobre sus hijos; la escuela de Muhammad Shaffi, discípulo de Malik desarrolló la doctrina del Qiyas fundada en el Corán, en la Ahadis y en el Ijnia; la de Hambal, la cual desarrolló las leyes tradicionales; la escuela de Scia, que desarrolló varias leyes: desde la legitimidad del derecho de sucesión al imamat mediante doce testigos conocidos, a las leyes tradicionales, a la validez del matrimonio *muta* (matrimonio temporal con finalidad de gozo).

Con base en la división de la comunidad islámica, fue dividida también la ley islámica: ley chiíta y ley sunita. El Corán todavía es el fundamento común a los dos grupos de leyes. Las principales leyes islámicas chiíta y sunita aplicadas en India son aquellas relativas al matrimonio, al divorcio, al mantenimiento, a la patria potestad, a la donación, a la herencia, sobre menores y tutores, entre otros.

A pesar de esta larga tradición, ya bastante tiempo antes de la entrada en vigor de la Constitución hindú, muchas han sido las modificaciones aportadas a las leyes personales islámicas en India. Actualmente en la India, las costumbres islámicas pueden adquirir fuerza de ley solamente si ellas son razonables, si van conforme a la ley islámica, si son claras, si son observadas desde la antigüedad y si no son opuestas a la política y a la moralidad pública hindú.

El Procedimiento civil. El procedimiento legal islámico en India era ejecutado por las cortes o tribunales. Los derechos de las cortes dependían de la división política interna del imperio musulmán, como se ha mencionado anteriormente. El primer paso necesario para iniciar un procedimiento civil era el de la inscripción de la acusación en la corte competente de la jurisdicción. La corte convocaba al imputado para escuchar su admisión de culpa o, su defensa (Fatwa-e-alamgiri: IV, 84-87). Si el imputado negaba su culpa, éste debía producir pruebas con testigos creíbles ante la corte. Después de escuchar las dos partes en causa, la corte pronunciaba su juicio a puertas abiertas. El juicio penal para un criminal peligroso y contrario al interés del Imperio, no venía pronunciado públicamente. Las cortes islámicas en India, antes de emitir sentencias definitivas, usaban tres tipos de pruebas: *tawatur*, la plena colaboración del indiciado; *ehad*, la confirmación del testigo y la *iqrar*, la confesión de la culpa (kulshreshtha V.D., 1988: 26-27).

El procedimiento penal. El código penal estaba basado sobre el concepto y sobre la clasificación del crimen. La legislación islámica divide el crimen: contra Alá, contra el Estado y contra los individuos. El sistema judicial penal de este período en India conocía tres categorías de penalizaciones: *hadd*, la penalización de los ladrones, de los difamadores, de los borrachos; *tazir*, la punición por contrabando, por las injurias, por el tráfico de monedas falsas; *qisas*, la penalización de los homicidios. Las primeras dos categorías de penalizaciones consistían en la tortura física, en la mutilación y en la encarcelación, mientras la tercera categoría era la extrema penalización y consistía en la pena capital (Kulshreshtha, 1988: 26-27).

4. El período británico

El período británico puede ubicarse inicialmente dentro del fenómeno de la expansión europea hacia la India realizado a fines de 1400, con la llegada de los portugueses al mando de Vasco de Gama a Calicut en la costa del Malabar (India Sur-Occidental). Al comienzo del 1600 llegaron los holandeses, los ingleses y los daneses y, en este mismo período Francia invadió la actual zona de Pondicherry (India Sur-Oriental), quedándose hasta 1848. Entre los europeos que llegaron a la India, fueron los ingleses quienes ejercieron un dominio casi completo de la gran península asiática. Cuando el fenómeno europeo apareció en el subcontinente, el imperio Mogol comenzaba su declinación y los pequeños reinos del Sur se encontraban luchando entre ellos por la supremacía. Es probable que el declinar del imperio Mogol, el continuo conflicto entre los reinos independientes, junto a ciertos derechos otorgados por algunos soberanos a los huéspedes europeos, constituyeron las vías para una más fácil penetración extranjera en el territorio. Al Norte del país, en 1612, el Emperador Gehanghir concedió a los europeos el derecho de comercio y de autogobierno. En el Sur, en 1639, el Rey Chandragiri (Madrás) les concedió los mismos derechos. Al Este (Calcuta), en 1698, el Príncipe Azim-Ush-Shan les dio el mismo trato (Kulkarni, 1964: 37). Tales concesiones tal vez parecieron insignificantes para quienes las otorgaron, pero seguramente no para aquellos que las recibieron, porque en el tiempo, ellas se transformarían en los medios para afirmar el poder europeo en India.

La East India Company y las Charters británicas. En la migración de las leyes británicas hacia la India, han jugado un papel decisivo por un lado, la *East India Company* o la Compañía de las Indias Orientales, como principal compañía comercial inglesa y por el otro, las *Charters*, así denominados los Estatutos o Documentos legales declarativos. La primera, para introducir

su influencia política y la segunda, para introducir normas legales que transformaban la inicial influencia en verdadero poder político, con la posibilidad de legislar. Mientras el poder jurídico británico lentamente penetraba en la India por medio de la evolución de la Compañía comercial, las Charters formulaban normas adecuadas para controlar y gobernar la Compañía, al tiempo que creaba normas para regular la relación de la Compañía con la realidad local. Estas reglas y normas lentamente se transformaron en ley tanto para los ingleses como para los hindúes, sobre el territorio hindú. La Reina Elizabeth I, con la Charter del año 1600, autorizó a la East India Company a comerciar con Asia y con África, empezando por India (Kulshreshtha, op. cit.: 32). Así al año siguiente llegaron a la India un grupo de comerciantes constituidos en persona jurídica, con el sólo poder de comerciar. En 1609, la Corona reviste a la Compañía de poder legislativo para el autogobierno. La Compañía formuló algunas reglas y creó un jurado de 12 personas elegidas entre el personal en servicio. El instrumento material del poder británico iba así en paralelo con lo formal.

La Charter del año 1609 representó el inicio de la influencia legislativa británica sobre la hindú. En 1612, la Compañía logró establecerse en Surat, uno de los centros comerciales más importantes situados en la costa Oeste de la India. El embajador del Rey James I obtuvo del Emperador Gehanghir el derecho de comercio y de autogobierno en el territorio hindú. Esta concesión del emperador Mogol dada a los ingleses, disponía: sobre el poder de regular las disputas entre los dependientes de la Compañía, la libertad de practicar la propia religión y de aplicar las propias reglas al interior de la Compañía. Si por un lado la East India Company gozaba de privilegios dado el poder otorgado y aprobado, sea por la Corona británica o por el Emperador Mogol, por otro lado debía someterse a dos poderes: al gobierno británico y al Mogol. El primero exigía obediencia a las disposiciones de las Charters y el segundo exigía la fidelidad a las disposiciones de las concesiones. La Charter del año 1623 confería a la Compañía el poder de formular la ley marcial para penalizar el homicidio, mientras que la del año 1661 autorizó a la misma a constituir un gobierno y a nombrar al gobernador inglés y a sus suboficiales en Bombay (actual Mumbai), en Madrás y en Calcuta, según la ley inglesa. Las Charters inglesas exigían de la Compañía la “adaptación” de la ley inglesa en India. El proceso histórico-legislativo evolucionaba así, gradualmente, de norma y gobierno para la Compañía, para el territorio local.

En 1668 el Rey Charles II Stuart casándose con Caterina de Portugal, recibió en dote el territorio de Bombay. En el mismo año, la Corona británica alquiló el territorio de Bombay a la East India Company y, al año siguiente, la misma Corona revistió a la Compañía del poder legislativo, constitucional y judicial. Así la East India Company obtuvo el poder absoluto sobre el territorio de Bombay (kulshreshtha, 1988: 35). Bombay llegó a ser la base británica en India desde donde la Corona expandió su poder sobre todo el subcontinente. Con la Charter del año 1683 la Corona confería a la Compañía el poder de constituir tribunales en cualquier lugar sobre el territorio hindú. Tres años después, en 1686, James II pensando en asegurar el poder conquistado, autorizó a la Compañía a constituir la fuerza militar y la base naval, a formular la ley marcial y a acuñar monedas en las sedes de la East India Company en toda la península (Kulkarni, 1964: 37). Con la Charter del 13 de Abril de 1698, el rey William III decidió establecer la *Court of Directors*, para controlar los negocios de la Compañía y redactar una constitución para el territorio hindú, que permaneció hasta el 1773. En la India de aquel tiempo, todos los casos civiles eran regulados por la ley hindú, para los hinduistas y; por la ley musulmana, para los musulmanes, mientras los casos penales eran regulados por la ley islámica (Kaye, 2005: 64-67). El personal de la East India Company en la India, no conocía la ley británica, pero al mismo tiempo no quería someterse a las locales. La Compañía, en realidad, intentaba por un lado obtener siempre más poder y consenso por parte de la Corona británica y, por otro, mantener la propia independencia. La incompetencia legal del personal, el autogobierno y el interés económico y político de la East India Company contribuyeron a la degeneración de la situación. En líneas generales: ilegalidad, corrupción y opresión surgieron como consecuencias. Mientras la Compañía extendía su influencia en India, la Corona buscaba la manera de apropiarse de sus conquistas. Las relaciones entre éstas siguieron complicándose hasta que el Parlamento Inglés, por medio del Regulating Act de 1773, impuso a la East India Company someterse al gobierno de manera absoluta. La Compañía persistió en el abuso de su poder económico y a crear problemas en el territorio hindú, hasta contraer un gran déficit con la misma corona. Por lo cual, en 1858 fue abolida la famosa East India Company y el Parlamento asumió directamente el gobierno de la India, quedando todo el fruto del trabajo de dos siglos en manos de la corona británica.

Penetración de la legislación británica. Entre las decisiones tomadas por la Reina Elisabeth I en 1600 para las Colonias, está la constitución de la East India Company como un ente jurídico con poder de comerciar en India. Con la Charter del 31 de Mayo de 1609, el Rey James I confirmó la juridicidad de la Compañía y le otorgó el poder legislativo de formular nor-

mas para el autogobierno. En 1623 la Corona autorizó a la Compañía formular leyes marciales para penalizar a los criminales ingleses. En 1661 el gobierno británico concedió a la Compañía el poder administrativo y judicial. En 1668, la Corona autorizó a la Compañía aplicar las leyes inglesas en el territorio de Bombay. En 1670, Sir Oxendon, gobernador de Surat, introdujo en el territorio de Bombay una constitución formulada por el jurista Sir Thomas Pampillon, y constituye un gobierno formado por un Vice Gobernador y un Consejo. En el mismo año, Sir Gerald Augier, sucesor de Oxendon, reformó las normas añadiendo la libertad y la protección de credo y de culto religioso para todos los habitantes de Bombay; creó un tribunal constituido por 12 oficiales para administrar la justicia; designó un Procurador General y un Juez de Paz; además, creó un cuerpo de seguridad pública para garantizar el orden e instituyó la pena capital. El mismo Gobernador Augier dividió el territorio de Bombay en dos sectores y por cada sector instituyó un tribunal gobernado por tres jueces de probada experiencia. Las apelaciones desde estas cortes iban al tribunal del Vice Gobernador. En 1672 el mismo Augier constituyó la Corte Suprema de Justicia en Bombay, donde venían aplicadas directamente las leyes inglesas para todos los súbditos de la Corona. También las apelaciones de este tribunal iban al tribunal del Vice Gobernador.

Cuatro eran los Jueces de Paz para garantizar el orden y la seguridad pública en el territorio de Bombay. Ellos ejercían el poder de detener e interrogar los imputados. Las apelaciones de éstos iban a la Corte Suprema. Existían también algunos tribunales definidos de “conciencia”, donde se debatían cuestiones sencillas. La reforma de Augier fijó también el salario para los administradores de justicia, prohibiéndoles ejercer otras profesiones. En 1726 el Rey George I autorizó a la Compañía crear tres *Mayor's Courts* (Cortes Principales) en las presidencias de Bombay, Madrás y Calcuta con poder judicial. Los tribunales debían tomar decisiones para los ingleses según la justicia y el derecho británico, o sea, según la *Common Law* y la *Equity or Statute Law*. En 1753 el Rey George II expandió la jurisdicción de tales leyes también a los hindúes de las colonias. En 1773 el Gobernador Warren Hastings introdujo su plan de reformas en los tribunales de Bengala, Bihar y Orissa. El plan de Hastings disponía la aplicación de las normas británicas, de las leyes coránicas y de las leyes de los *Shàstràs* en los tribunales hindúes y el respeto de la justicia, de la equidad y de la buena conciencia. En 1774 la Corona estableció la *Supreme Court* en Calcuta con poder superior al de la *Mayor's Court*, para controlar las cuestiones judiciales. En 1781 el Parlamento británico aprobó el *Act of Settlement* que definía el poder y la jurisdicción de la *Supreme Court*, en Calcuta, aprobando la

aplicación de la ley hindú para los hindúes. En 1797 extendió la aplicación de las leyes hindúes-musulmanas también sobre Madrás y Bombay, estableciéndose en estas ciudades la *Recorder's Courts*. La Charter de 1833 reformó la constitución de la Compañía y creó el *Privy Council*, el Tribunal Real, como único competente de la legislación y como Alta Corte de Apelación para todo el territorio hindú. En 1859 fue aprobado el Código Civil y en 1860 el Código Penal. En 1862 fueron establecidas en las tres presidencias las *High Courts*. En 1887 Lord Hobhous sustituyó el concepto de *justicia, equidad y buena conciencia*, según con lo prescrito en los 'Smriti', con el sentido de *Rule of English Law*.

Las leyes británicas y las leyes personales de los hindúes y de los musulmanes. La norma 23 del Plan de Warren Hastings de 1772, prescribía para las cuestiones sobre la herencia, el matrimonio, la casta y sobre las usanzas religiosas, que se respetase la ley hinduista para los hinduistas y la ley islámica para los musulmanes (*personal law*). El *Act of Settlement* de 1781, indicaba que se aplicasen las leyes hindúes para los hindúes en los casos señalados, de contratación, de matrimonio, de herencia, entre otros. En 1793 también el Código de Cornwallis prescribió similares disposiciones. Lentamente fueron así abrogadas o modificadas muchas leyes hinduistas bajo la influencia de las leyes inglesas. Por ejemplo, en 1817 fue abrogada la pena capital reservada a los brahmanes de Benarés y también la usanza de botar los niños en el río Sagar para expiar la culpa de homicidio; el Reglamento XVII de 1829 abolió la tradición de quemar viva a la viuda sobre el fuego fúnebre del marido. En 1850 se legalizó la protección de la propiedad con el *Caste Disabilities Act*. El Reglamento XV de 1856 legalizó el matrimonio de las viudas; con el *Indian Contract Act of 1872* fueron modificadas las normas sobre la sucesión, la herencia, el matrimonio.

El Plan de 1773 reservó el mismo tratamiento también a la ley islámica, la cual empezó a sufrir modificaciones, como fue el caso contemplado en el Reglamento VIII de 1799 que abrogó la pena capital por homicidio. En el Reglamento VIII de 1801 se distinguió el homicidio voluntario del involuntario, con variación sobre la penalidad. El Reglamento XVII de 1817 sustituyó la lapidación, por causa de adulterio, por la fustigación, la cárcel y los trabajos forzados. El Acta V de 1843 abolió la usanza de la esclavitud entre los musulmanes. El *Indian Majority Act of 1875* fijó la edad del individuo para recibir y disponer de la propiedad. El Act X de 1891 prohibió las relaciones sexuales con las menores de edad. Mientras la ley islámica continuaba recibiendo transformaciones para estos años, ya desde 1832 la misma venía siendo suplantada gradualmente como ley de Estado sobre el territorio de la India.

La nueva legislación hindú. La dominación británica sobre el territorio hindú se extiende hasta la primera mitad del siglo XX. No es sino hasta el 15 de Agosto de 1947 cuando se efectúa la transferencia (incruenta y concertada) del poder político británico hacia la India, naciendo la India independiente. Con el Acta de Independencia de 1947, se instauró una Asamblea Constituyente con la finalidad de redactar la Constitución del país y el cuerpo jurídico. Después de tres años de trabajo, el 26 de Enero de 1950, fue aprobada la primera Constitución de la India unida e independiente. La estructura y el espíritu general de la Constitución, fundamentada en el *Act of 1935* (7), toman inspiración del nacionalismo y comunalismo hindúes (este último, vinculado a las formas organizativas político-territoriales locales), así como de elementos jurídicos e institucionales del período británico.

Como resulta de su larga historia, India ha sido y sigue siendo un colario de diversas etnias y diferentes culturas milenarias, por tal motivo en la nueva Constitución, así como en la formulación del nuevo sistema jurídico, los expertos han tenido presente la variedad existente y han elaborado una moderna normativa que ha buscado ser la síntesis entre tradición cultural religiosa y normas positivas jurídicas.

Tomando en cuenta el desarrollo del sistema jurídico hindú contemporáneo, la herencia Occidental se proyecta en la conformación del Estado laico neutral, con instituciones administrativas que se han definido sobre la base del derecho positivo; un cuerpo jurídico que garantiza, entre otros derechos: el respeto de los derechos humanos; el reconocimiento de la ciudadanía a todos los que habitan el territorio hindú, sin diferencias raciales o religiosas; la abolición del régimen de castas sociales; la igualdad entre hombre y mujer. En resumen, ha resultado un sistema jurídico que se sobrepone a las leyes personales y las limita, reduciéndolas solo al derecho de familia y de personas.

Conclusiones

Al finalizar el artículo se ha intentado configurar, por medio del recorrido histórico, un cuadro con respecto al complicado entramado cultural que ha generado el sistema jurídico hindú, el cual ha buscado hacer convivir en el mismo suelo tradiciones diferentes. India es un inmenso contenedor de diversas expresiones culturales y religiosas. El corpus jurídico actual, ratificado con el nacimiento de la República (1947), es el resultado de siglos de historia y por eso se presenta por algunos como un corpus heterogéneo de normas, pero que todavía consigue el resultado concreto de formar un sistema único de leyes y, además, de mantener la unidad del subcontinente.

Es evidente, también, que el sistema jurídico hindú comprende interiormente dos tipos de ordenamiento jurídico: uno postcolonial de inspiración occidental (británico y francés), y uno más antiguo resultado de la amplia retrospectiva histórica cultural del país. Es difícil comprender el sistema jurídico hindú sin conocer las etapas de su evolución cultural y religiosa; un desarrollo cultural que a pesar de situaciones históricas contingentes ha cultivado y afirmada la primacía de la convivencia y de la tolerancia, donde han convivido y se han mezclado elementos y principios positivos o laicos como Estado, ley, democracia con una visión de la vida fuertemente religiosa. El concepto de origen divino como el *Dharma*, es central en la vida del hindú; éste abraza toda la existencia humana, espiritual y material (también con referencia a su organización política y social) y su significado como religión, como ley o justicia, tiene el fin último del mantenimiento del orden civil y religioso. Tal noción, es así profunda y radicada en la concepción hindú de la vida que nadie ha considerado la posibilidad de ponerla en discusión. “Nunca pasó, en la mente de un rey hindú, el pensamiento que él pudiera, si lo deseaba, alterar o abrogar algunas de las leyes existentes” (Benerjee, 1984: 3). Así la sabiduría de los textos sagrados fue asimilada por la cultura hasta convertirse ella misma en fuente de nueva cultura.

La invasión islámica (1191-92) de hecho no alteró, si no en parte, los fundamentos del *dharma*, porque con la introducción del *gizya*, una tasación impuesta a los no musulmanes para continuar practicando su propia religión, luego eliminada por el emperador Akbar (el cual intentó potenciar la tolerancia entre las religiones hinduista y musulmana en la India), permitiendo a los hindúes no alterar sus principios, ni los ordenamientos civiles.

Al dominio islámico se sustituyó el británico (1798-1947). Ya en los años 1600 se había formado en Gran Bretaña la Compañía Inglesa de las Indias Orientales con el propósito de unir los comerciantes ingleses que hacían negocios en Asia sur oriental. Cerca del 1780, la Compañía controlaba gran parte del territorio hindú y desde esta fecha en adelante, la legislación británica fue aplicada lentamente para dirimir también conflictos entre hindúes. Con el intento de reorganizar la estructura judicial de la colonia, Warren Hastings, gobernador del Bengala, hizo traducir en idioma inglés y ordenar muchos códigos hindúes y musulmanes y decidió dejar algunos códigos personales para las poblaciones (8). Para todas las otras situaciones se hubiesen debido aplicar los “principios de justicia, equidad y buena conciencia”, sin utilizar el derecho inglés de la *Common Law*. En el tiempo, los jueces comenzaron a interpretar y a evaluar los casos según la experiencia de situaciones similares anteriores, sin recorrer a las fuentes muy complicadas e imprecisas hindúes. Esta actitud de los jueces ingleses

lentamente ha generado que las reglas positivas, las cuales han absorbido algunas tradicionales, hayan reducido estas últimas a una autonomía sólo en el derecho personal y de familia. Ciertamente la manera de proceder y la codificación de las fuentes originarias, han conferido al ordenamiento jurídico vigente hindú una mayor uniformidad y practicidad (Gledhill, 1954: 3, 4, 576-603). De esta manera, una herencia histórica cultural como la hindú, que tiene el Dharma como derecho natural, fundamento para la población hinduista y, el Corán como inspiración de la comunidad musulmana, junto a otras menores, está casi obligada a un sincretismo jurídico, controlado y (siempre más) limitado por la laicidad del Estado. Esta idea sincrética heredada legada de la mentalidad hindú, mantiene firme algunos aspectos importantes por su identidad, es abierta a la discusión, a la elaboración, a la investigación para responder exigencias de su propia sociedad heterogénea.

El gran logro de los Constituyentes de la India, es que han encontrado una solución, que pudiese ser transitoria, a la gran cuestión filosófica de la “unidad en la diversidad”: de hacer identificar al ciudadano con las instituciones nacionales, en medio de sus propias diferencias tradicionales.

Glosario

HINDUISMO

El termino *hindú*, así como el nombre de la India, deriva del sanscrito *Sindhu*, “región de los Ríos”, que los persas llamaron *hindú*, y los griegos *indoi*. Con la invasión islámica la india fue llamada Indostán, y el término *hindúes* designaba todos los habitantes del subcontinente, e *hindú* aquellos hindúes que no profesaban la religión islámica.

Hinduismo es un término general que indica un conjunto de filosofías védicas, misticismo Yoga, creencias paganas, cultos de la fertilidad, ocultismo Tántico y orden monásticos; un conjuntos de cultos, ritos y liturgias, dedicadas a diversas divinidades, a veces de diferentes sistemas teológicos, los cuales en el curso de milenios se han venido agrupando alrededor de un núcleo fundamentalmente filosófico, religioso y ético, generalmente indicado como *Brahmanismo*. Por lo tanto es difícil definirlo con breves fórmulas. Decimos que es un modo de vida que encuentra su unidad sobre la enseñanza de las antiguas escrituras -los Vedas- y los antiguos sabios -*rishi*-.

Se piensa que los principios básicos del hinduismo han sido traídos por los Arios, poblaciones nómadas indo-persas, las cuales se establecieron en la región Norte-Oeste, en las riveras del río Ganges alrededor del 1500 a.C. Comúnmente se divide el período hinduista en tres momentos: antiguo (6.500 a.C. - 1.000 d.C.), medieval (1.000 - 1.800) y moderno (hasta el presente).

VEDA

La palabra Veda deriva de la raíz sanscrita *vid* que significa conocimiento. Los textos sagrados hindúes son los Veda, los cuales se dividen en cuatro colecciones, nombradas *Samhita*, de himnos y oraciones:

- *Rig-Veda*, que contienen himnos sagrados y oraciones para recitar durante los ritos y los sacrificios.
- *Sama-Veda*, que contienen melodías para cantar en específicas ocasiones.
- *Yajur-Veda*, que contienen fórmulas sacrificiales para ceremonias.
- *Atharva-Veda*, que contienen fórmulas mágicas y de encantamientos.

DHARMA

Dharma, palabra de origen sánscrita que significa 'ley natural' o 'realidad'; pero también 'algo establecido o firme'. Se utiliza en casi todas las doctrinas y religiones de origen védico (las religiones dárnicas), como el hinduismo, el budismo, el jainismo y el sijismo. La raíz hindoiranía *dhar* significa 'ajustar, soportar, sostener'. En el hinduismo representa la ley universal de la naturaleza, y por lo tanto se encuentra en cada individuo. A nivel del individuo, el *dharma* adquiere una nueva acepción: la del deber ético y religioso que cada cual tiene asignado según su determinada situación de nacimiento.

PERSONAL LAW

En 1772 Warren Hastings promulgó que "En todos los casos como la herencia, el matrimonio, la casta, las costumbres religiosas y las instituciones, serán aplicadas las leyes del Corán para los musulmanes y la ley de los Shàshtra para los hindúes" (Plan de Warren Hastings 17, Reglamento 23). Como resultado de la política de Warren Hastings, hoy en día los hindúes son gobernados por la Ley Personal Hindú y los musulmanes por la Ley Personal Islámica. Así, con la expresión *Personal Law* se entiende la ley particular que gobierna a quienes profesan una particular religión. Esto significa que la *Hindú Personal Law* es aplicable a los hindúes, así como la *Muslim Personal Law* es aplicable solamente a los musulmanes.

La denominación *hindú* incluye a los hindúes, los Sikhs y los Jaimistas (Constitución, Parte III, art. 25, explicación II). Los temas que pertenecen a la Ley Personal para los hindúes, son: la sucesión (herencia), el matrimonio y el divorcio, la tutela, el mantenimiento, la joint family y la división, la adopción, las instituciones religiosas. Para los musulmanes: la sucesión (herencia), el matrimonio, el divorcio y la dote, el tutor, el mantenimiento, los regalos y los testamentos, los waqfs (el término significa retener la propiedad en nombre de Dios y disponer del fruto a los fines religiosos y caritativos), el shuffa o sea el derecho de comprar la propiedad inmueble de un copropietario.

En conclusión, donde la ley hindú (ley territorial) admite la Ley Personal, el derecho y las obligaciones de un hindú son determinados por la ley tradicional, todavía con modificaciones y algunas abrogaciones.

Notas

1. Karma, ley de causa y efecto que regula la vida de todo lo que se manifiesta en el universo.
2. Los Veda son los más antiguos textos del Hinduismo. Veda significa sabiduría, conocimiento. Una colección de textos redactados entre el 1500 y el 500 a.C., que según los hinduistas representan las experiencias de Dios contenidas por los *rishi*, que son los sabios, los místicos.
3. Poema épico, el cual como núcleo primordial de la historia era ya conocido alrededor del 1500 a.C. y, cerca del 400 d.C., asume la denominación de Mahàbhàratha.
4. El término '*Sultán*' designa un título atribuido a la autoridad suprema islámica, asignado por primera vez al emperador otomán.
5. El término '*Mogol*' deriva de la palabra persa *mugal*, la cual indicaba el título de los emperadores musulmanes de origen mongol que reinaban en la India.
6. El problema de la sucesión al Profeta Mahoma, quien no tenía hijos varones, fue resuelto con la elección de Abu Bakr como *Khalifa* –califa- (jefe de la comunidad islámica y legítimo sucesor del Profeta), el compañero más fiel al Profeta.
7. El Acta de 1935 marcó un cambio general y radical en la política hindú, introduciendo la forma de gobierno federal, con poder parcial para el gobierno central y con poder mayor para los Estados pertenecientes a la Unión, creando paralelamente una Federal Court para discutir y decidir sobre las cuestiones entre el Centro y los Estados.
8. Recordamos el importante trabajo de codificación realizada por la Indian Law Commission del 1835, la cual elaboró un código de procedimiento civil (1859), de procedimiento penal (1861), la ley sobre las contrataciones (Contract Act, 1872), la ley sobre las pruebas (Evidence Act, 1872), sobre la transferencia de la propiedad (Transfer of Property Act, 1882 y 1929), sobre el trust (Trusts Act, 1882), sobre la ejecución las obligaciones Specific Relief Act 1872), sobre los títulos de créditos (Negotiable Instruments Act, 1881). En GAMBARO A. y SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2002, p. 510.

Lista de Referencias

- ALTEKAR, A.S. (1992). **State and Government in Ancient India**, Motilal Banarsidass, India.
- BENERJEE S.G. (1984). **The Hindu Law of marriage and stridhana**, Mittal Publications, Delhi.
- CONSTITUTIONAL LAW (1990). **Academy of Legal Publications**, Trivandrum, India.
- DESAI, S.T. (a cura de), MULLA (1986). **Principle of Hindu Law**, Tripathi, Bombay.
- DE VERGOTTINI, G. (1987). **Diritto costituzionale comparato**, CEDAM, Padova.
- DHAVAMONY, M. (1982). **Classical Hinduism**, Università Gregoriana Edictrice, Roma.
- DHAVAN, S. (1963). **Indian Jurisprudence**, Journal of National Academy of Administration, Vol VIII.
- EMBREE A.T., WILHELM F., India (1968). **Dalla civiltà dell'Indo fino all'inizio del dominio inglese**, Feltrinelli, Milano.
- FILIPPANI-RONCONI, P. (1992). **Miti e Religioni dell'India**, Newton Compton Editori, Roma.
- GAMBARO A.; SACCO, R. (2002). **Sistemi giuridici comparati**, Utet, Torino.
- GLEDHILL A. (1954). **The Influence of Common Law and Equity on Hindu since 1800**, en *The International and Comparative Law Quarterly*, Oct., Vol. 3, n. 4, pp. 576-603.
- GUENON, R. (1989). **Introduzione generale allo studio delle dottrine indù**, Adelphi, Milano.
- JAYASWAL, K.P. (1967). **Hindu Polity**, Chaukhamba Sanskrit Pratishthan Oriental Publisher, India.
- KAUTILYA (1997). **Artha-Shàshtra**, Motilal Banarsidass, New Edition, India.
- KAYE, J.W. (2005). **Administration of East India Company**, Elibron Classics, India.
- KANE, P.V. (1977). History of Dharmashàshtra, En: **Revista Journal of the American Oriental Society**, Vol. 97, No. 3 (Jul. - Sep.).
- KEAY, J. (2001). **Storia dell'India**, Newton Compton Editori, Roma.
- KULKARNI, V.B. (1964). **The British Dominion in India & After**, Bharatiya Vidya Bhavan, Bombay.

- KULSHRESHTHA'S., V.D. (1988). **Landmarks in Indian Legal & Constitutional History**, Eastern Book Company, India.
- NANDA, V.P.; SINHA, S.P. (1996). **Hindu Law and Legal Theory**, Dartmouth, Aldershot.
- SUBBA RAO, G.C.V. (1989). **Family Law in India**, Asia Law House, Hyderabad.
- TANDON, M.P. (1982). **Family Law in India**, Central Law Agency, Allahabad.
- THE CONSTITUTION OF INDIA. (1990). **Allahabad**, India.
- TOTTI, M. (2000). **Storia dell'India**, Laterza, Roma-Bari.
- VARADACHARIAR, P.N. (1968). **The Hindu Judicial System**, University of Madras, Madras.