

## CAPÍTULO 2 EL DERECHO MODERNO DE LA INDIA

423. Emergencia de un derecho indio. El derecho hindú, fundado en los preceptos de la religión hindú, fue en tiempos pasados el derecho común en toda la India. Su ámbito de aplicación se acotó progresivamente; en la actualidad su ámbito material de validez se circunscribe al derecho de personas de la comunidad hindú. Paralelamente a este retroceso se desarrolló un derecho, conforme al modelo inglés, al que se le denomina derecho indio. Este nuevo derecho, es el nuevo derecho común de la India, que rige todos los ámbitos del derecho con excepción del derecho de personas, que varía de una comunidad religiosa a otra, y de una tribu a otra.<sup>1</sup>

424. La noción de *lex loci*. La noción de derecho territorial (*lex loci*), según la cual el derecho se concibe como un cuerpo de reglas autónomo respecto de la religión o de la tribu, es una noción occidental, moderna, ajena a la tradición de la India.<sup>2</sup> Incluso el mismo derecho musulmán, que había penetrado en la India antes del periodo británico, no se le puede considerar como un derecho territorial, estaba también vinculado a una religión.

La constitución de la noción de derecho territorial se impuso en la India bajo el dominio británico. La creación de este derecho resultó la mejor vía para regular las relaciones entre las personas pertenecientes a comunidades diferentes. En efecto, junto con los hindús y los musulmanes, en la India existen minorías que no pueden ser ignoradas: los cristianos (europeos e hindús convertidos), los judíos y los parsis.<sup>3</sup> Adicionalmente, a partir del momento en que la India se ha abierto al Occidente y las transacciones comerciales se han vuelto cada vez más importantes, los derechos islámico e hindú, acusaron sus insuficiencias. Sin duda pudieron haberse adaptado y desarrollar principio de soluciones, pero la historia no les dio el tiempo. Las soluciones que habían sido desarrolladas por un derecho más moderno que además era de una potencia dominante, tenía tendencia a imponerse. En la India colonial todo conducía indudablemente a la eclosión de un derecho territorial de inspiración inglesa.

425. La *lex loci* en las “capitales”. ¿Cuál iba a ser ese derecho territorial y cómo se iba a constituir? La respuesta a estas dos interrogantes ha variado, debido a la complejidad y a la evolución política y constitucional de la India.<sup>4</sup>

---

1 V.D. Annoussamy, *Le droit indien en marche*, 2001.

2 En Roma igualmente, el *jus civile* no concernía más que a los ciudadanos romanos; tuvo que desarrollarse otro sistema, el de *jus gentium*, para normar las relaciones en las que se vinculaba una persona que no tenía la calidad de ciudadano romano.

3 Se ha afirmado que pocos son los países en los que priva tanta incertidumbre sobre la ley aplicable. Algunos jueces aplicaban a los cristianos el derecho canónico, véase *López vs. López*, 1885, I.L.R. – 12 Cal. 706. Otros jueces invocaban su sentimiento de justicia y otros aplicaban el derecho inglés.

4 M.C. Setalvad, *The rule of English Law in India*, 1966.

En las ciudades de Bombay (hoy Mumbai), de Calcuta y de Madras (que se conocen como Presidency towns), que eran las ciudades en donde la administración inglesa se concentraba, fueron establecidas cortes, por medio de cartas reales desde el advenimiento de la dominación británica. Estos tribunales recibieron el mandato de aplicar el derecho inglés. Este mandato previó dos excepciones. El derecho inglés se aplicaba bajo la reserva de los reglamentos (Regulations) que, en ciertas materias, pudieron haber sido tomados por las autoridades locales. Se preveía que su aplicación no debía generar problemas en el medio particular de la India.<sup>5</sup> Pero sobre todo las cortes reales eran competentes exclusivamente para conocer de las controversias, en las que una de las partes era inglesa o cuando las partes hubieren formalmente convenido, en caso de controversia, la competencia de estas cortes. Cuando la competencia de las cortes inglesas se extendió a todas las controversias en 1781, se especificó que en aquellas controversias entre particulares en las que estuvieren interesados musulmanes e hindús, la corte debería resolver, según el caso, conforme al derecho islámico o al derecho hindú. A pesar de estas limitaciones, el derecho inglés, introducido en los Presidency towns, desarrollaría los fundamentos y se constituiría en el derecho indio, que se conocería inicialmente bajo la denominación de derecho anglo-indio.

426. La *lex loci* al margen de las Presidency towns. Primer periodo. En los territorios situados fuera de las Presidency towns, el estado de cosas permanecía diferente.<sup>6</sup> Las cortes que fueron creadas por los británicos no eran tribunales reales ingleses, sino tribunales de la Compañía de las Indias (East India Company); la East India Company había recibido del emperador mongol en 1765, el privilegio de recaudar impuestos, con la obligación de realizar el pago cada año de la suma convenida al emperador; a la East India Company se le habían conferido también funciones jurisdiccionales. Esta situación se perpetuó hasta el día en que el gobernador de la India fue puesto bajo la autoridad directa de la Corona en 1858.

Al margen de las Presidency towns no se percibió la necesidad de recurrir al derecho inglés. La aplicación de este derecho habría sido, además muy complejo. Para asegurar la administración de la justicia ante esta situación, el gobernador general Warren Hastings en 1772, elaboró un plan de gobierno. Conforme a este plan de gobierno en los ámbitos del derecho de sucesiones, de matrimonio, de castas, y de otros usos o instituciones estrechamente vinculadas a la religión, debería de aplicarse, según el caso, las reglas del derecho hindú o aquellas del derecho musulmán. En otros ámbitos, convenía recurrir al principio de “justice, equity and good conscience”. Esta fórmula legal fue incorporada en un reglamento de 1781, que previó dos tribunales superiores de apelación, uno en materia civil y el otro en materia penal. Esta

---

<sup>5</sup> En esa forma se rechazó la aplicación de leyes inglesas sobre el respeto del asueto del día domingo; las sanciones penales previstas por el derecho inglés en caso de suicidio; la regla inglesa que prohibía a los extranjeros a poseer inmuebles, y otras muchas reglas técnicas del derecho inglés. M.C. Setalvad hace mención a este respecto de “la aplicación selectiva” del derecho inglés: “*The common law in India*”, 1960, p. 53.

<sup>6</sup> No parece que pueda distinguirse, en este tema, entre las provincias administradas directamente por la Corona Británica (que se conocía como British India) y los estados indios. Los estados indios abarcaban, antes de la independencia, un tercio de la superficie total del territorio de la actual India y concentraban al menos un cuarto de la población de la India.

disposición fue retomada en la Indian High Courts Act de 1861 que reorganizó la de justicia en la India.<sup>7</sup>

La situación que prevalecía fuera de las Presidency towns era la siguiente: por una parte el derecho musulmán y el derecho hindú, a los que se les confinó a ciertos ámbitos precisos, carecían del mismo ámbito territorial de validez del que gozaban en las Presidency towns, y por otra parte el derecho que debía ser aplicado como derecho supletorio, a diferencia de las Presidency towns no era el derecho inglés: los tribunales se veían obligados a identificar la regla de derecho aplicable, e identificar cuál era la solución que mejor se adaptaba a los principios de justicia, equidad y de buena conciencia.

Esta fórmula, como lo reseñó correctamente un autor,<sup>8</sup> no tenía por objeto fortalecer la iimportación del derecho inglés. Se reducía a una instrucción simple y práctica destinada a los administradores civiles (Revenue Officers), que no eran juristas, que carecían de todo conocimiento del derecho inglés, pero que se encontraban investidos de la función de administrar justicia. Fue concebida justamente porque la aplicación del derecho inglés no era ni posible, ni deseable en estos territorios; los alegatos jurídicos con frecuencia se expresaban en una de las lenguas de la India.<sup>9</sup> En estos contextos, se aplicaban principalmente, las reglas de derecho que conforme a la apreciación de los administradores, considerando su naturaleza religiosa y otras circunstancias, resultaban ser las más eficaces para administrar justicia; en esa forma se aplicaban reglas de derecho hindú o de derecho islámico y costumbres locales.<sup>10</sup> Cuando los principios jurídicos indígenas resultaban insuficientes o bien por que resultaran incomprensibles para los jueces, se resolvía conforme a la percepción de equidad, inspirada por los fundamentos del derecho inglés y el de su filosofía de la vida.

427. Segundo periodo. La codificación. El segundo periodo se inicia con la Charter Act de 1833, que es el periodo de la codificación. Este vocablo tiene una acepción distinta que el que se emplea en derecho francés.<sup>11</sup> Cuando en Inglaterra se emplea el vocablo codificación se hace referencia a la operación que consiste en poner por escrito bajo una forma ordenada, sistemática y oficial, un conjunto de reglas de derecho: aquellas reglas de derecho no escritas que figuran en un texto determinado, las que provienen de las decisiones de justicia; y aquellas reglas de derecho que figuran en los manuales de derecho y que se adquieren una autoridad específica. Las ideas de Jeremy Bentham se encuentran en los fundamentos mismos de esta acepción de codificación. Los discípulos de Bentham imaginaron que la India era el ámbito ideal para practicar esta idea de

---

7 La distinción entre cortes reales y cortes de la Compañía desapareció desde esa época. Sin embargo, los los términos de los antiguos reglamentos que precisaban como las cortes debían administrar justicia fueron reproducidos en la nueva ley.

8 J.D.M. Derrett, *Justice, Equity and good conscience*, en J.N.D. Anderson, ed. *Changing Law in developing countries*, 1963, 114153.

9 La *regulación* VII de 1852, en la región de Bengala dispone que la fórmula "Justicia, equidad y conciencia" no debe ser interpretada como una justificación para la aplicación del derecho inglés o de cualquier otro derecho extranjero. Importa que los jueces se pregunten, caso por caso, si la regla que pretenden aplicar es la adecuada para satisfacer las exigencias de la justicia de la sociedad hindú.

10 A. Gledhill, *The Republic of India*, 1964, p. 211.

11 D. Anoussamy, *Le droit indien en marche*, 2001, p. 41.

codificación, cuando simultáneamente y paradójicamente esta idea era severamente confrontada por los jueces y abogados ingleses.

La India ofrecía en el plano jurídico una gran diversidad y con frecuencia, extensas lagunas jurídicas. La ocasión era propicia para introducir la ley inglesa y el medio para hacerlo era la codificación.

Un jurista (*law member*), que tenía funciones de verdadero ministro de la justicia se adicionó en 1833 al “consejo de los tres miembros” que asistía al gobernador general en el gobierno de la India.<sup>12</sup> La primera personalidad nombrada para este puesto, el futuro Lord Macaulay, era un ferviente admirador de Bentham, de sus ideas y de la codificación, que por otra parte estaba prevista en el artículo 53 de la Charter Act. Una primera Comisión bajo su presidencia, emitió un informe en el que se sugería la elaboración de tres códigos: un código exponiendo sistemáticamente las reglas del derecho musulmán, un segundo código exponiendo las reglas del derecho hindú, y un tercero exponiendo las reglas del derecho territorial (*lex loci*), aplicables en todos los ámbitos en donde no tendría aplicación ni el derecho hindú, ni el derecho musulmán.

En lo que concierne al derecho territorial, Lord Macaulay decidió comenzar por el derecho penal. Consideró el derecho penal inglés de su época como anacrónico e infamante. Su informe en la parte introductoria del código contenía por igual reproches en relación al derecho musulmán, al derecho hindú y al derecho inglés.<sup>13</sup> Su intención era elaborar un Código Penal que fuese independiente de todo sistema legal existente. Bentham había ya dibujado sus contornos en su “Specimen of Penal Code”. Sin embargo, el Código Penal hindú de 1860, elaborado por juristas ingleses, cuando se concluyó su elaboración resultó ser un código fundado en el “*common law*”. Está sin discusión que tiene el enorme mérito de superar las soluciones obsoletas del derecho inglés, pero continuaba gobernado sobre los conceptos y la manera de pensar de los juristas ingleses; por esta razón resulta válido considerarlo, cómo un verdadero Código Penal modelo inglés.<sup>14</sup>

Las proposiciones hechas por esta primera comisión de codificación, y especialmente el proyecto de Código Penal, no llegarían a feliz término. Los juristas del “*common law*” presentían el grave peligro que significaba para ellos la codificación, lo que intensificó sus resistencias, a pesar que el código debía ser elaborado exclusivamente para la India. El Código Penal hindú elaborado con tanto entusiasmo por Lord Macaulay jamás fue promulgado. En cuanto a los códigos relativos al derecho hindú y al derecho musulmán, que igualmente suscitaban graves objeciones de todas partes de la sociedad, no tuvieron tampoco viabilidad.

En 1853, la codificación tuvo una nueva oportunidad. A este efecto se constituyó una segunda comisión. Ésta abandonó los proyectos relativos a los derechos hindú e islámico y concentró sus esfuerzos en la elaboración de una *lex loci*.<sup>15</sup>

---

12 A diferencia de Inglaterra, existe todavía en la actualidad en la India un ministro de la justicia (*minister of law*).

13 Ya se había estimado necesario en 1793 (*Cornwallis Code*) y en 1827 (*Elphinstone Code*) reformar profundamente el derecho penal, que había calificado como bárbaro y que abría un gran espacio a la arbitrariedad.

14 M.C. Setalvad, *The common law in India*, 1960, 127-128; Sir G.C. Rankin, *Background to indian law*, 1946, p. 208.

15 La comisión observó en 1882, muy atinadamente que el Código de derecho islámico carecía de posibilidades serias de adoptarse, precisamente por la misma naturaleza de este sistema de derecho. La Comisión recomendó que el legislador no comprometiera su propia autoridad en una obra de tanta polémica.

La conmoción provocada por la revuelta de los sipahis<sup>16</sup> de 1857 aceleró el proceso. El año siguiente el gobierno de la India, que estaba administrado por la Compañía de las Indias, fue puesto de inmediato bajo la autoridad directa de la Corona Británica. Un Código de Procedimientos Civiles fue promulgado en 1859, un Código Penal en 1860, un Código de Instrucción Criminal en 1861. De 1865 a 1882 leyes importantes, a las que no fueron denominadas códigos, fueron promulgadas en el ámbito del derecho civil o del derecho mercantil. En este análisis resulta conveniente precisar que, si bien el vocablo “codificación” indica una acepción específica en el derecho inglés; la palabra “código” por el contrario tiene el mismo valor en francés. El jurista inglés Whitley Stokes, Law Commissioner, reunió estos códigos y estas leyes, que publicó en dos volúmenes titulados “Anglo-indian Codes” en Oxford en 1887.

A pesar de todos estos esfuerzos una materia tan importante como la responsabilidad civil permaneció fuera del ámbito de la codificación. El proyecto elaborado por sir Frederick Pollock en 1886, no llegó a feliz término. El movimiento codificador empezó a gestar en el interior de la India una creciente oposición. La prensa india y la prensa anglo-india convergieron en denunciar que a la India, se le tomaba cómo un terreno propicio de experimentación y que se imponían a un país económicamente débil, gastos onerosos, cuyo ahorro quería economizarse la metrópoli. Por otro lado, el movimiento de independencia se intensificaba y el movimiento de codificación se paralizó.<sup>17</sup>

Si bien la percepción interna fue de claro rechazo, en el exterior la codificación en la India fue muy apreciada. Los Códigos indios sirvieron de modelos para ser traspuestos a otros dominios del imperio inglés. La propia Inglaterra traspuso ciertas disposiciones de la Indian General Clauses Act de 1868, para incorporarlas en su Interpretation Act de 1889. El arte legislativo en lengua inglesa se benefició considerablemente del esfuerzo alcanzado en la India. La codificación india es una etapa importante del derecho anglosajón y la India aprendió a utilizar con destreza la herramienta legislativa moderna.

428. Recepción del derecho inglés. Por efecto de estas diversas leyes, que fueron elaboradas por juristas ingleses e incluso frecuentemente en Londres,<sup>18</sup> la esencia del derecho inglés fue introducida en la India. El resultado esperado por los militantes de la codificación no se obtuvo; su objetivo era obvio: poner a disposición de los juristas textos legislativos que les ahorraran el trabajo delicado y difícil de la búsqueda de precedentes. Para su infortunio en 1861 la administración judicial fue reorganizada. Los jueces debían en lo sucesivo ser profesionales, formados e instruidos en el *common law*. Para persuadir la convicción del juez, los abogados se esforzaban en identificar, en las compilaciones inglesas, precedentes que favorecieran a su causa; los juristas estaban incluso poco habituados a desentrañar de manera lógica, la regla de derecho del texto mismo de la ley. Pero igualmente los jueces mostraban una gran reticencia en interpretar un texto de ley y en renunciar a su función creadora de derecho. En esa forma, si en apariencia se

16 Nota del traductor. El nombre de cipayes o sipahi se le daba a los soldados reclutados por los británicos al mando de europeos. La revuelta tuvo lugar en 1857 y tomaron Dehli e Allahabad. Este evento se conoce en Occidente como la revuelta de las sipahis. Fueron vencidos en marzo de 1858 por las tropas británicas. El nombre de sipahi proviene de la palabra hindú spahi.

17 David Annoussamy, La codification dans l'Inde moderne en *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 3 y 4, enero-junio 1986, p. 116.

18 La segunda comisión sesionó en Londres entre los años de 1853 a 1855.

fundamentaban en los Códigos anglo-indios, en la práctica aplicaban el *common law*. En ese extremo el Privy council hubo de intervenir para reconvenir a los jueces que debían de abstenerse de aplicar de manera pura el *common law* inglés. Los jueces se esforzaron en lo sucesivo en aplicar las reglas contenidas en los códigos cuando divergían de la regla inglesa. Sin embargo, cuando en ellos había una laguna, los jueces aplicaban el derecho inglés. De manera general, los jueces se fundaban en la fórmula de Warren Hastings (justice, equity and good conscience) fórmula que se convirtió en un pretexto para la aplicación de la ley inglesa.<sup>19</sup>

Por otro lado, puede constatarse que, ciertas concepciones propias al derecho hindú, se mantuvieron. En este contexto sobresale la regla de “dandupat”, conforme a la cual, los réditos no pueden en ningún momento totalizar un monto superior al del capital. La recepción de esta regla se hizo, a pesar del contenido de la Indian Contract Act de 1872, por las jurisdicciones de Calcuta y de Bombay (hoy Mumbai). Por el contrario, la jurisdicción de Madras aplicó rigurosamente la nueva ley y consideró que la regla de “dandupat” estaba implícitamente abrogada. Aún así, el Gobierno de Madras la puso en vigor para las deudas de explotaciones agrícolas, mediante una ley de 1938. Esta regla fue después confirmada por la Suprema Corte y su validez se volvió incontestable.<sup>20</sup>

429. Elementos constitutivos de los códigos. Los códigos y las leyes que fueron elaborados para la India, en los tiempos de la dominación británica, estaban indubitadamente fundados en el derecho inglés. Sin embargo, el análisis no debe limitarse a esta fuente; el proceso de codificación involucró ciertas transposiciones. Los autores del Código Penal declararon que habían sido influenciados en su elaboración por el Código Penal francés<sup>21</sup> y por el Código Penal de la Luisiana, confesión que hubiera debido ser cuidadosamente evitada en la Inglaterra de esa época. El proyecto de Código Civil del Estado de Nueva York, elaborado por Dudley Field, fue una fuente de inspiración de ciertas disposiciones de la ley sobre los contratos. El Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nueva York, inspirado del Código de Procedimientos Civiles de Luisiana, sirvió como modelo del Código de Procedimiento Civil hindú. Lo que resulta igualmente un hecho incontrovertible, es que las trasposiciones específicas fueron poco numerosas; los códigos extranjeros fueron de un auxilio invaluable para los redactores en su labor, les sirvieron de guía, y les proveyeron de clasificaciones o nociones, que les evitaron cometer errores frecuentes.

Las particularidades de la India fueron igualmente tomadas en cuenta en la codificación. En esa forma resulta explicable que el Código Penal, se haya proveído de una pena severa para la profanación de un lugar de culto y que se haya introducido una disposición, que hacía inaplicable para las estatuas de templos la regla que sancionaba las representaciones plásticas. El Código de Procedimiento Civiles descarta deliberadamente el jurado en materia civil.<sup>22</sup> En el derecho de los

---

19 M.C, Setalvad, “*The common law in India*”, 1960, pp. 69-86.

20 *Hukam Chand v. Fulchand*, A.I.R., 1965, S.C., p. 1692.

21 M. Anantanarayanan y V. Balasubramanyam, Criminal law in India, *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, 8-9, 1957, pp. 1949-1955. De hecho la influencia escocesa prevaleció sobre cualquier otra influencia extranjera en la materia.

22 En materia penal el jurado se impuso por el Código de Procedimientos Penales únicamente en las Capitales. El Código dejó a cada provincia la libertad de admitir o rechazar esta institución, conforme a su mejor criterio. La

contratos se identifican las reglas de derecho relativas a la violencia, a la cesión de derechos litigiosos, a la asistencia dada a los litigantes, a las cláusulas restrictivas de la libertad comercial; en la ley sobre el derecho sucesorio, es de percibirse la supresión de toda distinción entre real y personal property, la desaparición de la causa de las liberalidades, y la simplificación de las formas testamentarias, propias del derecho inglés.

430. Pertenencia a la familia del *common law*. No obstante las múltiples reformas que se hayan introducido, y a pesar de la promulgación de un sinnúmero de leyes, resulta indubitable que el derecho de la India, pertenece a la familia del *common law*.

En efecto, su pertenencia a esta familia proviene de su terminología y de sus conceptos. Las soluciones del derecho indio, pueden no ser aquellas del derecho inglés, pero se insertan en los contextos y hacen uso de conceptos propios del del *common law*. La mayoría de las clasificaciones y de las nociones, propias del derecho tradicional de la India, desaparecieron.<sup>23</sup>

En segundo término, el derecho indio se vincula al *common law*, por sus técnicas, y por la concepción misma que tiene de la regla de derecho. Que haya habido un movimiento de codificación del *common law*, no varía en un ápice esta aseveración. Se emplean los códigos anglo-hindús, de la misma manera como se emplean los materiales legislativos en los países del *common law*.

La regla del precedente está plenamente admitida, y ha llegado incluso a ser oficializada como jamás lo fue en la propia Inglaterra. El artículo 212 de la Government of India Act de 1935, así lo dispone. Las recopilaciones oficiales de precedentes jurisdiccionales, se han venido publicando en la India a partir de 1845, y organismos privados han continuado publicando numerosas compilaciones.

La India se vincula además al *common law* por la concepción de la función judicial, por la importancia atribuida a la administración de la justicia y al procedimiento, y por la preeminencia acordada al derecho (rule of law). Los juristas indios estiman que el procedimiento inglés es el medio para la consecución de una solución justa en cuanto al fondo de la controversia. La psicología de los abogados y jueces, es similar por otra parte, al de los abogados y jueces ingleses, y el mismo prestigio está asociado a la función judicial. La misma eminente función se atribuye, en India como en Inglaterra, al Poder Judicial que implica la negación de una distinción entre derecho público y derecho privado: las cortes deben ejercer un control general sobre toda controversia, sin que deba distinguirse si el autor de la trasgresión es un particular o un servidor público.

431. Las diferencias con el derecho inglés. No es necesario llevar estas conclusiones al extremo. Existen elementos que, desde el principio han diferenciado profundamente los derechos de Inglaterra y de la India. Los redactores no temieron en introducir en sus códigos y sus leyes reformas que estiman deseables en el derecho inglés. En la ley de los contratos, verbi gratia se

---

práctica de hecho varió enormemente en este tema. Una comisión constituida en 1955 recomendó la abolición del jurado, "práctica inglesa que no se desarrolló y no enraizó en la India."

<sup>23</sup> Véase las instituciones erigidas en 1883 descritas por Mr. Justice Field. sir G. Rankin concluye que no había nada de indio ni de oriental en los Códigos de la India, véase *Background to Indian Law*, 1946, p. 139.

han dado soluciones originales a los contratos formales, a la imposibilidad de la ejecución contractual y a la responsabilidad contractual.

La distinción inglesa del *common law* y de la Equity no se observa en la India. Esto se explica fácilmente. En la India no existen jurisdicciones especiales para aplicar las reglas de la Equity. Las mismas cortes tuvieron siempre competencia para aplicar en forma simultánea el *common law* y la Equity. De manera natural y en forma súbita se produjo en India, la situación prevaleciente en Inglaterra después de las Judicature Acts de 1873-1875: al *common law* y a la Equity se les consideraba en un sistema único; conforme a la fórmula de un juez, la Equity encontró su lugar en la India en el *common law*, y no en oposición con el *common law*.<sup>24</sup> Una de las consecuencias de la fusión del *common law* y de la Equity es la diferente forma de conceptualizar al “trust” (fideicomiso) en la India. La terminología jurídica de la India hace caso omiso, en esta materia, de la distinción inglesa de los derechos (legal rights) y de los intereses protegidos (equitable interests); para el jurista hindú, si bien la propiedad pertenece al fiduciario (trustee), el beneficiario del trust (fideicomiso) es titular de un verdadero derecho.

La Specific Relief Act de 1877 refleja igualmente la originalidad del derecho indio. Esta ley amalgamó reglas de derecho que, en razón a su diferente origen, tenían para los juristas ingleses un cierto carácter heteróclito: reglas de la Equity, que tienen características similares a la ejecución en especie de las obligaciones contractuales, o bien la rectificación o la anulación de actos escritos, que son creadores de derechos y obligaciones o reglas de derecho que conciernen a las órdenes que una corte de *common law* puede librar a la administración gubernamental (mandamus).

Por lo que el derecho indio, desde su origen, presentaba características singulares en relación al derecho inglés. Su originalidad no ha dejado de acentuarse ya que fue confrontado intensamente con las realidades indias y en la actualidad es obra de los juristas indios.

432. La independencia: nuevo impulso jurídico. La independencia de la India no conllevó un cuestionamiento de las concepciones que se habían implementado en tiempos de la dominación británica, y por consiguiente no puso en riesgo la obra legislativa que hasta entonces había sido elaborada. La Constitución de la India de 1950 dispuso la conservación del orden jurídico anterior y con él de todas las leyes promulgadas con anterioridad (artículo 372). La Suprema Corte de la India en 1954 determinó únicamente que toda ley vigente en la India, que hubiese sido promulgada con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, carecería de toda validez posterior, si fuese incompatible su contenido con el estatuto de Estado independiente de la India. El Gobierno indio se dio a la tarea de realizar un inventario de todas las leyes inglesas en vigor hasta el advenimiento de la independencia; este inventario comprendía todas las leyes aplicables a los dominios del Imperio británico, del que la India formaba parte. La British Statutes Repeal Act de 1960, decidió conservar 150 de esas leyes.

A partir del advenimiento de la independencia, la India experimentó un importante movimiento legislativo. Se requería en forma imperiosa superar las carencias legislativas del fin del periodo del dominio inglés, que había sido alterada por el movimiento de independencia; se requería traducir en textos legislativos las ideas que se habían madurado durante el movimiento de

---

<sup>24</sup> M.C. Setalvad, *The common law in India*, 1960, p. 57 “In India equity worked through and not in opposition to the *common law*”.



liberación. Existían otras razones para ello, y ciertamente no de menor importancia; la gama de atribuciones legislativa concentradas en un amplio número de órganos habilitados para promulgar leyes: por una parte el parlamento central incluyendo la Cámara del Pueblo y el Consejo de Estados, y por otra parte las asambleas legislativas de las veinticinco entidades federativas que constituyen la Unión hindú. La Constitución determina con precisión, un enunciado de las materias respecto de las cuales el parlamento central tiene competencia para legislar y aquellas en las que las asambleas de las entidades federativas resultan competentes. El enunciado del parlamento central contiene noventa y siete títulos, en tanto que el de las asambleas legislativas se reduce a sesenta y seis. Las materias que en forma expresa no estén atribuidas a las entidades federativas, reza el principio constitucional, se entienden de la competencia del parlamento central.<sup>25</sup> En caso de controversia en relación a la determinación del sistema competencial legislativo, los tribunales serán los que deberán dirimir estas controversias.

A lo anterior existen atribuciones concurrentes que contienen cuarenta y siete títulos. En este ámbito, cuando sólo uno de los órganos legislativos ha ejercido su poder, su legislación es la que debe prevalecer. En el caso de que ambos órganos legislativos hayan ejercido su atribución legislativa, en principio es la legislación del estado la que debe prevalecer; pero en caso de contradicción de disposiciones, prevalece la del parlamento central. Sin embargo, si la ley de un estado es posterior y adicionalmente recibió la aprobación del presidente de la República, ésta es la que debe prevalecer sobre la ley promulgada por el Parlamento central. Sin embargo, es permisible que el Parlamento Central pueda modificar esta ley, en la parte que estime necesaria. Estas reglas constitucionales, sin discusión, constituyen todo un desafío para el jurista.

Por otra parte, si el Consejo de estados determina, por una resolución votada por la mayoría de dos tercios, que el interés nacional lo exige, el Parlamento Central puede legislar sobre cualquier materia, que resulta propia del enunciado de las atribuciones legislativas reservadas a los estados, ya sea para el país en su conjunto, ya sea para uno o varios estados. Esta resolución tiene una validez de un año, pero puede ser renovada, en caso de que prevalezcan las mismas condiciones. Al Parlamento Central se le confieren las mismas atribuciones en el caso de que se decrete un estado de emergencia. En ambos supuestos, los estados pueden promulgar leyes sobre los mismos ámbitos; sin embargo toda disposición que contengan estas leyes, que resulte contraria a la ley, promulgada por el Parlamento Central, carecerá de efecto en tanto que ésta última continúe en vigor. En conclusión, si bien es cierto que los estados tienen sus propia atribuciones legislativas, su poder se desvanece cuando el Parlamento Central determina hacerlas propias.

Esta tendencia se acentúa por las convenciones internacionales ratificadas por la India. Las entidades federativas que constituyen la Unión India, carecen de personalidad jurídica en el ámbito internacional; solo la Unión puede suscribir convenciones internacionales y someter las relaciones de los organismos interesados, en el ámbito de su aplicación. Cuando estas convenciones internacionales se invocan ante los tribunales, éstos se rehusaban a aplicarlas, ya que consideraban que su competencia se limitaba a la aplicación de las leyes vigentes en el país, aunque pocas convenciones internacionales, habían revestido la forma de leyes promulgadas por el Parlamento Central. Por lo que ciertos tribunales de mayor jerarquía han decidido la aplicación directa de las convenciones internacionales. Aún así este aspecto era controvertido. La Suprema

---

<sup>25</sup> David Annoussamy, Les sources du droit dans l'Inde, *Revista de derecho comparado*, Sociedad de Derecho Comparado, Pondichéry, vol.II, pp.1 y ss.

Corte de la India determinó últimamente que las convenciones internacionales regularmente ratificadas, que no sean contrarias a las leyes del país en la materia y al espíritu de la constitución, eran aplicables.<sup>26</sup> Es en esa forma como la aplicación del derecho internacional uniforme en la India va a extenderse.

Incluso las leyes promulgadas por los órganos legislativos indios, la influencia de leyes extranjeras, particularmente las que provienen de países anglosajones, permanece perceptible. En efecto, la agencia gubernamental competente para elaborar los proyectos de ley en diferentes ámbitos, pondera en primer término la legislación prevaleciente en los países pertenecientes a la Commonwealth. En esa forma elige la legislación que mejor satisfaga los intereses indios y la adopta con las modificaciones que estime pertinentes. En esa forma el Parlamento Central realiza ahorros sustantivos en la elaboración de una ley ab nihilo y no se ve obligado a tener que justificar las disposiciones de esa ley, que ha sido ampliamente aceptadas por su precedente extranjero. Así, por el simple hecho que las leyes se continúen formulando en la India en el idioma inglés, el derecho de filiación inglesa se manifiesta expresamente en el país.

433. Derecho constitucional. Aunque la influencia del derecho inglés sea innegable, el país se encaminó hacia un derecho diferente del vigente en Inglaterra. La primera nota distintiva, puede observarse en el derecho constitucional de la India.<sup>27</sup> La India adoptó una Constitución escrita muy elaborada que contiene 395 artículos y 12 apéndices. La India se constituyó en una Unión de entidades federativas y se aproximó en este sentido a la Constitución de los Estados Unidos de América. Pero los estados de la India pueden difícilmente ser comparados con los estados de los Estados Unidos de América. La unidad del idioma constituye un vínculo muy sólido en los Estados Unidos de América que no existe en la India. Antes al contrario después de la independencia, las entidades federativas fueron reconstituidas bajo una base lingüística; en esta forma cada entidad federativa de la India tiene su propia identidad y su propio idioma oficial. A este respecto la India se asemeja más a la Unión Europea que a los Estados Unidos de América.

Las relaciones entre los estados y la Unión no fueron reguladas de la misma manera que en los Estados Unidos de América; sistema competencial legislativo que ya fue descrito en líneas anteriores. Adicionalmente a las autoridades federales de la Unión se les confieren prerrogativas exorbitantes que le permiten interferir en el ámbito interno cuando el gobierno de un estado no satisfaga las condiciones de funcionamiento exigidas por la Constitución. Esta interferencia es sumamente importante; le permite disolver tanto al gobierno en funciones, como al órgano legislativo del estado. Esta disposición constitucional está prevista para enfrentar situaciones de excepción. Sin embargo, esta disposición ha sido pervertida por el propio gobierno de la Unión que la ha utilizado para deponer a los gobiernos de los estados, cuando eran dirigidos por un partido diferente al del gobierno de la Unión. La utilización de ésta disposición ha sido frecuente y abusiva al grado que creó un movimiento de opinión a favor de la abrogación de este poder constitucional.

El único contrapeso al gobierno central, que podría volverse absoluto cuando dispone de una cómoda mayoría parlamentaria, es la jurisdicción constituida por los tribunales de alta jerarquía, con la Corte Suprema de Justicia en su cúspide. Esta función de contrapeso, se introdujo sin que

---

<sup>26</sup> *Vishaka and others v. Rajasthan and others*, 1997, 6 S.C.C.

<sup>27</sup> F. Doré, *La République indienne*, 1970.

al efecto se haya reflexionado previamente sobre ella, y sin que los protagonistas se hayan percatado de ello. Los tribunales de mayor jerarquía y la Suprema Corte de Justicia de la India, están investidos del poder de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes y han ejercido plenamente este poder. La ley puede ser impugnada en todo momento, por una persona individual, en el curso de un proceso, lo que pone en un constante predicamento al conjunto de las leyes en vigor. En general son las leyes promulgadas en épocas recientes (que pudieran implicar un riesgo para los derechos adquiridos, las que están sujetas a ese control constitucional. Aún así, se ha dado el caso de que la legislación de épocas pretéritas pueda ser igualmente cuestionada por los particulares ante los tribunales. En esa forma la Travancore Christian Succession Act de 1916 fue abrogada por no respetar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho de sucesiones.

El Parlamento tiene el poder de modificar toda disposición constitucional que pudiere obstaculizar su obra legislativa. En efecto, el artículo 368 de la Constitución de la India prevé que una disposición constitucional puede ser modificada por la mayoría de cada una de las dos cámaras y la mayoría de dos terceras partes de los miembros presentes de cada cámara. Esta mayoría calificada se reúne fácilmente y con ello el Parlamento ha podido hacer fracasar algunas resoluciones de inconstitucionalidad pronunciados por la Suprema Corte de Justicia. Mientras que la Corte Suprema, fundándose en la concepción misma de la Constitución, en el ánimo de fortalecer su contrapeso, ha extendido su facultad de fiscalizar las mismas reformas constitucionales.<sup>28</sup>

Esto ha dado lugar a un gran forcejeo entre el Parlamento y la Suprema Corte de Justicia. El forcejeo llegó a su paroxismo cuando el parlamento afirmó solemnemente su supremacía y agregó a la Constitución una disposición, conforme a la cual ninguna reforma constitucional podía ser recurrida ante la jurisdicción.

Sin embargo el partido político que había aprobado estas controvertidas disposiciones constitucionales perdió las elecciones siguientes. Los adversarios de la adopción de estas controvertidas disposiciones constitucionales, una vez en el poder las abrogaron. Fue en esa forma como la Suprema Corte de Justicia pudo consolidarse como un verdadero poder en la India. La Suprema Corte de Justicia posee un poder considerable para controlar no solamente la actividad legislativa, sino también la actividad constituyente proveniente de los agentes políticos.

434. Poder Judicial y regla del precedente. En la India no existe una organización judicial diferente para la Unión y para los estados. Es una sola organización judicial que tiene en la cúspide a la Suprema Corte de Justicia, así como en las ciudades capitales de los grandes estados, cuyo mandato es vigilar tanto la aplicación de las leyes federales como las leyes de los estados. Los jueces de la Suprema Corte de Justicia, así como las de los tribunales de mayor jerarquía son designados por el presidente de la República después de un proceso de consulta, los demás jueces son nombrados en los estados por recomendación de los tribunales de mayor jerarquía.<sup>29</sup>

En la India existe una sola jurisdicción, a diferencia de Francia, en donde coexisten dos categorías diferentes de jurisdicciones, las jurisdicciones administrativas y las jurisdicciones ordinarias. Aunque existen un sinnúmero de tribunales especializados, de tal suerte que cada ley

<sup>28</sup> *Kesavananda Bharathi v. State of Kerala, A.I.R., 1973, S.C., p.1961.*

<sup>29</sup> D. Annoussamy, *Le droit indien en marche*, 2001, pp. 113 y ss.

que se estima importante, crea una jerarquía de tribunales, cuyo mandato es asegurar su plena aplicación. Así a cada ámbito se le provee de jurisdicciones especializadas, que se ocupan de resolver las controversias que emergen de la observancia de la ley. En todo caso las resoluciones de estos tribunales están sujetas al control de legalidad de los tribunales de mayor jerarquía de cada estado, con un nuevo recurso posible ante la Suprema Corte de Justicia. A estos niveles la unidad de la administración judicial se encuentra realizada.

En aquellos ámbitos en los que no hubiere un tribunal especializado encargado de resolver las controversias, los actos propios de la Administración pública pueden ser impugnados directamente ante los tribunales de mayor jerarquía en los estados. Los actos propios de la Administración pública son susceptibles de ser controvertidos por transgresiones a la Constitución o por su ilegalidad. Como los tribunales han extendido considerablemente el contenido de los derechos fundamentales, que enuncia la Constitución, les es posible invocar, en cada especie la trasgresión de una disposición constitucional. A veces no se busca siquiera, si hubo una violación a un artículo, y se limita a invocar mecánicamente el artículo catorce constitucional relativo a la igualdad.

En caso de inacción por parte del gobierno, la jurisdicción tiene el poder de dictar mandamientos a la administración pública. El actor debe justificar en todo momento su interés legítimo para actuar en la jurisdicción. Sin embargo, se ha aceptado la intervención de un grupo de defensa, en controversias que se suscitan en el interés de una categoría específica de personas. Posteriormente la Suprema Corte de Justicia de la India ha resuelto que todo individuo que actúa de buena fe, y que está motivado por un interés de orden público, podía recurrir a una corte, a fin de impedir la comisión de un acto de injusticia intolerable o de un daño, cuando la víctima carezca de los medios por sí misma, para hacer valer sus derechos. Con motivo de estas controversias, la Suprema Corte de Justicia de la India elaboró todo un programa de acción que llegó a imponer a la Administración pública. Las controversias que se someten en esa forma a los tribunales se les denominan controversias de interés público. Esta clase de controversias son numerosas y variadas: transitan de la protección de especies en peligro de extinción a la eliminación de jueces controvertidos.<sup>30</sup> Esta práctica ha ocasionado un número significativo de problemas; la institución empero, pudo arraigarse. Aún cuando se recurre a ella con circunspección, presta grandes servicios a una sociedad que se distingue por una gran desigualdad y donde el acceso a la justicia resulta todo un privilegio. Esta nueva institución, si bien no puede por sí misma eliminar la explotación del ser humano y la degradación de la naturaleza, resulta ser un excelente vehículo para ventilar públicamente atrocidades ocultas y ciertos actos de vandalismo. Esta institución realza ante la conciencia gubernamental y de la opinión pública, problemas que tradicionalmente han sido soslayados. Muy probablemente ciertos litigios de interés público han podido evitar manifestaciones de violencia.

La Suprema Corte de Justicia también ha desarrollado una función directa en el ámbito legislativo para suplir las carencias del Parlamento Central especialmente cuando se muestra reticente de promulgar leyes que requiere el interés público, pero que tienen una alta dosis de impopularidad. En esta forma *verbi gratia* cuando surgió la necesidad de legislar en materia de adopción, con el propósito de salvaguardar los intereses de los menores adoptados por extranjeros, el gobierno decidió proceder mediante la promulgación de una legislación en este

---

30 *Mumbai Kamgar Sabha versus Abdulbai*, A.I.R., 1976, S.C., p. 1465.

ámbito. La iniciativa de ley no fue posible aprobarla por la férrea oposición de los islámicos, que se habían opuesto a toda idea de adopción, creadora de un vínculo de parentesco. Cuando se recurrió a la Suprema Corte de Justicia para dirimir esta parálisis, la Corte elaboró consecuentemente una reglamentación detallada de adopción internacional.<sup>31</sup>

Estas resoluciones se imponen a los tribunales en virtud del artículo 141 de la Constitución que dispone que toda regla de derecho elaborada por la Suprema Corte de Justicia resulta vinculante para todas las jurisdicciones de la India. Se podría ver ahí el fundamento constitucional de la regla del precedente. Sin embargo, estas dos nociones no se excluyen completamente. En efecto, la Corte Suprema ha precisado que incluso sus obiter dicta son vinculantes para los tribunales del país.

Los tribunales de mayor jerarquía que no se benefician de esta regla constitucional; se fundamentan en la regla del precedente para vincular y en su caso exigir de los tribunales de menor jerarquía, la observancia de sus resoluciones. Toda tentativa de apartarse de este criterio, se le ha considerado como un verdadero acto de insubordinación. Al margen de esta amenaza, los jueces de jurisdicción de jerarquía inferior, conforme a sus tradiciones, se inclinan a respetar las resoluciones decisiones existentes.

Sin embargo, en la práctica la regla del precedente, no se impone por si sola en consideración a diferentes razones. La primera, versa sobre el hecho, que desde la independencia, hubo un flujo continuo de leyes socioeconómicas para las cuales se carecía de regla de precedente. Los jueces se vieron obligados a referirse a la ley directamente. En segundo término, el número de resoluciones de los tribunales de mayor jerarquía y de la Suprema Corte de Justicia es de tal magnitud, que le es difícil a un juez conocer suficientemente el estado actual de la jurisprudencia, ante la ausencia de un sistema computarizado. La tercera razón, radica en que las diversas cámaras de los tribunales de mayor jerarquía e incluso de la Suprema Corte de Justicia emiten resoluciones con frecuencia contradictorias, lo que consecuentemente ofrece al juez una enorme libertad de elección. Finalmente los procesos que se desahogan ante tribunales de jerarquía inferior son revisados con tal retraso que los jueces de estos tribunales no deberían de albergar ninguna sospecha de los tribunales de mayor jerarquía, ya que sus resoluciones al pronunciarse con tal retraso posibilitan la jubilación del juez del conocimiento, antes que el tribunal de alzada hubiera pronunciado su decisión. Resta por mencionarse, que la técnica de las distinciones, se emplea recurrentemente. En esta forma, el juez indio reencuentra su tradicional libertad de acción.

435. Consideraciones finales. El sistema jurídico indio ha sido desde su inicio sumamente complejo. La sucesión de una centena de Dharmasastras fracasó en la consecución del objetivo de uniformizar la legislación. En forma por demás inteligente sus autores evitaron esta uniformidad. Inglaterra gobernada por su tradición de ley commune intentó someter a la India a su propio derecho, a través de la codificación, sin conseguirlo.

El sistema indio, tal cual se presenta hoy en día, es difícil de ser catalogado. Por el contrario, está en plena evolución. No obstante ello, se pueden identificar cuatro notas distintivas que lo caracterizan. La primera es la preminencia de los textos de ley. La segunda es la continuación del

---

31 David Annoussamy, “*La justice en Inde*” en Les Cahiers de l’Institut des Hautes Études sur la Justice, febrero de 1996.

*common law* no tanto por su contenido, como por sus métodos de trabajo: consulta de precedentes, conducción de debates durante el proceso, redacción de resoluciones. La tercera es la función que asume el juez: creación de reglas de derecho, ante la ausencia del legislador e incluso, en ocasiones en su contra. Finalmente, el juez indio tiene la tendencia de poner el derecho al servicio de la justicia, tal y como le resulta de las mismas circunstancias del caso.