

CAPÍTULO QUINTO

CAMBIOS ESTRUCTURALES EN EL SISTEMA JURÍDICO JAPONÉS DE LA POSGUERRA

Conforme a la Proclamación de Postdam, aceptada por el gobierno japonés el 14 de agosto de 1945 al rendirse incondicionalmente, el 4 de octubre del mismo año el Comando Supremo de los Poderes Aliados dio instrucciones al ministro Konoe —responsable del gobierno para cuestiones constitucionales— para que la Constitución fuera sustancialmente reformada de inmediato.⁵³¹ El cuartel general exigía la eliminación de los poderes del *tenno*, el establecimiento del principio de responsabilidad parlamentaria, la democratización de la Cámara de Diputados y la ampliación de sus funciones, la independencia judicial, la facultad de acusar y destituir a los funcionarios, el reconocimiento de los derechos individuales, y la supresión del Consejo Privado de Estado.⁵³²

En enero de 1946, la comisión que presidía el ministro Matsumoto Oyi para hacer las correcciones necesarias con el objeto de suprimir los principios antidemocráticos —tanto implícitos como explícitos— de la Constitución Meidiyi, entregó su proyecto de Constitución. Su redacción no satisfizo al Comando Supremo, porque en el ambiguo documento se conservaba el sistema militar cambiándole el nombre; se reconocía al *tenno* como jefe soberano del Estado, conservaba el derecho de nombrar a parte de los miembros del Senado, y en materia militar debía hacerse aconsejar por los ministros. Por esta razón el equipo de McArthur preparó su propio anteproyecto —de hecho una Constitución nueva— y lo presentó al Gabinete para que le sirviera como guía, advirtiéndole que si no era tomado en consideración, haría del conocimiento del pueblo japo-

⁵³¹ Fairbank, John K. *et al.*, *East Asia, the Modern Transformation*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1965, pp. 811-815 y 830-835.

⁵³² Kevenhöster, Paul, *El sistema político de Japón*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 53-56.

nés dicho documento antes de las elecciones previstas para la primavera de 1946.⁵³³

Los principios en los que se basó el guión preparado por el Comando Supremo fueron, acabar para siempre con el sistema ancestral; conservar la monarquía como concesión al gobierno japonés, pero sujeta a la voluntad del pueblo, y sin que el *tennoo* ejerciera ningún poder gubernamental; erradicar la guerra para siempre, y crear una democracia parlamentaria. El proyecto no previó una segunda cámara en el congreso porque Japón nunca había sido un Estado integrado por estados miembros, sino un Estado unitario; pero se incluyó el Senado ante la insistencia de los ministros Yoshida y Matsumoto, para garantizar un profundo examen de los proyectos de ley.

Si las reformas de la ocupación fueron asimiladas, se debió a que las estructuras democráticas se levantaron sobre los cimientos preexistentes de la tradición política anterior a la guerra: independientemente de su ideología, los partidos políticos tuvieron sus raíces en los de la democracia *Taishoo*; y las relaciones verticales entre los miembros del Parlamento y sus partidos, los círculos políticos de las prefecturas, y los políticos locales, calcaron el patrón de las que existían antes de la guerra. Asimismo el que la institución del *tennoo* fuera conservada facilitó la transición a la democracia, aunque su reestructuración fue más allá de los planteamientos de *Yoshino Sakuzoo* durante la democracia *Taishoo*, pues llegó a la secularización del Estado.

Cierto que en una purga por categorías, el gobierno de ocupación removió a los elementos sospechosos de haber participado en la expansión capitalista, lo que afectó a todos los que habían tenido puestos directivos gubernamentales o privados durante ese periodo. Esto significó el acceso al liderazgo de una nueva generación cuya formación era la misma que la de sus predecesores, sólo que por más joven, más adaptable al cambio.

Por decisión del Comando Supremo de los Poderes Aliados, todas las reformas del Gobierno de Ocupación fueron llevadas a la práctica por la notablemente eficiente burocracia japonesa.⁵³⁴ Así el régimen de la pos-

⁵³³ Storry, Richard, *A Modern History of Japan*, Middlesex, England, Penguin Books, Harmondsworth, 1970, pp. 250 y 251.

⁵³⁴ Owen Haley, John, "Japanese Administrative Law", en Owen Haley, John (ed.), *Contemporary Japan*, Dubuque, Iowa, Kendall/Hunt, 1988, p. 42.

guerra perpetuó el control de la política nacional ejercido por ella, que si bajo la Constitución Meidiy había seguido los dictados de los militares japoneses, bajo el nuevo orden lo hacía respecto al ejército de ocupación. Aunque también es posible que no se limitara a obedecer a las autoridades de la ocupación,⁵³⁵ sino que aprovechara su participación en el diseño del sistema jurídico para burlar los intentos de reforma, y mantener la supremacía burocrática que los antecedentes confucianos hacían tan natural.

Su posición fue apuntalada además por el consenso nacional, tanto sobre lo perentorio de procurar el crecimiento económico, como respecto a que las acciones tendientes a lograrlo debían ser dirigidas por la burocracia, por lo que en el periodo inmediatamente posterior a la capitulación, los funcionarios japoneses —aunque actuaban conforme a los principios sentados por las leyes de ocupación— adquirieron un predominio inigualado en ninguna democracia capitalista, reforzado por el hecho de que miembros de la elite burocrática crearon los partidos políticos sobresalientes de la posguerra.⁵³⁶

Una vez llevadas a la práctica las reformas estructurales, para fines de 1947 el propósito de la Ocupación estaba cumplido, especialmente considerando la manifiesta intención de los japoneses de aceptar reformas que iban más allá de las planteadas durante la democracia *Taishoo*. Para Estados Unidos prolongar el periodo de ocupación sólo podía provocar reacciones negativas; pero ante la negativa de la Unión Soviética a que se firmara el tratado de paz hubo de continuarla, aunque empezando desde ese momento a trasladar progresivamente al gobierno japonés la toma de decisiones.

Para mediados de 1948 no cabía duda de que los comunistas llegarían al poder en China, y en esas circunstancias un Japón fuerte era necesario como bastión de la política estadounidense para lograr un equilibrio en Asia. Para que su fuerza industrial balanceara el poderío chino necesitaba estabilidad económica, de modo que se abandonó el énfasis en la reforma radical para trasladarlo a la reconstrucción; y en 1951, Estados Unidos y otros cuarenta y siete países firmaron el tratado de paz con Japón.

⁵³⁵ Fingleton, Eamonn, *Japan's Invisible Leviathan*, Nueva York, Foreign Affairs, marzo-abril de 1995, vol. 74, núm. 2, Council in Foreign Relation, p. 77.

⁵³⁶ Owen Haley, John, *Authority without Power*, Nueva York, Oxford Press, 1991, pp. 141 y 142.

I. LEY SUPREMA

Conforme al artículo 73 de la Constitución Imperial Japonesa, una vez aprobado el proyecto —elaborado por *Matsumoto* y *Sato Tatsuo*, jefe de sección en el Gabinete Jurídico—, y revisado por el Comando Supremo de los Poderes Aliados, el soberano, a través del Consejo Privado lo presentó a la Dieta, donde con muy pocos adversarios fue discutido en una sesión constitucional entre el 25 y el 28 de junio, en el curso de la cual se creó una comisión especial presidida por *Ashida* que trabajó hasta el 23 de julio.

El 24 de agosto el proyecto fue aprobado con algunos cambios en la Cámara Baja, el 6 de octubre lo fue en la Cámara Alta con enmiendas, y fue ratificado en la Cámara de Diputados el 7 de octubre.⁵³⁷ El *tennoo* lo promulgó como una enmienda de la Constitución *Meidi* el 3 de noviembre de 1946, presentándola como la voluntad del pueblo japonés actuando por medio de sus representantes debidamente elegidos para integrar la Dieta Nacional.⁵³⁸ Esta nueva Constitución, solemnemente proclamada el 3 de marzo de 1947 por el primer ministro *Yoshida Shigeru* en presencia del Monarca, entró en vigor el 3 de mayo de 1947.

Este ordenamiento es la piedra de toque para establecer la legitimidad de la actividad gubernamental, mantiene la ancestral figura del *tennoo* pero desprovista de todo poder; decreta la renuncia a recurrir a la guerra para dirimir los conflictos internacionales; garantiza los derechos y las libertades individuales del pueblo, *que no abusará de ellos y será siempre responsable de utilizarlos para el bien público*; crea una democracia parlamentaria; establece un ejecutivo responsable ante el poder legislativo; dispone una autonomía limitada respecto a sus asuntos propios para los gobiernos de los pueblos, las ciudades, y las prefecturas; e instituye un Poder Judicial independiente con control sobre la constitucionalidad de las leyes y sobre los actos del ejecutivo.⁵³⁹

La Constitución no define la forma de gobierno que de todo, menos de nombre, es una república democrática.⁵⁴⁰ Dadas las condiciones en que fue

⁵³⁷ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

⁵³⁸ Constitución de Japón, declaración de sanción y promulgación.

⁵³⁹ Takanayagi, Kenzo, "A Century of Innovation, the Development of Japanese Law, 1868-1961", en Von Mehren, Arthur Taylor (ed.), *Law in Japan*, Cambridge, Harvard University Press, 1963, p. 13.

⁵⁴⁰ Storry, Richard, *op. cit.*, p. 251.

establecida debió considerarse imprudente hacerlo, porque en ese momento histórico convenía el mutismo ideológico, evitar definiciones y precisiones que pudieran haber sido motivo de disconformidad cuando se encaraba pragmáticamente el momento de ruptura con el orden ancestral.⁵⁴¹

1. *Carácter simbólico del tennoo*

Desde el instante en el que conforme a las condiciones impuestas por los aliados la forma de gobierno fue determinada por el pueblo japonés, desapareció el antiguo régimen del *tennoo*,⁵⁴² en el que el propio soberano, el Estado, y el sistema de familia estaban inextricablemente unidos y sustentaban el orden moral tradicional. En el rescripto del 1o. de enero de 1946, el mismo *tennoo* se había privado de su carácter de divinidad encarnada de la que derivaban todos sus poderes gubernamentales.

Su categoría de Gobernante Celestial subsistió por respeto a la continuidad histórica, y para evitar mayor confusión política; pero en una situación enteramente diferente: el *tennoo* en el nuevo régimen no es más que el emblema del Estado y de la unidad del pueblo, carácter simbólico que siempre había tenido, pero que durante el régimen Meidiy había quedado oculto por su condición de gobernante omnipotente, aunque de hecho sus privilegios constitucionales hubieran sido en realidad ejercidos por sus asesores.⁵⁴³ La Constitución le quitó únicamente la apariencia de una soberanía que no ejercía —o lo hacía sólo por excepción—; con lo que en realidad terminó, fue con el gobierno de la oligarquía escudada en el *tennoo*.⁵⁴⁴

El *tennoo*⁵⁴⁵ no puede realizar más que *los actos en materia de Estado* —que excluyen cualquiera concerniente al gobierno— que limitativamente enumera la Constitución: nombrar al primer ministro una vez que éste ha sido elegido por el Parlamento, y al presidente de la Suprema Corte designado por el Gabinete; ordenar la publicación de las enmiendas

⁵⁴¹ Valdez, Carlos Hugo y Money, Eduardo Alfredo, “Régimen político-constitucional de Japón”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XIV, núm. 41, mayo-agosto de 1981, p. 657.

⁵⁴² Noda, Yosiyuki, *Introduction au droit japonais*, París, Librairie Dalloz, 1996, pp. 73-77.

⁵⁴³ Takanayagi, Kenzo, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁴⁴ Doré, Francis, *Los regímenes políticos en Asia*, México, Siglo XXI, 1976, p. 356.

⁵⁴⁵ Constitución del Japón, artículos del 1o.-7o.

a la Constitución, así como de las leyes, decretos, y tratados; convocar al Parlamento; disolver la Cámara de Diputados; y proclamar la elección general de miembros del Parlamento.

Asimismo tiene la facultad de corroborar la nominación o revocación de ministros y otros funcionarios públicos, así como la de otorgar plenos poderes y cartas a los embajadores y ministros; la de acreditar la ratificación de tratados y de otros documentos diplomáticos; la de convalidar la gracia general o especial, la atenuación de la pena, y la exoneración de su ejecución, así como la rehabilitación; y las de conceder honores, recibir embajadores y ministros extranjeros, y officiar ceremonias.

Como se observa, el *tennoo* no ejecuta ningún acto por su propio albedrío, todos los que realiza son ajenos a la determinación de la voluntad del Estado, y totalmente nominales, pues no añaden nada al contenido de los actos estatales, cumplen únicamente un requisito protocolario respecto a los que previamente son decididos por los órganos competentes.

La naturaleza jurídica de la institución del *Tennoo* es atípica,⁵⁴⁶ posee algunas particularidades que corresponden a un monarca: el cargo es dinástico —regido por la Ley de la Familia Imperial del 16 de enero de 1947—, tiene un *estatus* diferente al del resto del pueblo, es un órgano que consiste en una sola persona, su autoridad es carismática, y simboliza al Estado. Pero el *tennoo* carece de poder gubernamental —ni siquiera tiene como mínimo Poder Ejecutivo—, y no representa al Estado respecto a otros países, pues esta función corresponde al Gabinete.

Las dos últimas características son de carácter jurídico, en tanto que las restantes son de carácter simbólico. Si se asigna importancia esencial a la faceta simbólica, el *tennoo* es un monarca; no lo es si se da más valor al aspecto jurídico. Y no es un jefe de Estado, porque es el Gabinete el que tiene la representación del Estado en sus relaciones con los poderes extranjeros.⁵⁴⁷

Su naturaleza no es pues comparable a la de un monarca ni a la de un presidente; no gobierna, y tampoco reina: sólo simboliza a la nación. Es una institución nacida de una solución de compromiso para conciliar una tradición ancestral con las necesidades democráticas de una República.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ Miyasawa, M., citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁴⁷ Constitución del Japón, artículo 73.

⁵⁴⁸ Wang, Dominique T.C., *Les sources du droit japonais*, Genève, Librairie Droz, 1978, p. 33.

Después de sesenta y tres años, con la muerte de su majestad Hirohito —Shoowa *tennoo*— en enero de 1989, llegó a su fin la era Shoowa, la más extensa de la historia de Japón, a la que él encabezó y a la que dio nombre. Ese periodo abarca la expansión militarista, la derrota del país, su ocupación, y su recuperación hasta llegar a ser una potencia mundial. Al ascender al trono su sucesor, el príncipe Akihito —Heisei Tennoo—, se abrió una nueva época, la era Heisei.⁵⁴⁹

2. *Renuncia a la guerra*

Aspirando a una paz internacional fundada en la justicia y en el orden, el pueblo japonés renunció a la guerra como un derecho soberano de la nación, y también a la amenaza o al uso de la fuerza como medios para dirimir las diferencias internacionales.⁵⁵⁰ Con este fin la Constitución dispone que no se mantendrán fuerzas terrestres, navales, ni aéreas, ni ningún otro potencial de guerra, y que no se reconoce al Estado el derecho de beligerancia. La cuestión de si prohíbe el derecho a la legítima defensa es controvertido.

El hecho de renunciar a la guerra no niega directamente el derecho a la legítima defensa;⁵⁵¹ pero al prohibir la Constitución mantener fuerzas militares y negar el derecho de beligerancia, implícitamente rechaza toda forma de violencia. Esta interpretación tiene sentido si se considera que las guerras de expansión imperialista se pelearon con el pretexto de defender al país, de ahí que la renuncia a todo tipo de movilización sea razonable.

La Constitución prohíbe expresamente que un militar sea miembro del Gabinete,⁵⁵² precaución necesaria para impedir que se repita el control político castrense; pero mientras dicho ordenamiento no sea reformado, estando absolutamente prohibida la creación de fuerzas armadas no pueden existir militares, por tanto la disposición carece de razón, a menos que se entienda en el sentido de que nadie que hubiera pertenecido al ejército —algo que podía suceder en los primeros años de vigencia de la

⁵⁴⁹ Kaibara, Yukio, *Historia del Japón*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 320.

⁵⁵⁰ Constitución del Japón, capítulo II, artículo 9o.

⁵⁵¹ Yoshida, M., primer ministro, alocución al presentar el artículo 9o. ante el Parlamento, citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 211.

⁵⁵² Constitución del Japón, artículo 66.

Constitución— podía ocupar dicho cargo.⁵⁵³ Pero también puede interpretarse como una aprobación implícita del derecho a integrar un contingente de autodefensa.

Para 1949 la renuncia a la guerra era ya una complicación tanto para Japón como para Estados Unidos, responsable de protegerlo militarmente; en 1950, para mantener el orden interno, Japón estableció la Reserva de Policía Nacional con setenta y cinco mil efectivos.⁵⁵⁴ El 8 de septiembre de 1951 —el mismo día en que se celebró el Tratado de Paz— Estados Unidos y Japón firmaron un tratado de seguridad previendo la permanencia de bases estadounidenses en Japón, así como la obligación de Estados Unidos de defenderlo en caso de necesidad. Pero en el mismo documento se asentó que Japón debía ir asumiendo una responsabilidad cada vez mayor respecto a su propia defensa, de acuerdo con los principios y fines de la Carta de las Naciones Unidas —que reconoce como derecho inmanente de todas las naciones la autodefensa individual y colectiva—,⁵⁵⁵ aunque evitando todo armamento que pudiera ser utilizado para algo que no fuera la preservación de la paz y de la seguridad.

Desde entonces cada vez con mayor rigor Estados Unidos lo ha presionado para que acepte la responsabilidad de su propia defensa, así como para que desempeñe un papel mayor en la de Asia.⁵⁵⁶ La abstención japonesa ha significado una carga para el erario estadounidense, en tanto que ha permitido a Japón mantener una política exterior poco comprometida —ajena a la de una potencia internacional—, y asimismo utilizar todos sus recursos en áreas enteramente productivas, lo que le facilitó en su momento acelerar su recuperación, y posteriormente fomentar su desarrollo económico. Ya en 1953 —en un banquete oficial en Tokio—, el entonces vicepresidente Nixon⁵⁵⁷ reconoció que su país había cometido un error al insistir en que fuera incorporada en la Constitución esa prohibición, que entre los conservadores japoneses siempre ha provocado una irritación extrema.

⁵⁵³ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁵⁴ Fairbank, John K., *op. cit.*, pp. 831 y 832.

⁵⁵⁵ Preámbulo del Tratado de Seguridad y Cooperación Mutua Nipón-estadounidense, citado en “De la independencia a la revisión del Tratado Nipón-estadounidense”, en Michitoshi, Takabatake *et al.*, *Política y pensamiento político en Japón, 1926-1982*, México, El Colegio de México, 1987, p. 314.

⁵⁵⁶ *Economex*, núm. 2, agosto 1984, pp. 27 y 28.

⁵⁵⁷ Story, Richard, *op. cit.*, p. 251.

Añadir fuerzas de mar y aire a la Reserva de Policía Nacional, la convirtió en 1960 en la Fuerza de Autodefensa Nacional, dando inicio a un desarrollo militar que con base en una distinción confusa entre potencial de guerra y potencial de defensa,⁵⁵⁸ paulatinamente se ha alejado del principio constitucional de renuncia a la guerra. Ese mismo año los dos países firmaron el Tratado de Seguridad y Cooperación Mutua Nipón-estadounidense, en el que de acuerdo con el derecho inherente de autodefensa individual y colectiva establecido en la Carta de las Naciones Unidas, y teniendo como condición el respeto a los principios constitucionales,⁵⁵⁹ convinieron las partes en mantener y desarrollar sus respectivas capacidades para oponerse a los ataques armados, mediante la utilización continua y efectiva de sus propios recursos.

La gran mayoría de los japoneses apoya la renuncia a la guerra, y en todo caso tolera la existencia de fuerzas limitadas de auto defensa siempre y cuando no utilicen energía nuclear, no sean geopolíticamente importantes, y no sean percibidas como una amenaza por los otros países asiáticos.⁵⁶⁰ Su presupuesto, desde que en 1976 fue propuesto por el primer ministro Takeo Miki,⁵⁶¹ no ha sobrepasado el uno por ciento del Producto Nacional Bruto. Pero nadie ignora que si lo desea Japón puede convertirse rápidamente en un poder militar mayor —ya es la segunda potencia militar en el este de Asia, sólo superado por China—, y que tal eventualidad complicaría la política regional y mundial, en la que sin necesidad de recurrir a la conquista y el dominio ya ejerce influencia.

Muchos constitucionalistas consideran que las Fuerzas de Auto Defensa son inconstitucionales, y un buen número de juristas abogan por su abolición, o cuando menos su reducción. La cuestión de la revisión constitucional respecto al rearme es una cuestión crucial en la política japonesa, pero hay suficientes razones —como no entrar en una carrera armamentista, y no abatir el presupuesto para desarrollo económico—

⁵⁵⁸ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁵⁹ *Tratado de Seguridad y Cooperación Mutua Nipón-estadounidense*, artículo 3o., citado por Michitoshi, Takabatake, *op. cit.*, p. 341.

⁵⁶⁰ Beer, Lawrence W., "Japan's Constitutional System and its Judicial Interpretation", en Haley, John O., editor, *Law and society in Contemporary Japan*, Dubuque, Iowa, Kendall/ Hunt, 1988, pp. 10 y 11.

⁵⁶¹ Ocaranza Fernández, Antonio, *La política de defensa de Japón*, México, Centro Latinoamericano de Estudios Estratégicos A. C., 1988, p. 32.

para que el país prefiera no correr riesgos, y en consecuencia se abstenga de enfrentar los problemas ligados a un programa de rearme.⁵⁶²

3. *Derechos individuales*

La abolición de los principios tradicionales se consideró lograda al incluir en la Constitución el reconocimiento de los derechos humanos,⁵⁶³ legitimando así un importante cambio en relación con el anterior orden constitucional, pues los reconoce como eternos e inviolables, declara que toda persona será respetada como individuo, y también que los derechos individuales serán la consideración suprema de los legisladores y autoridades públicas en tanto no interfieran con el bienestar público. Éste ha sido definido por la Suprema Corte como el mantenimiento del orden y el respeto para los derechos humanos fundamentales de los individuos, principio que el alto tribunal ha interpretado a modo de justificar una restricción razonable para prevenir el abuso de dichos derechos y armonizarlos con el bienestar público, lo que da a toda ley una presunción de constitucionalidad.⁵⁶⁴

El Estado debe no sólo abstenerse de violar los derechos humanos y las libertades fundamentales, sino que está obligado a promover el bienestar económico y social de los ciudadanos. La Constitución garantiza la igualdad ante la ley, y prohíbe toda discriminación en las relaciones sociales, económicas, o políticas en razón de raza, credo, sexo, *situación social, u origen familiar*. Protege igualmente las libertades económicas; el derecho a la propiedad, con facultades concretas y legales, inviolables pero regidas por una legislación *guiada por el bienestar público*; y los derechos sociales, relacionados con la calidad de la vida socioeconómica, lo que obliga al Estado a expedir leyes que aseguren el bienestar, las condiciones laborales —el derecho a trabajar, a organizarse, a contratar colectivamente, y al establecimiento de salarios, horarios, descanso, y otras prestaciones—, el acceso a la educación común gratuita y obligatoria, y a una educación igual correspondiente a la capacidad de cada persona.⁵⁶⁵

⁵⁶² Kahn, Herman y Pepper, Thomas, *El desafío japonés*, Distribuidora Intermer, 1981, pp. 190 y 194.

⁵⁶³ Storry, Richard, *op. cit.*, p. 252.

⁵⁶⁴ Ito, Masami, “The Rule of Law: Constitutional Development”, en Arthur Taylor von Mehren, *op. cit.* pp. 208-221.

⁵⁶⁵ Constitución del Japón, capítulo III, artículos del 10 al 40.

Reconoce asimismo la Constitución los derechos políticos: todas las materias importantes concernientes a la elección son determinadas por una ley; el voto es secreto; en lo que concierne a las condiciones para elegir o ser electo no puede haber discriminación por ningún concepto; y todo ciudadano tiene la posibilidad de participar en la política como candidato o elector, y la de hacer campaña política. La ley suprema garantiza igualmente la seguridad jurídica, pues nadie puede ser privado de la libertad o de la vida si no es siguiendo el procedimiento establecido en la ley.

Avala también dicho cuerpo normativo las libertades conectadas estrechamente con el principio de soberanía del pueblo: las de pensamiento y expresión —indispensables en un sistema de democracia representativa—, y las relacionadas con las actividades intelectuales, que son las que expresan la personalidad de los seres humanos: las libertades de conciencia y religión —entendida ésta en el sentido de ejercicio de la actividad religiosa—; protege asimismo la libertad de profesión y ocupación:

Sin interferir en el bienestar público, y la de seleccionar sin trabas el lugar de residencia. Estas libertades y facultades garantizadas por la Constitución serán mantenidas por el constante esfuerzo del pueblo, que se abstendrá de cualquier abuso de ellas y siempre será responsable de utilizarlas para el bien de la sociedad.

4. *Poder Legislativo*

Siguiendo el desarrollo iniciado durante la democracia Taishoo, el Parlamento⁵⁶⁶ se considera el más importante de los órganos del Estado porque representa a la nación soberana. Como agente de ella está por encima de los otros poderes estatales, pues tiene facultad para decidir por sí mismo la voluntad general del pueblo sin recurrir a otra autoridad. En este sentido, y como único cuerpo con posibilidad de legislar, la Constitución lo declara órgano supremo del Estado;⁵⁶⁷ sin embargo su voluntad no es absoluta, porque la constitucionalidad de las leyes que decreta se somete al control del Poder Judicial.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ Takanayagi, Kenzo, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁶⁷ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁶⁸ Constitución del Japón, artículos del 41 al 81.

Por otra parte, el hecho de que, sin desligarse de los ministerios de donde provienen, numerosos funcionarios al dejar el servicio militen en un partido político hasta en posiciones de liderazgo —éste ha sido el origen de varios de los políticos que han ocupado el puesto de primer ministro—, ha unido los intereses de ambos poderes cuando resultan electos a la cámara baja, lo que ha favorecido tendencias burocratizantes que no encajan en una democracia parlamentaria.⁵⁶⁹ La participación de antiguos funcionarios en el Partido Liberal Democrático —el partido hegemónico por un largo periodo— se explica por el gran poder de la elite burocrática durante la ocupación e inmediatamente después.⁵⁷⁰

Cuando le parece oportuno al Gabinete —una vez al año como mínimo— el *tennoo* convoca al Parlamento⁵⁷¹ para un periodo ordinario de sesiones, cuya duración no está limitada. Puede también haber un periodo extraordinario de sesiones si es solicitado por el Gobierno, o por lo menos por un cuarto del número total de miembros de alguna de las dos cámaras que componen dicha asamblea: la de diputados y la de senadores, con más poder aquélla, pues en caso de desacuerdo irreconciliable entre ellas, la voluntad de la primera es la que prevalece.

Una y otra cámara se integra por miembros electos que representan a toda la nación; sólo la de diputados puede ser disuelta, en este caso deben celebrarse elecciones dentro de los cuarenta días posteriores a su disolución, y el Parlamento tiene que ser convocado dentro de los treinta días que sigan a las elecciones. La Cámara de Senadores entra en receso en la fecha de disolución de la de diputados, salvo que el Gabinete la convoque en sesión extraordinaria en caso de peligro nacional. Las medidas tomadas en esta circunstancia deben ser aprobadas por la nueva Cámara de Diputados dentro de los diez días siguientes a su reunión, o se consideran anuladas.⁵⁷²

A. *Iniciativa de leyes*

La Constitución no establece ninguna regla al respecto; pero se admite que la facultad de iniciar leyes pertenece concurrentemente a los miembros

⁵⁶⁹ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, pp. 90-96.

⁵⁷⁰ Owen Haley, John, *Authority without Power*, pp. 140-144.

⁵⁷¹ Constitución del Japón, artículos 42, 43, 44, 47, 59 y 15.

⁵⁷² Doré, Francis, *op. cit.*, p. 357.

del Parlamento y al Gabinete.⁵⁷³ Conforme a la Ley del Parlamento⁵⁷⁴ toda comisión puede presentar propuestas de ley en lo que concierne a las materias de su competencia. Si un parlamentario quiere presentar una proposición, debe ser apoyada por miembros de la Cámara a la que el promotor pertenece.

Los proyectos gubernamentales —mucho más numerosos que los ya mencionados— redactados por las dependencias dentro de cuyo ámbito de acción cabe la materia de la que se trata,⁵⁷⁵ son presentados al Parlamento por el Primer Ministro a nombre del Gabinete.⁵⁷⁶ Esta facultad para proponer leyes ha permitido al ejecutivo una considerable participación en el proceso legislativo, y su ingerencia en la política ha relajado el control del Parlamento tanto sobre el presupuesto, como respecto al nombramiento de los altos funcionarios y a la ratificación de tratados.⁵⁷⁷

Un proyecto deviene en ley cuando es adoptado por ambas cámaras; pero puede suceder que la sola voluntad de la Cámara de Diputados le de ese carácter: ocurre así cuando la Cámara de Senadores rechaza o modifica un proyecto aprobado por la de diputados, y ésta vence su oposición adoptándolo por segunda vez cuando menos por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes.⁵⁷⁸ Cuando la Cámara de Senadores no vota un proyecto dentro de los sesenta días de haberlo recibido, puede considerarse rechazado si la Cámara de Diputados manifiesta expresamente su voluntad en este sentido.

En caso de desacuerdo entre las Cámaras cualquiera de ellas puede pedir la reunión de una Comisión de Avenencia⁵⁷⁹ —cuyos miembros son elegidos por mitad por cada Cámara— y en principio la otra no puede rehusarse; pero cuando se trata de un proyecto de ley, la Cámara de Diputados puede negarse a la petición emanada de la de senadores, mientras que ésta no puede rechazar la solicitud de aquélla.

⁵⁷³ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, pp. 90-92.

⁵⁷⁴ Artículo 50 bis, citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁷⁵ Owen Haley, John, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁷⁶ Ley del Gabinete, artículo 5o., citado por Yosiyuki Noda, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁷⁷ Ito, Hiroshi, *The Japanese Supreme Court, Constitutional Policies*, New York, Markus Wiener Publishing Inc., 1989, p. 16.

⁵⁷⁸ Doré, Francis, *op. cit.*, p. 358.

⁵⁷⁹ Ley del Parlamento, artículos 59, párrafo tercero, 88, 89, y 93, citados por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

La citada comisión elabora un texto de compromiso que una vez aprobado por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes ya no es susceptible de modificación, y lo somete primero a la Cámara que solicitó su reunión. Cuando la comisión fracasa en su intento de llegar a un acuerdo, o lo convenido no es aceptado por ambas Cámaras, el voto de la sola Cámara de Diputados establece la ley. Una vez firmadas las leyes por el ministro competente, y refrendadas por el primer ministro —lo que legaliza la responsabilidad del Gobierno—, son enviadas al *tennoo* por el presidente de una u otra de las cámaras por conducto del Gabinete, para que el soberano las haga publicar en nombre del pueblo.⁵⁸⁰

B. Finanzas

El poder de administrar las finanzas del Estado debe ser ejercido de conformidad con la decisión del Parlamento,⁵⁸¹ y la facultad más importante al respecto es la de votar el presupuesto después de haberlo examinado. Dicho documento que es preparado en cada ejercicio por el Gabinete, debe ser presentado a la Comisión de Presupuesto de la Cámara de Diputados y discutido después en sesión pública,⁵⁸² lo que implica que si se encuentra en el poder un partido hegemónico el análisis del presupuesto redactado por la burocracia es un mero trámite.

Toda enmienda propuesta por los parlamentarios debe ser apoyada al menos por cincuenta miembros en la Cámara Baja y veinte en la Cámara Alta, y el presupuesto es aprobado cuando es votado por las dos cámaras. Pero hay dos casos en los que la decisión de la Cámara de Diputados se reputa como voluntad del Parlamento: cuando la Cámara de Senadores ha tomado una decisión diferente a la suya y no llegan a un acuerdo ni recurriendo a la Comisión de Avenencia —cuya reunión en este caso es obligatoria—,⁵⁸³ y cuando la Cámara de Senadores no se pronuncia dentro de los treinta días siguientes de haber recibido el presupuesto aprobado por la de diputados. En estas circunstancias no es necesaria una manifestación expresa de la Cámara de Diputados para efecto de considerarlo rechazado.

⁵⁸⁰ Constitución del Japón, artículos 7o. párrafo primero, 59 y 74.

⁵⁸¹ *Ibidem*, artículos 60, 83-86 y 90.

⁵⁸² Ley del Parlamento, artículo 56 primer párrafo, y 57 bis primer párrafo, citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

⁵⁸³ Doré, Francis, *op. cit.*, p. 358.

Aprobado el presupuesto no pueden imponerse nuevas tasas ni modificarse las existentes, excepto por ley o bajo las condiciones prescritas en ella; ni se gastará dinero ni se comprometerá al Estado, excepto cuando lo autorice el Parlamento. Cuando el presupuesto no ha sido aprobado antes del comienzo del año fiscal siguiente, el Gabinete puede presentar un presupuesto provisional susceptible de ser ejecutado por un plazo limitado, que caduca cuando el presupuesto anual es votado.⁵⁸⁴ Este instrumento constituye una categoría especial de reglas de derecho, distinta de la ley, por lo que la Constitución le dedica un capítulo especial, el VII, y a pesar de que dicho ordenamiento no exige su publicación, como afecta estrechamente la vida del pueblo, se le publica en el periódico oficial.⁵⁸⁵

Además del control previo de las finanzas asegurado por el voto del presupuesto, el Parlamento vigila su aplicación fiscalizando la rendición de la cuenta de todos los ingresos y gastos del Estado, que se somete cada año a la comprobación de la Contaduría —cuya independencia está garantizada en la ley que establece su organización y competencia—. ⁵⁸⁶ El Gabinete debe presentar la cuenta pública al Parlamento el año fiscal siguiente a su ejercicio, junto con el comprobante de verificación de la Contaduría. Cada Cámara da o niega su aprobación; pero la ausencia de ésta no tiene efecto sobre la validez de los gastos efectuados al ejecutar el presupuesto.

5. Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo es el órgano colectivo que ejerce el conjunto de funciones estatales que consisten en dar cumplimiento a las leyes, convenir los negocios con el extranjero, nombrar y dirigir a los funcionarios públicos, mantener el orden público, y tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y el progreso de la vida nacional. Dicho poder se integra por dos categorías de órganos: el Gabinete, que en ejercicio del poder político controla todos los asuntos estatales y dirige las relaciones exteriores;⁵⁸⁷ y sus órganos subordinados, que en uso del poder adminis-

⁵⁸⁴ Ley sobre Finanzas, artículo 30, citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 94.

⁵⁸⁵ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

⁵⁸⁶ Ley de la Contaduría, artículo 1o., citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 94.

⁵⁸⁷ Doré, Francis, *op. cit.*, p. 358.

trativo en sentido restringido adaptan los preceptos de carácter general a los casos concretos.⁵⁸⁸

A. Organización del gobierno

El Gabinete está compuesto por el conjunto de ministros y por el primer ministro, que lo preside, representa, y controla muy efectivamente, ya que no es simplemente primero entre iguales, sino particularmente poderoso.⁵⁸⁹

a. Designación y dimisión del primer ministro

El primer ministro es elegido por el Parlamento entre sus miembros —que deben proceder a su elección con preferencia a cualquier otro asunto— y nombrado por el *tennoo*, que debe aceptar la designación hecha por el Parlamento.⁵⁹⁰ Si hay discrepancia entre las cámaras, una Comisión de Avenencia trata de que lleguen a un acuerdo, si esto no es posible, el nombramiento hecho por la Cámara de Diputados se considera como designación del Parlamento; lo mismo ocurre si la Cámara de Senadores no manifiesta su voluntad dentro de los diez días siguientes al voto de la otra cámara. Por tanto es la voluntad de la Cámara de Diputados la que designa al jefe del gobierno, y por consecuencia, normalmente es el jefe del partido que ocupa la mayoría de los asientos en ésta cámara quien accede a ese puesto.

El primer ministro debe tener asiento en cualquiera de las cámaras durante el lapso íntegro de su gestión; si por cualquier causa desaparece esta condición, debe presentar su dimisión, salvo que lo pierda con motivo de la disolución del Parlamento, porque en este supuesto no hay parlamentario que pueda reemplazarlo, por lo que permanece en funciones hasta la apertura de la nueva legislatura, ante la cual el gobierno debe dimitir colectivamente.

El primer ministro puede presentar voluntariamente su dimisión, lo que implica la renuncia colectiva del gabinete —esto ocurre también si el

⁵⁸⁸ Constitución del Japón, artículo 173.

⁵⁸⁹ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁹⁰ Constitución del Japón, artículos 60., 64-67 y 70.

puesto del primer ministro queda vacante por cualquier causa—; pero su nombramiento no puede ser revocado contra su voluntad más que por una moción de censura o la denegación de un voto de confianza.

b. Poderes del primer ministro

El primer ministro es el responsable de la orientación de la política nacional. Como jefe del Gabinete representa a esta colectividad,⁵⁹¹ en este carácter nombra y destituye a los miembros de su Gabinete y dirige y controla todas las ramas de la administración.⁵⁹² Todos los proyectos de ley, el presupuesto, y los informes de política interior y exterior, son presentados por él al Parlamento en nombre del Gabinete. Firma las leyes y reglamentos en calidad de ministro competente, o lo hace al lado de los ministros competentes como presidente del Gabinete;⁵⁹³ y dirime los conflictos de competencia que surjan entre los miembros de éste.

Nominación y revocación de los otros ministros

Los ministros son nombrados por el primer ministro y el *tennoo* confirma esta designación.⁵⁹⁴ Cada ministro puede presentar su dimisión con la autorización del primer ministro, que puede revocar su nombramiento, lo que le permite mantener la unidad en su Gabinete. La revocación es igualmente atestada por el *tennoo*; pero de faltar esta testificación ni uno ni otro acto son nulos.⁵⁹⁵ La Constitución exige que la mayoría —la mitad más uno— de los miembros del Gabinete sean parlamentarios. Si un ministro deja de serlo puede continuar en funciones en tanto siga existiendo mayoría; pero si falta ésta, debe ser reemplazado por alguien que sí lo sea. La acumulación del mandato parlamentario y de la función ministerial es una condición normal para ser miembro del Gabinete, de hecho es desusado que personas ajenas al Parlamento formen parte del gobierno.

⁵⁹¹ Constitución del Japón, artículos 66-68 y 72-74.

⁵⁹² Doré, Francis, *op. cit.*, p. 360.

⁵⁹³ Ley del Gabinete, artículo 3o., citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁵⁹⁴ Constitución del Japón, artículos 7o. y 68.

⁵⁹⁵ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 100.

Facultades de los ministros

Cada ministro tiene en principio el portafolio de un ministerio y es por tanto un ministro competente que firma las leyes y decretos en tal calidad;⁵⁹⁶ participa en los trabajos gubernamentales del Gabinete, y en caso de necesidad puede solicitar la reunión de éste al primer ministro.⁵⁹⁷

c. Relaciones entre el Gobierno y el Parlamento

La Constitución⁵⁹⁸ adopta formalmente un régimen parlamentario de estilo inglés, en el que el Gabinete es un comité del partido mayoritario en el Parlamento, y hace a aquél colectivamente responsable ante éste, por lo que queda bajo su control.⁵⁹⁹ Despojado de la supremacía que tuvo en la Constitución Meidyi,⁶⁰⁰ la subsistencia del gobierno está condicionada a la confianza de que goce ante el Parlamento, privado de ella, pierde la base misma de su existencia.

En las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo, el papel de la Cámara de Diputados es exclusivo:⁶⁰¹ sólo ella puede adoptar una moción de censura o rechazar una moción de confianza, y a menos que dentro de los diez días siguientes la cámara sea disuelta —lo que entraña la prórroga automática de la Cámara de Senadores—, el Gabinete debe renunciar; esta medida sólo retrasa la dimisión del Gabinete, ya que en la primera reunión del Parlamento después de las elecciones generales debe hacerlo en bloque. Esto ha coadyuvado al fortalecimiento de una burocracia estable sin supervisión adecuada dados los frecuentes reemplazos en el nivel ministerial.⁶⁰²

La disolución de la Cámara de Diputados implica que el Gobierno recurre directamente al arbitraje del pueblo en el que en definitiva reside la

⁵⁹⁶ Constitución del Japón, artículo 74.

⁵⁹⁷ Ley del Parlamento, artículo 44 párrafo tercero, citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.* p. 103.

⁵⁹⁸ Constitución del Japón, artículos 66 párrafo segundo, 68 y 69.

⁵⁹⁹ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

⁶⁰⁰ Takanayagi, Kenzo, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁰¹ Doré, Francis, *op. cit.*, p. 359.

⁶⁰² Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, pp. 92-96.

soberanía, procede así porque considera que la mayoría parlamentaria no está traduciendo fielmente el criterio de la nación, y supone que éste le es favorable. Esta posibilidad de aquilatar las relaciones de fuerza entre el Parlamento y el Gobierno permite a éste escapar a una subordinación total. Sin este recurso estaría siempre obligado a obedecer la voluntad del poder legislativo, lo que lo debilitaría de manera excesiva.

d. Poderes del Gabinete

El Gabinete⁶⁰³ es el órgano colectivo que ejerce el Poder Ejecutivo, del que como corporación es responsable ante el Parlamento. Además de los asuntos administrativos de orden general tiene a su cargo la ejecución de las leyes y la dirección de los asuntos estatales; el control de las relaciones con el extranjero; la conclusión —con aprobación del Parlamento— de tratados diplomáticos; la administración de los servicios civiles; la preparación y presentación del presupuesto; las decisiones en materia de amnistía, conmutación de castigo, y privación y restauración de derechos; y la expedición de decretos —reglamentos administrativos para la ejecución de las leyes— que salvo delegación explícita en una ley no pueden incluir sanciones penales, ni crear reglas que impongan obligaciones nuevas o limiten los derechos existentes.⁶⁰⁴ Esta enumeración es enunciativa, no limitativa.

La limitación estricta impuesta al poder reglamentario del gobierno, deriva de la naturaleza jurídica del Parlamento como único órgano legislativo, y tiene por fin evitar que se repita lo sucedido bajo la Constitución *Meidyi*, cuando el gobierno, investido de un amplio poder reglamentario, se sustrajo al control de la Dieta y violó los derechos fundamentales del pueblo.⁶⁰⁵

El Gabinete ejerce sus poderes según las decisiones del Consejo de Ministros, presidido por el primer ministro, que puede convocarlo cuando lo juzgue necesario, o algún ministro lo solicite a propósito de un asunto en particular. Las materias tratadas deben ser guardadas en el más absoluto secreto, y para evitar que desacuerdos eventuales provoquen la inestabilidad del gobierno —como ocurría bajo la Constitución precedente—,

⁶⁰³ Constitución del Japón, artículos 65, 66 y 73.

⁶⁰⁴ Ley del Gabinete artículo 11, citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, pp. 101 y 102.

todas las decisiones deben ser tomadas por unanimidad. Para dar cohesión al Gabinete, el primer ministro puede revocar el nombramiento de cualquiera de sus miembros que mantenga una posición disidente.⁶⁰⁶

6. *Poder Judicial*

Corresponde a la Constitución la potestad de demarcar el espacio legal dentro del cual los poderes políticos pueden proceder a determinar y ejecutar las políticas públicas, y concierne al Poder Judicial velar porque dichos poderes se ajusten a los preceptos constitucionales.⁶⁰⁷ De las instituciones estatales el Poder Judicial fue el más drásticamente reformado a raíz de la capitulación. Dos son sus principios rectores: la independencia del Poder Judicial, y la supremacía judicial, que implica tanto el control de la constitucionalidad de las leyes, como la de los actos del Poder Ejecutivo.

Al proceder a la reforma de la Judicatura se pasó por alto que ya había una estructura básica de tipo europeo continental, conforme a la cual sólo con dotar al Poder Judicial de la posibilidad de aplicar las sanciones civiles y penales con que cuentan los sistemas jurídicos derivados del derecho romano-canónico-germano, se hubiera podido garantizar su independencia y reconocerle el control constitucional; pero se prefirió incrustar en el sistema preexistente un Poder Judicial de tipo estadounidense. Al hacerlo se olvidó señalar expresamente sus facultades tanto para crear remedios judiciales sin más base que la equidad —sin necesidad de apearse a normas ya establecidas, o en ausencia de éstas—, como para impedir el desacato a sus disposiciones con las que cuenta el derecho anglosajón, por lo que se dejó a la Judicatura sin los medios coactivos necesarios para hacerse obedecer.⁶⁰⁸

En efecto, la Constitución se limita a estatuir que los jueces cumplen su función independientemente según su conciencia, sin que estén sometidos más que a la Constitución y a la ley;⁶⁰⁹ a su vez, la Ley sobre Tribunales⁶¹⁰ establece solamente que la decisión de un tribunal superior

⁶⁰⁶ Ley del Gabinete, artículos 3o. y 4o., *ibidem*, p. 102.

⁶⁰⁷ Ito, Hiroshi, *op. cit.*, p. 100.

⁶⁰⁸ John Owen Haley, *Authority without Power*, p. 118.

⁶⁰⁹ Artículo 76, inciso 3.

⁶¹⁰ Artículo 4.

obliga al tribunal inferior al que el expediente es devuelto, pero sin consagrar lo que el derecho anglo-americano llama *la fuerza obligatoria* del precedente.⁶¹¹

A. *Independencia del Poder Judicial*

Conforme a la Constitución⁶¹² el Poder Judicial no está sujeto a ningún ministerio, sino que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte y a las cortes inferiores. Aquélla es un órgano constitucional que no está sometido más que a la propia Constitución, y está colocado sobre los otros tribunales, excepto el de acusación —previsto en dicho ordenamiento— que se integra por miembros de ambas cámaras para juzgar a los jueces cuyo nombramiento ha sido revocado. Este procedimiento puede ser iniciado sólo por el Parlamento.

Encabeza el Poder Judicial el presidente de la Suprema Corte —cuyo cargo es equiparado al de primer ministro—⁶¹³ que es escogido por el Gabinete e investido por el *tenno*. A los restantes miembros de ese tribunal los nombra el Gabinete, y su decisión es ratificada por el pueblo en la primera elección general para la Cámara de Diputados que siga a su nombramiento, y posteriormente cada diez años. La designación de los jueces de las cortes inferiores es efectuada —si no formalmente, si materialmente— por la Suprema Corte, ya que el Gabinete los elige entre las personas recomendadas por dicha institución, y se mantienen en funciones durante un periodo de diez años con la posibilidad de ser nuevamente nominados. Al personal de los tribunales distinto de los jueces lo seleccionan estos organismos, a los que también corresponde su destitución.⁶¹⁴

Para reforzar su independencia la Constitución confiere a la Suprema Corte poder reglamentario, siempre que sus medidas no entren en conflicto con las de una ley —pues en este caso prevalecen las de ésta—. Conforme a este principio puede dictar, sin necesidad de facultamiento expreso en una ley, los reglamentos concernientes al procedimiento, a los abogados, a la organización interior de los tribunales, y a la administra-

⁶¹¹ Wang, Dominique T. C., *Les sources du droit japonais*, Genève, Librairie Droz, p. 191.

⁶¹² Constitución del Japón, artículos 6, 64, y 76-78.

⁶¹³ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, p. 96.

⁶¹⁴ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, pp. 132 y 133.

ción judicial. Este poder reglamentario puede delegarlo a los tribunales inferiores.

Otras garantías de la autonomía del Poder Judicial son que su presupuesto no forma parte de una institución ajena a él, sino que constituye un capítulo independiente en el presupuesto; que las medidas disciplinarias que conciernen a los magistrados no pueden ser impuestas por autoridades administrativas, sino por la propia organización judicial; y que sus salarios no pueden ser reducidos durante su nombramiento. No obstante no ha sido posible desterrar totalmente la ingerencia política en los juicios.⁶¹⁵

Durante la ocupación —cuando hubiera sido muy oportuno demostrar en la práctica el respeto que a los estadounidenses impone el Poder Judicial— no se acató la independencia de la judicatura respecto a las materias vinculadas a la política, porque el Comando Supremo de las Fuerzas Aliadas no se sometía a la Constitución, y muchas de sus órdenes tenían fuerza obligatoria por encima de ella. Asimismo abiertamente intervino en juicios relacionados con medidas tomadas por las fuerzas de ocupación —aunque el juez Tamotsu Shima afirma que sólo lo hizo para que se modificara una decisión del Tribunal de Distrito de Tokio que había ordenado la reinstalación de un ministro purgado como sospechoso de ser un criminal de guerra—.⁶¹⁶ En todo caso, la posibilidad de que el gobierno de ocupación invalidara una sentencia, hizo que los jueces fueran precavidos cuando los casos se referían a cuestiones políticas.

B. *Control de la constitucionalidad*

El principio de la supremacía judicial fue incluido en la Constitución japonesa siguiendo el modelo del derecho estadounidense. Conforme a dicha regla, en tanto está investido del control de la constitucionalidad de las leyes, el Poder Judicial está colocado por encima del Parlamento, que fue establecido tomando como modelo a su homólogo inglés.

Fue la Suprema Corte estadounidense —cuyo activismo la ha convertido en institución generadora de medidas sociopolíticas y socioeconómicas—⁶¹⁷ la que sirvió de patrón para establecer el tribunal superior ja-

⁶¹⁵ Ito, Hiroshi, *op. cit.*, p. 207.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 206.

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 161.

ponés, sin relación con el que existía antes de la ocupación, que no tenía facultad para juzgar sobre la constitucionalidad de las medidas tomadas por el Gobierno o la Dieta.

La Constitución precisa que como autoridad de última instancia, la Suprema Corte tiene la responsabilidad de determinar la constitucionalidad de cualquier ley, orden, reglamento o acto oficial⁶¹⁸ realizado por los encargados de hacer la política: a nivel nacional el Parlamento, el Gabinete, los ministerios, y los departamentos; y a nivel local las autoridades de las prefecturas, pueblos y ciudades. Y dicho tribunal ha establecido que todo juez está facultado para ejercer esta función,⁶¹⁹ lo que es muy importante en la vida política y jurídica del país, porque evita el abuso de poder por parte de las autoridades responsables de legislar, y de las obligadas a ejecutar y hacer cumplir las leyes.

Los juristas y políticos conservadores cuestionan si es válido que jueces que no son directamente responsables ante la nación, controlen las leyes votadas por una corporación que representa directamente al pueblo, y que la Constitución establece como el más alto órgano del poder estatal,⁶²⁰ lo que contradice la concepción estadounidense sobre la supremacía judicial. Entendida ésta como la facultad de decidir en abstracto sobre la constitucionalidad de las leyes, inevitablemente lleva a que la judicatura se involucre en el proceso político de tomar decisiones.⁶²¹

La recepción a fines del siglo XIX de la Constitución Prusiana y del Código Civil Alemán, excluyó la aplicación del principio de *stare decisis*.⁶²² Tanto las revistas jurídicas como los grandes tratados de derecho ignoraron las decisiones de los tribunales, y bajo la influencia de la escuela alemana, el estudio del derecho se caracterizó por el empleo de un método puramente exegético en la interpretación de los textos legislativos. Si se mencionaba la jurisprudencia era sólo con el fin de ilustrar con ejemplos prácticos el comentario de los códigos.

⁶¹⁸ Constitución del Japón, artículo 81.

⁶¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de 1o. de febrero de 1950, citada por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 129.

⁶²⁰ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

⁶²¹ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

⁶²² Doctrina que establece que cuando un Tribunal ha establecido un principio de derecho aplicable a acciones o hechos específicos, cuando en el futuro se le presenten casos en los que las circunstancias sean esencialmente similares debe apegarse a dicho principio, que se convierte en un precedente obligatorio tanto para ese Tribunal como para otros de mismo o inferior rango. *Black's Law Dictionary*, 5a. ed., West Publishing C., 1979, p. 1151.

No obstante los juristas educados en la escuela del derecho inglés defendían la fuerza obligatoria de la jurisprudencia, en tanto que los formados en la escuela francesa rechazaban su poder creador de derecho. Esta controversia continúa hasta la fecha, pues según los defensores del concepto de precedentes judiciales, una decisión judicial no es una teoría abstracta del derecho, sino la solución de un conflicto concreto, y por lo tanto una referencia que sirve de modelo a las subsecuentes, por lo que liga *de jure* y *de facto* las decisiones posteriores sobre los casos específicos del mismo género que el conflicto resuelto, principio en el que no están de acuerdo la totalidad de los juristas.⁶²³

Por su parte la Suprema Corte ha interpretado⁶²⁴ la Constitución en el sentido de que no está autorizada para rendir un juicio abstracto, ni para influir en los asuntos futuros que puedan producirse respecto de la interpretación de la Constitución, de las leyes de ella emanadas, o de su reglamentación. Para que pueda ejercitar su facultad de calificar la constitucionalidad de un acto del Parlamento o del Gabinete, debe existir un litigio concreto en el que el demandante ejerza una acción legal donde se dispute la existencia de derechos, o la de una situación jurídica a la que se aplique la ley que se impugna.⁶²⁵

Este principio ha sido expresado en varias oportunidades, entre otras en abril de 1951, cuando alegando que contravenía el precepto constitucional de renuncia a la guerra, el secretario general de los socialistas de izquierda demandó la disolución de la Reserva de Policía Nacional —actualmente Fuerza de Autodefensa Nacional—, y la Suprema Corte se declaró incompetente, porque en principio la decisión abstracta sobre la constitucionalidad de una ley no debe ser tomada por un tribunal —cuya función es de naturaleza puramente jurídica— sino que está reservada al Parlamento y al Gabinete, que tienen facultad para someterla al juicio político del pueblo soberano.⁶²⁶

Asimismo en agosto de 1952, a raíz de que un diputado del Partido Socialista demandó que fuera declarada inconstitucional la disolución de la Cámara de Diputados, aduciendo que sólo podía serlo después de un voto

⁶²³ Wang, Dominique T. C., *op. cit.*, pp. 191 y 192.

⁶²⁴ Sentencia de la Suprema Corte, 8 de octubre de 1952, citada por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 129.

⁶²⁵ Sentencias de la Suprema Corte, 8 de octubre de 1952 y 15 de abril de 1953, citadas por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 130.

⁶²⁶ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, pp. 99-101.

de desconfianza de dicho organismo, el alto tribunal declinó hacerlo, porque los asuntos de índole política no cabían dentro de su competencia, sino correspondían a la decisión del pueblo soberano.

La autorización en 1960 para construir bases aéreas estadounidenses en territorio japonés, dio pie a que se cuestionara la constitucionalidad de esa medida, a lo que la Suprema Corte respondió que no le competía investigar si una determinada línea de política exterior del gobierno servía o no al mantenimiento de la paz, y que la concertación o revisión de tratados internacionales era un asunto político cuya decisión dependía del electorado. En el mismo sentido se pronunció en 1962, cuando se le pidió que declarara nulo el resultado de las elecciones aduciendo que la desigual repartición de circunscripciones traía como consecuencia que algunos diputados necesitaran obtener cuatro veces más votos que otros, a lo que contestó que de acuerdo con la Constitución, la revisión de la división de los distritos electorales correspondía al Parlamento⁶²⁷.

Para examinar el problema de la constitucionalidad de una ley, la Suprema Corte debe sesionar en pleno, y para declarar la inconstitucionalidad al menos ocho de quince jueces deben estar de acuerdo. Una copia de la decisión declarando la inconstitucionalidad de una ley debe ser enviada al Gabinete y otra al Parlamento,⁶²⁸ lo que llevaría a pensar en el efecto absoluto de la decisión de inconstitucionalidad; pero no hay ninguna jurisprudencia que así lo establezca. Si la Suprema Corte estima que una ley es inconstitucional, rechaza su aplicación en el caso concreto que se le ha planteado; pero no anula la ley, que sigue siendo válida en tanto no la abroge el Parlamento. La doctrina imperante está de acuerdo con esta interpretación;⁶²⁹ pero hay juristas que defienden el efecto absoluto de la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

La consistencia en las decisiones judiciales es generalmente respetada sin que esto llegue a constituir un principio legal, y los tribunales inferiores acatan las decisiones de la Suprema Corte; pero tanto ésta como aquéllos pueden en otros casos decidir de manera diferente en la misma materia.⁶³⁰ A las decisiones importantes se les da amplia publicidad en

⁶²⁷ *Idem*.

⁶²⁸ Reglamento del Tribunal Superior, 10. de noviembre de 1947, artículo 14, citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 131.

⁶²⁹ *Ibidem*, pp. 129-131.

⁶³⁰ Beer, Lawrence W., "Japan's Constitutional System and its Judicial Interpretation", en Owen Haley, John, *op. cit.*, p. 15.

los medios masivos de comunicación, por que los puntos de vista del Poder Judicial son un elemento importante en el diálogo sobre las políticas públicas.

Los jueces han ido construyendo cautamente un Poder Judicial más poderoso y respetado, dentro del cual los tribunales inferiores han practicado mayor activismo judicial en defensa de los derechos civiles y de las libertades individuales,⁶³¹ al considerar contrarios a la Constitución leyes, reglamentos, o actos de autoridad. Por el contrario, la Suprema Corte ha mantenido una actitud de deferencia tanto hacia el Gabinete como hacia el Parlamento, y se ha inclinado a la restricción judicial, armonizando su criterio con el de los encargados de conducir la política, y avalando la constitucionalidad de las acciones de los legisladores y los ejecutores.

De las referencias explícitas de la Constitución al bienestar o al interés público, primero al inicio del capítulo relativo a los derechos humanos, y posteriormente al tratar las garantías a la vida, a la libertad, al respeto a la propiedad, a la búsqueda de la felicidad, así como a las de selección de ocupación y lugar de residencia, la Suprema Corte —siguiendo el método europeo continental de revisión judicial—, ha desarrollado una prueba de constitucionalidad basada en los principios básicos de proporcionalidad y equidad, de acuerdo con la cual analiza respecto al primer principio mencionado la racionalidad —la inevitabilidad de la aplicación de la medida para la realización de los objetivos de la autoridad—, y respecto al segundo su razonabilidad —su consistencia con el tratamiento dado a libertades similares en otro tiempo y en otros lugares—. ⁶³²

Cualquier límite impuesto a la posibilidad de analizar estos principios coarta el poder de revisión judicial; esto es lo importante, no que la judicatura interprete el derecho apartándose del método estadounidense. Los jueces se autorestringen cuando por principio, se inclinan hacia el bienestar o el interés público promovido por la ley o la medida recurrida —que cumple los estándares mencionados de racionalidad y razonabilidad—, sólo si el interés público protegido es más importante que los límites a las garantías individuales que las medidas recurridas entrañan. Además la proporcionalidad y la equidad deben relacionarse no sólo con el fin perseguido, sino con los medios empleados, que deben afectar lo menos posible las libertades personales.

⁶³¹ Ito, Hiroshi, *op. cit.*, pp. 162, 180 y 181.

⁶³² Beatty, David, "Practicing Constitutional Rights in Japan and Canada", *The American Journal of comparative Law*, Berkeley, vol. 41, núm. 4, otoño de 1993, pp. 535 y 550.

La tendencia a sostener la constitucionalidad de los actos del Gabinete y del Parlamento siempre que es posible, se explica por los antecedentes históricos de ausencia de independencia judicial y de control constitucional.⁶³³ Aunque ambos principios han sido reconocidos desde 1945, y tanto los preceptos normativos como los actos de gobierno pueden ser revistos por los tribunales respecto a hechos y derecho, la Suprema Corte se ha autorestringido y ha sido reacia a crear normas basadas en precedentes judiciales —aun cuando no haya preceptos legislados o los que existan sean ambiguos—, y ejerce el control constitucional con mucha prudencia si no es que con reticencia.

Dicho tribunal tiende a sostener la interpretación legal, las conclusiones sobre los hechos, y la aplicación del derecho de las autoridades administrativas; así como a reconocer a éstas un extenso poder discrecional en un amplio espectro de medidas, particularmente cuando son marcadamente técnicas o se relacionan con cuestiones políticas. En todo caso los tribunales inferiores manifiestan una tendencia a apartarse de la postura del tribunal supremo, por lo que no puede aseverarse que a largo plazo se mantendrá el criterio de que la judicatura no juzga las decisiones de orden político.⁶³⁴

Pero mientras los que lleguen a los altos puestos de la judicatura hayan recibido su instrucción profesional durante el régimen anterior —siguiendo las teorías jurídicas alemana y francesa—, o hayan sido educados por maestros así formados, es comprensible que siguiendo los principios del derecho establecido por normas emitidas por el Poder Legislativo —como opuesto al derecho basado en precedentes judiciales—, cuando una disposición sea susceptible de más de una interpretación, se inclinen por la que sostenga su constitucionalidad.⁶³⁵

Difícilmente puede esperarse que jueces educados conforme al derecho europeo continental, manifiesten el activismo judicial propio de los que han sido formados en el derecho estadounidense, basado en precedentes judiciales. En sus circunstancias es lógico que en tanto sea posible, sostengan que los preceptos legales armonizan con el espíritu de la Constitución, de modo que a pesar de su sentido literal no necesariamente deban ser tenidos como inconstitucionales, a menos que sean claramente irracionales.

⁶³³ Ito, Hiroshi, *op. cit.*, pp. 180, 181 y 212.

⁶³⁴ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, p. 101.

⁶³⁵ Ito, Hiroshi, *op. cit.*, p. 212.

C. Papel de la jurisprudencia

El sistema jurídico japonés actual es una amalgama del sistema romanista recibido durante la época *Meidi* para sustituir los ordenamientos derivados del pensamiento chino, el *common law* estadounidense, y la tradición consuetudinaria japonesa.⁶³⁶ Está basado principalmente en leyes emanadas del Poder Legislativo, pero los precedentes judiciales tienen en él gran importancia.

Dado que conforme a la nueva carta magna el control de la constitucionalidad de los ordenamientos legales se confía a los tribunales judiciales, y que toda persona interesada puede solicitar de ellos la declaración de que una ley o un acto de autoridad viola sus mandatos, se ha formado una abundante jurisprudencia en esta materia, y las decisiones dadas a este respecto por los distintos tribunales —especialmente las de la Suprema Corte— prácticamente han llegado a tener fuerza de precedente.

Las sentencias judiciales, especialmente las de la Suprema Corte, han perfeccionado las leyes en aspectos esenciales, por lo que han desempeñado un papel crucial en el desarrollo del derecho. Dado que el principio de *stare decisis* no tiene bases explícitas en el derecho japonés, teóricamente los tribunales —que no pueden emitir sentencias contraviniendo la ley— sí pueden desestimar los precedentes judiciales establecidos. A pesar de que los textos legales no mencionan a la jurisprudencia⁶³⁷ como fuente del derecho, prevalece la opinión de que las decisiones judiciales lo son, pero en una manera suplementaria, porque

⁶³⁶ Okabe, Taku, “El derecho latinoamericano desde el punto de vista del derecho comparado y el del Japón”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Guadalajara, año 14, núm. 2, julio-diciembre, 2005, p. 33.

⁶³⁷ La jurisprudencia es la interpretación de la ley que hacen los tribunales competentes para aplicarla a los casos concretos. No crea disposiciones legales, sino llena las lagunas en éstas guiándose por el sentido de otros ordenamientos. Su fuerza varía de un país a otro, en México se considera con ese carácter la interpretación de la ley sustentada firme y reiteradamente en cinco ejecutorias —decisiones de los tribunales contra las que no existe recurso alguno— no interrumpidas por otra en contrario, pronunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, o por la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno o por salas, y decidida por el voto de al menos catorce ministros si la resolución pertenece al pleno de la Corte, y de cuatro ministros si de sus salas se trata, y por unanimidad de los magistrados en el caso de los Tribunales Colegiados de Circuito. Los términos en que es obligatoria, así como los requisitos para su interrupción y modificación, están establecidos en la Ley de Amparo. Guerrero Lara, Ezequiel, “Jurisprudencia judicial”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, t. V, 1984, p. 264.

los precedentes judiciales no obligan en los tribunales de la misma manera que las leyes.⁶³⁸

Generalmente los tribunales inferiores están más cerca de los problemas cotidianos y son más perceptivos de los cambios en la sociedad que los tribunales superiores, por eso, si se desvían de los precedentes sustentados por la Suprema Corte es que tienen buenas razones para hacerlo. Ocasionalmente los desafían, y cuando sus sentencias se acumulan, eventualmente han llevado a que dicho alto tribunal modifique su decisión. Pero por otra parte tanto el Código de Procedimientos Penales, como el Código de Procedimientos Civiles establecen que la desviación de la jurisprudencia de dicho tribunal es causa de apelación, así que si los tribunales inferiores no quieren arriesgarse a que su sentencia sea invalidada, deben ajustarse a dichos precedentes. Para muchos esto equivale al reconocimiento de la fuerza obligatoria del precedente.⁶³⁹

Mas que a la necesidad de solucionar casos similares de la misma manera, la fuerza obligatoria del precedente judicial —que como se ha visto no deriva de un precepto legal— para Hiroshi Oda se explica principalmente por el *sistema jerárquico*: las sentencias de los tribunales superiores tienen preeminencia sobre las de los tribunales inferiores, de donde se deduce que la Suprema Corte no está obligada a seguir sus precedentes, como ocurrió cuando después de haber establecido que la imposición de sanciones penales a los empleados gubernamentales a causa de sus actividades políticas era anticonstitucional, con el consentimiento de ocho ministros y el disenso de cinco, desconoció su opinión años después.⁶⁴⁰

Además ha de tomarse en cuenta que los jueces japoneses son funcionarios de carrera, nombrados por un periodo de diez años, y quien puede renovarlos en su cargo, promoverlos, o transferirlos, es la Suprema Corte, por lo que están más estimulados a seguir el principio de *stare decisis* aún en ausencia de un texto legal que lo establezca, que jueces que no son de carrera en países en los que sí está instituido por disposición de la ley. Mientras que la fuerza obligatoria de los precedentes en el derecho anglosajón está limitada a las razones que fundamentan la decisión, la distinción entre éstas y las consideraciones que en realidad no son de

⁶³⁸ Oda, Hiroshi, *Japanese Law*, London, Butterwoeths, 1992, pp. 53-55.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁴⁰ Sentencias de la Suprema Corte de octubre de 1966 (*Keishuu* 23-5-305; caso *Zen-
tei chuuyuu*; y de 25 de abril de 1973 (*Keishuu* 27-4-547, caso *Zennoorin keishokubo*),
ibidem, p. 56.

mucho peso no es muy nítida en Japón, por lo que aún las explicaciones generales, o las pautas seguidas en los juicios de la Suprema Corte, a menudo son tratadas como precedentes y citadas como apoyo de las sentencias de los tribunales inferiores.⁶⁴¹ De esta manera, la jurisprudencia se ha convertido en una fuente de derecho cuya importancia varía según las distintas áreas jurídicas.⁶⁴²

a. Derecho administrativo japonés

Conforme al régimen anterior a la ocupación, el Tribunal Administrativo era competente para resolver respecto a todas las controversias relativas al derecho público; pero en la práctica los asuntos que podían llevarse ante él estaban estrictamente limitados, y la protección de los particulares contra el abuso de las autoridades era sólo una quimera. Al suprimir la reforma de 1947 dicho tribunal y devolver el Poder Judicial pleno a los tribunales ordinarios, los órganos de la administración pública dejaron de gozar del privilegio que tenían en cuanto a la interpretación de las leyes.

En consecuencia, so pena de anulación de sus decisiones en un eventual juicio, las autoridades administrativas deben atender a las sentencias emitidas por los tribunales y apoyar en ellas sus resoluciones. No obstante, la expansión de las actividades administrativas continúa suscitando un gran número de recursos contenciosos, por lo que en el ámbito del derecho administrativo hay un desarrollo constante del derecho jurisprudencial.

Sin embargo, a pesar de que la Constitución —siguiendo los dictados del Comando Supremo— fue radicalmente modificada conforme a la estructura del derecho anglo-estadounidense, sus normas han sido interpretadas de acuerdo con el marco teórico del derecho europeo continental, porque la doctrina jurídica de la posguerra ha permanecido enlazada al esquema conceptual del régimen anterior.

A este respecto, en materia administrativa es de gran importancia la teoría del derecho alemán de fines del siglo XIX, cuyo principal pilar era la dicotomía entre el derecho privado y el derecho público, con un cuerpo de reglas jurídicas para regir las relaciones entre los particulares, y otro para normar los vínculos entre el Estado y sus súbditos.⁶⁴³ Al con-

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 56.

⁶⁴² Wang, Dominique T. C., *op. cit.*, p 191.

⁶⁴³ Owen Haley, John, “Japanese Administrative Law, an Introduction”, en Owen Haley, John, *op. cit.*, pp. 37-39.

cepto de acto jurídico entre iguales del derecho privado, correspondía la noción de acto administrativo en el derecho público, que aunque por definición incluía los contratos gubernamentales, por lo general se consideraba como un acto que por la jerarquía superior del Estado obligaba unilateralmente a los gobernados.

La doctrina administrativa *Meidyi* partía además de una tajante separación de poderes, que negaba a la Judicatura competencia para juzgar las acciones del Poder Ejecutivo;⁶⁴⁴ para hacerlo estaba la Corte Administrativa —en realidad protectora de la administración—, tribunal de una sola instancia cuyas decisiones no eran apelables.

Sólo después de agotar los recursos ante la autoridad cuya decisión se impugnaba o ante la autoridad superior, podía acudir a dicha Corte, y únicamente respecto a los casos sobre los que las propias leyes o reglamentos expresamente le daban competencia: liquidación de impuestos y derechos —salvo los aduaneros—, medidas administrativas por incumplimiento de obligaciones fiscales, negación de licencias para operar negocios o cancelación de ellas, señalamiento de linderos a las propiedades, y trabajos en puentes y calzadas.⁶⁴⁵ El tribunal decidía sólo respecto a la legalidad del acto impugnado, no sobre los daños ocasionados, esto correspondía a los tribunales judiciales.

La revisión de las acciones administrativas por el Poder Judicial, era posible sólo cuando el curso de un procedimiento civil o penal dependía de la legalidad de una medida administrativa, caso en el que los tribunales judiciales debían determinar su validez; esto significaba que demandar por indemnización en juicio civil era el modo más efectivo de obtener revisión judicial. Este principio ha sido trascendental para el desarrollo del derecho administrativo de la posguerra.

Reformas de la ocupación

Un Poder Judicial unitario trasunto del estadounidense, investido del poder de revisión judicial,⁶⁴⁶ en el que no cabe una corte administrativa, sustituye en el nuevo orden constitucional al anterior Poder Judicial. La

⁶⁴⁴ Constitución Meidyi, artículo 61.

⁶⁴⁵ Jacques, Robert, *Le Japon*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 393.

⁶⁴⁶ Owen Haley, John, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

Ley Nacional de Compensación, la Ley de Medidas Especiales del Proceso Administrativo, y la Ley para la Ejecución Administrativa por Procuración debieron constituir los puntales de la reorganización del derecho administrativo.

Ley Nacional de Compensación. De acuerdo con la Constitución,⁶⁴⁷ cualquier persona perjudicada por un acto delictuoso de un empleado público, puede conforme a la ley reclamar del Estado o de una entidad pública una compensación por daños. Este precepto fue la base para que en 1947 un nuevo ordenamiento: la Ley Nacional de Compensación,⁶⁴⁸ terminara con la impunidad del Gobierno por sus actos, al extender la responsabilidad estatal por daños a los originados tanto por la conducta negligente o voluntaria de sus empleados en el ejercicio de la autoridad pública, como por la atención deficiente en la gestión de las instalaciones públicas.

Esta ley se ha convertido en el instrumento determinante de la revisión judicial. Lo mismo que bajo el sistema de la Corte Administrativa del régimen de preguerra, las acciones privadas por daños son el medio más eficaz para promover la actuación judicial respecto a la atingencia de la gestión gubernamental. En los casos de protección ambiental, la regla de la rigurosa responsabilidad por la administración deficiente de bienes públicos ha permitido obligar a los empleados gubernamentales a tomar medidas efectivas para prevenir riesgos ambientales en el manejo de ríos y otros bienes públicos, como fue el caso en el que se consideró al Estado responsable de la acumulación en un río de fragmentos de *vinyl* que dañaron las redes de pesca.⁶⁴⁹

Fue también el caso en el que los posibles afectados por la inminente desaparición de una zona forestal, previamente declarada área de reserva ecológica, carácter que fue modificado para proceder a la construcción de una base aérea de las Fuerzas de Autodefensa en un bosque nacional, lo que ponía a los quejosos en riesgo de perder el sistema de drenaje de sus campos de sembradío, demandaron su suspensión argumentando a la vez la inconstitucionalidad de las fuerzas de autodefensa.

Incapaces los demandantes de demostrar la urgente necesidad de impedir la construcción de la base, dió inicio ésta; pero al mismo tiempo la

⁶⁴⁷ Constitución del Japón, artículo 17.

⁶⁴⁸ Owen Haley, John, *op. cit.*, pp. 40-46.

⁶⁴⁹ Pollution Case, Kochi Vinyl y Case, Naganuma, citados en *ibidem*, pp. 45 y 46.

administración tomó medidas para prevenir cualquier daño en el sistema de drenaje, con lo que los quejosos perdieron el interés jurídico para impedir la construcción de dicha obra, y ya sin éste tampoco tenían derecho a pedir que se declararan inconstitucionales las Fuerzas de Autodefensa.

Pero en muchos casos las acciones por daños no son adecuadas, sea porque la indemnización no proporciona una reparación satisfactoria, o porque dadas las estrictas reglas de probación la tasación del perjuicio es difícilmente mensurable. Además, al año siguiente de publicada esta ley, entró en vigor la Ley de Medidas Especiales del Proceso Administrativo, que hizo prácticamente nugatorias sus disposiciones.

Ley de Medidas Especiales del Proceso Administrativo. Después de decretar esta ley de 1948 que todos los asuntos administrativos serían tratados procesalmente como acciones civiles ordinarias, sin emplear expresamente el término *contencioso administrativo*, prescribió un conjunto de reglas especiales que habrían de coartar tanto el derecho de los afectados a acudir a los tribunales, como la competencia de éstos para protegerlos; porque conforme a este ordenamiento el procedimiento civil era aplicable sólo en los casos no previstos en el mismo.

Todos los recursos administrativos —con excepciones para proteger contra la demora en situaciones de emergencia— debían ser previamente agotados por el agraviado; la ejecución del acto impugnado no se suspendía automáticamente por la presentación de la demanda, y aunque un procedimiento especial permitía detenerla en caso de que hubiera urgente necesidad de prevenir un daño irreparable, si su aplazamiento repercutía negativamente en el interés público, el primer ministro podía desconocer la decisión que lo ordenara.⁶⁵⁰ Asimismo las cortes debían desestimar toda demanda —aun siendo ilegal el acto reclamado— si el remedio solicitado atentaba contra el interés público —quedando la definición de éste a juicio del tribunal—, y aun en caso de aceptarla, podían declarar la ilegalidad del acto reclamado, pero no anularlo.

Además se descuidó definir el poder atribuido a las cortes, señalar los actos administrativos que los jueces podían examinar, y establecer los remedios judiciales aplicables si el acto reclamado era juzgado ilegal. Estas omisiones, y las restricciones mencionadas en el párrafo precedente, redujeron el proceso administrativo al estrecho ámbito del sistema anterior a la guerra.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

Las deficiencias de esta ley hicieron que el Gobierno preparara un nuevo estatuto: la Ley del Procedimiento Administrativo en vigor desde 1962, que sin ampliar el poder conferido a los tribunales, ni reducir las formalidades para revisar las medidas administrativas, repitió las ideas y teorías ya imperantes.

La nueva ley establece cuatro categorías de recursos:⁶⁵¹ la primera engloba los litigios por agravios relacionados con el ejercicio del poder público por una dependencia gubernamental, comprende —siguiendo el derecho alemán— los recursos de revocación y de nulidad de los actos y resoluciones administrativas, y el de ilegalidad de la abstención.

Los otros géneros de encauzamiento se refieren a los litigios en los que las acciones administrativas son ventiladas colateralmente en juicios civiles ordinarios —como se hacía bajo la Constitución *Meidyi*—; a aquéllos que tienen por fin hacer rectificar actos administrativos que no satisfacen los requisitos legales o reglamentarios —que no proceden excepto respecto a los ordenamientos que expresamente lo permitan—, y que pueden ser promovidos aún careciendo de interés legal, sólo por la calidad de elector,⁶⁵² y a aquéllos suscitados entre dependencias del Estado u otras instituciones públicas en materia de jurisdicción y autoridad.

Prevalece la doctrina de que es imposible la revisión directa de las acciones administrativas, a menos que los actos o las resoluciones afecten de manera concreta los derechos del agraviado —creen deberes a su cargo, o determinen los parámetros de éstos—; si no es así no se considera como un acto administrativo, y por lo tanto no puede ser llevada a juicio la autoridad que lo realizó.⁶⁵³

Con base en esto la Suprema Corte⁶⁵⁴ revocó una sentencia del Tribunal Superior de Tokio adversa al Comité para la Investigación de Accidentes Marítimos, que había dictaminado que la causa de un accidente había sido la inadecuada inspección y reparación de un timón efectuada por el demandante, que al no haber tomado parte en el proceso de investigación, se había visto impedido de presentar pruebas que lo descargaran de responsabilidad antes de que se emitiera el dictamen que dañaba su reputación. La Suprema Corte alegó que al no implicar la resolución del

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁵² Jacques, Robert, *op. cit.*, pp. 397 y 398.

⁶⁵³ Owen Haley, John, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

⁶⁵⁴ Hayashi Ken Zoosen K. vs. Director of the Marine Accidents High Board of Inquiry Case, citado en *ibidem*, pp. 42 y 43.

comité una determinación obligatoria respecto a la negligencia del apelante, no infringía sus derechos. Este razonamiento se ha seguido consistentemente en decisiones posteriores.

Además, sólo la persona afectada —la que tiene *interés legal* en la revocación o invalidación— puede iniciar un juicio, en el que debe demostrar los efectos concretos que el acto impugnado produce en sus derechos o intereses legalmente protegidos. La Suprema Corte sostuvo en 1966 que la mera publicación de un plan no era una disposición sujeta a proceso administrativo, aunque conforme a él las mejoras y otras modificaciones de la tierra y construcciones que en el futuro se hicieran, requerirían de aprobación gubernamental; el proceso podría iniciarse hasta que ésta fuera negada.⁶⁵⁵ Esta decisión se ha utilizado para obstruir los juicios iniciados para detener la ejecución de proyectos en previsión de los daños ambientales que pudieran causar.

Aún cuando la Suprema Corte resuelva que un acto gubernamental es ilegal, las insuficiencias en la definición de su poder le impiden obligar al gobierno a tomar medidas correctivas.⁶⁵⁶ Esta imposibilidad para prevenir o enmendar efectivamente los daños, así como para obligar a resarcir por ellos, sigue siendo la mayor cortapisa para la búsqueda de una reparación judicial, ya que según la Ley del Procedimiento Administrativo, los remedios judiciales previstos en el Código de Procedimientos Civiles no son aplicables contra órdenes y actos de dependencias administrativas que impliquen el ejercicio del poder público.

Con base en la teoría vigente hasta la ocupación, en el sentido de que la gestión de un aeropuerto era regida por el derecho privado y no por el derecho público, se obtuvo tanto del Tribunal de Distrito, como del Tribunal Superior de Osaka, la suspensión de los despegues y aterrizajes de aeronaves. Decisión revocada por la Suprema Corte que consideró que dicha gestión se hacía en ejercicio de la autoridad administrativa, y estaba por tanto sujeta a la prohibición de conceder alguno de los remedios judiciales previstos en el Código de Procedimientos Civiles.⁶⁵⁷

Ley para la Ejecución Administrativa por Procuración. La Ley de Ejecución Coactiva de 1900, que para hacer cumplir los reglamentos administrativos facultaba a la policía a arrestar y mantener en custodia —sin

⁶⁵⁵ Sakamoto vs. Governor of Tokyo Prefecture Case, citado en *ibidem*, p. 45.

⁶⁵⁶ John Owen Haley, *op. cit.*, p. 45

⁶⁵⁷ Airport Case, Osaka, citado en *ibidem*, p. 45.

la protección del Código de Procedimientos Penales— a las personas sospechosas de violar leyes y órdenes administrativas, fue considerada por las autoridades de la ocupación como un atentado a las libertades civiles e inconsistente con la nueva Constitución, por lo que fue derogada en 1948 por la Ley para la Ejecución Administrativa por Procuración.⁶⁵⁸

El nuevo ordenamiento no es una mejor solución, pues se circunscribe a los casos en que los empleados pueden por sí mismos efectuar las acciones legalmente requeridas; pero no establece medios de coerción para que los servidores públicos se apeguen a los ordenamientos legales. Así pues los tribunales siguen desempeñando un insignificante papel respecto a la defensa contra la ejecución coactiva de las acciones administrativas, venero inagotable de casos que deberían ser revisados por el Poder Judicial.

Supervivencia de conceptos *Meidyi* en el régimen actual

A pesar de la disposición anglo-estadounidense de un sólo orden jurídico, el apego a las nociones del derecho administrativo europeo continental —sin llegar al establecimiento de un derecho administrativo aplicado por jueces especializados en un tribunal específico—, ha eludido el principio de juzgar tanto a la administración como a los particulares conforme a un mismo derecho, y ha establecido un sistema de recursos administrativos parecido a los de Alemania y Francia; pero que siguiendo el principio en vigor durante el régimen anterior en el sentido de que el Poder Judicial no puede ni debe intentar dominar o supervisar al ejecutivo,⁶⁵⁹ ha dado mucho mayor peso a la protección del interés público, y ha resguardado la mayor parte de la actividad administrativa de la supervisión judicial.

Esto implica la existencia de acciones administrativas no revisables, porque así como las personas afectadas tienen derecho a ser protegidas, el gobierno no debe verse indebidamente impedido de actuar. Sólo por medio de la revisión indirecta, colateral a juicios por daños —como ocurría bajo la Constitución *Meidyi*—, han podido las cortes cumplir en alguna medida la función que les es atribuida por la Constitución vigente.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁵⁹ Kiminobu, Hashimoto, “The Rule of Law: Administrative Action”, en Taylor von Mehren, Arthur, *op. cit.*, pp. 240-243 y 270-273.

En muchos casos los tribunales, especialmente la Suprema Corte, se han declarado incompetentes para juzgar respecto a materias técnicas o políticas —como la constitucionalidad de la disolución del Parlamento, y la existencia de las Fuerzas de Autodefensa— alegando que no pueden calificar si la acción es o no apropiada, sino sólo decidir si es ilegal o no lo es, y si con ella son violados los derechos humanos fundamentales o no lo son. En otros casos se ha negado la protección judicial porque siendo discrecional la facultad de la administración, sólo es revisable por las cortes si se excede en ella.

Esto no necesariamente es atribuible a una deficiencia del Poder Judicial, sino a que el gobierno de ocupación no tuvo el cuidado de proporcionar un modelo alternativo a la teoría de derecho público del anterior régimen respecto a la separación de los tribunales judiciales y administrativos, y a que forzó una organización judicial de tipo estadounidense en un sistema jurídico en el que existía ya una estructura que seguía el derecho europeo continental, y que conforme a éste podía haber sido democratizada. Incrustar un Poder Judicial a la manera del estadounidense sin hacer los ajustes correspondientes en todo el aparato jurídico, ha ayudado a que la burocracia preserve su independencia de la vigilancia judicial, y ha impedido a la Judicatura japonesa desempeñar un papel importante protegiendo a los ciudadanos de la acción gubernamental.⁶⁶⁰

7. *Autonomía local*

Japón es un país unitario, en el que tomando como modelo a Estados Unidos, que es una federación, las entidades públicas locales —las prefecturas y sus subdivisiones: ciudades, pueblos y aldeas—⁶⁶¹ son responsables de todos los asuntos de la política local, conforme al principio de auto-administración señalado en la Constitución.⁶⁶² De acuerdo con éste, y dentro del amplio margen de libertad fijado por la Ley de Autonomía Local, administran sus propiedades, y emiten sus propios ordenamientos —incluidos los referentes a los impuestos necesarios para cubrir sus gastos propios—.

⁶⁶⁰ Owen Haley, John, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁶¹ Ito, Hiroshi, *op. cit.*, pp. 161 y 182.

⁶⁶² Constitución del Japón, artículos 92-95.

El nivel regional de gobierno se basa en el sistema presidencial:⁶⁶³ el jefe del Ejecutivo de cada prefectura es su gobernador, que ha de aplicar tanto las leyes de su jurisdicción, como las medidas que como representante del gobierno central le sean delegadas por el Ministerio de Auto-administración. Asimismo los jefes del Ejecutivo de las ciudades, pueblos, y aldeas son sus alcaldes, que en tanto órganos del Estado están sometidos a la autoridad de los ministerios competentes; pero que dentro de sus respectivas jurisdicciones tienen facultad para decretar los reglamentos relacionados con el ejercicio de sus atribuciones.⁶⁶⁴

Corresponde a las prefecturas la construcción y mantenimiento de caminos, y la preservación de las vías fluviales; así como la prestación de los servicios de policía, salud pública, asistencia y seguridad social, albergues públicos, administración del trabajo, bibliotecas, y educación secundaria. Sus partes constitutivas se encargan de la planeación urbana, la construcción y mantenimiento de calles, parques, y redes de agua potable y drenaje; asimismo de los servicios de recolección de basura, prevención y extinción de incendios, ayuda por desempleo, pensiones y seguros de la seguridad pública, administración de puertos, y educación elemental y primaria —aunque los sueldos de los maestros son cubiertos por las prefecturas—. ⁶⁶⁵

Las prefecturas y sus subdivisiones territoriales cuentan con cuerpos legislativos, y tanto estas asambleas como los gobernadores, elegidos unas y otros por un término de cuatro años por sus respectivas comunidades, tienen el derecho de iniciativa de leyes —excepto la del presupuesto, que pertenece sólo al ejecutivo—. ⁶⁶⁶ Hacer partícipes a los poderes locales de la formación de la voluntad política y de la toma de decisiones, tiene por objeto evitar la centralización del poder político.

Si bien las leyes emitidas por las legislaturas locales no tienen validez sobre las establecidas por el Parlamento —ni las de las jurisdicciones menores sobre las de las prefecturas por ellas constituidas—, ⁶⁶⁷ sin el consentimiento de la mayoría de sus electores obtenido en los términos de ley, el Parlamento no puede establecer ninguna disposición aplicable sólo a una de esas circunscripciones.

⁶⁶³ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁶⁴ Wang, Dominique T.C., *op. cit.*, p. 37.

⁶⁶⁵ Tax Bureau, *An Outline of Japanese Taxes*, Ministry of Finance, 1968, pp. 162-164.

⁶⁶⁶ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁶⁷ Wang, Dominique T.C., *op. cit.*, p. 37.

Las legislaturas prefecturales y las de las ciudades pueden destituir a los respectivos gobernadores y alcaldes mediante un voto de desconfianza; pero emitido éste, ambos ejecutivos pueden disolver las correspondientes asambleas. Los gobernadores pueden además vetar las decisiones de los poderes legislativos locales y negarse a ejecutar las leyes que emitan, lo que fortalece su posición. Los referendos, y la posibilidad de deponer a los funcionarios mediante plebiscitos, permiten una democracia directa.⁶⁶⁸

8. *Revisión de la Constitución*

La Constitución de 1947 —presentada como una enmienda de la constitución Meidi— fue redactada siguiendo el proyecto presentado por el Comando Supremo de los Poderes Aliados en circunstancias políticas y sociales poco favorables para la libre manifestación de la voluntad nacional. Aduciendo esta razón, grupos conservadores han pretendido que sea sustituida por otra netamente japonesa, o por lo menos que sea enteramente revisada.

En 1956 el Gobierno estableció la Comisión de Investigaciones Constitucionales⁶⁶⁹ —que sesionó siete años, de 1957 a 1964—, y aunque lo que se explicó al Parlamento fue que su propósito era estudiar si existía alguna disposición teóricamente criticable en ella, en realidad se trataba de investigar sus antecedentes, y en su caso, aconsejar sobre la necesidad de una revisión⁶⁷⁰.

La Comisión debió integrarse por veinte especialistas en diferentes materias, y por un conjunto de parlamentarios en proporción a los asientos con que cada partido contara en el Parlamento. El Partido Liberal Democrático —conservador a pesar de su nombre— nombró los veinte miembros que le correspondían; pero el Partido Socialista rehusó nombrar a sus diez representantes considerando que su escaso número no permitiría una discusión razonada, sino que serviría para justificar la actuación de la comisión, que estaba seguro, habría de manifestarse en favor de la revisión.⁶⁷¹

⁶⁶⁸ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

⁶⁶⁹ Ley 140 de 11 de junio de 1956, citada por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 208.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 209.

⁶⁷¹ Wang, Dominique T. C., *op. cit.*, p. 31.

Junto con la Comisión Gubernamental, nació otra de carácter privado de tendencia anti-revisionista llamada Comisión de Estudios Constitucionales, compuesta por personas progresistas.⁶⁷²

En el informe de la Comisión de Investigaciones Constitucionales se explicó el desarrollo de sus trabajos y se expusieron las opiniones antagónicas de sus miembros, sin que la comisión como tal se pronunciara a favor o en contra de la revisión.⁶⁷³ Pero si se toma en consideración la opinión de la mayoría de sus integrantes, el texto impuesto por el poder extranjero debería ser sustituido por una Constitución inspirada en la voluntad nacional.

El primer objetivo del interés revisionista fue la institución del *tennoo*, cuya situación jurídica debería ser la de un jefe de Estado, para revertir a una indubitable monarquía. Pero nadie ignoraba que la extrema izquierda favorecía la eliminación de la que consideraba una institución anacrónica potencialmente peligrosa, y que intentar modificar la posición del *tennoo* entrañaba el riesgo de que la institución fuera suprimida en vez de reforzada.

Los defensores de la Constitución no olvidaban que la omnipotencia del *tennoo* manipulada por los militares llevó al país a la catástrofe; y tampoco desconocían que el peligro del militarismo no había desaparecido, puesto que el segundo punto cuya revisión se deseaba era el de la renuncia a la guerra,⁶⁷⁴ con vistas a que el país pudiera desarrollar su poderío político-militar. Y desde luego se mantuvo vigente la discusión sobre si ese repudio implicaba la proscripción del derecho a la legítima defensa. Los revisionistas insistieron en la necesidad de que el Japón asumiera sus responsabilidades para contribuir positivamente a la sociedad internacional.⁶⁷⁵

El punto más polémico respecto al Poder Judicial fue el control de la constitucionalidad. La mayor parte de los miembros de la comisión lo apoyó; pero entre ellos algunos encontraron excesivo el poder que la Constitución otorga a la Suprema Corte sobre el Parlamento, porque en definitiva, si se acepta que dicho ordenamiento dice lo que la Judicatura interpreta, se le otorga a una elite de quince jueces no electos, la posibi-

⁶⁷² *Ibidem*, p. 209.

⁶⁷³ Wang, Dominique T. C., *op. cit.*, p. 32.

⁶⁷⁴ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 210.

⁶⁷⁵ Sautter, Christian, "La Nouvelle Place du Japon dans le Monde", *Pouvoirs*, París, núm. 71, noviembre de 1994, pp. 47 y 48.

lidad de tachar de inconstitucional una ley aprobada por la mayoría de una asamblea electa por el pueblo, lo que es un atentado en contra de la democracia.⁶⁷⁶ Citaron en favor de su opinión el borrador del texto de un proyecto de Constitución presentado por McArthur, conforme al cual en materias ajenas a los derechos humanos fundamentales —cuya limitación proponía la mayoría de los miembros de la comisión— la opinión de la Corte podía ser invalidada por el voto de dos tercios de un parlamento unicameral.

La Suprema Corte ha evitado la *justicialización* de la política autolimitando su jurisdicción para no caer en un *gobierno de los jueces*. Limita su poder a calificar la ejecución de las decisiones políticas sin anular la ley cuestionada, porque de hacerlo intervendría en la legislación, contrariando el principio de la división de poderes. Pero asimismo defendió su independencia cuando en 1948 la Comisión Jurídica de la Cámara Alta intentó conseguir la revisión de un veredicto del Tribunal Supremo. En una resolución dirigida al Parlamento, se opuso a cualquier intento de intervención del Poder Legislativo en el ejercicio del Poder Judicial.⁶⁷⁷

El riguroso proceso previsto en la Constitución⁶⁷⁸ para su reforma —se requiere el voto aprobatorio de cuando menos dos tercios de los miembros de cada Cámara, y la ratificación del pueblo por mayoría de los votos obtenidos en un referendo especial, o en una elección especificada por el Parlamento— hace remota la posibilidad de una enmienda.⁶⁷⁹ La ausencia de modificaciones tanto a la Constitución *Meidiy*, como a la actual en sus más de sesenta años de vigencia, sugieren la escasa tendencia que hay en Japón a introducir correcciones en su ley suprema.

II. INFLUENCIA DE LA ESTRUCTURA TRADICIONAL NO LEGISLADA EN LA VIDA JAPONESA

El sistema jurídico japonés actual es una amalgama del sistema romanista recibido durante la época *Meidiy* para sustituir los ordenamientos derivados del pensamiento chino, el *common law* estadounidense, y la

⁶⁷⁶ Ito, Hiroshi, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

⁶⁷⁷ Kevenhöster, Paul, *op. cit.*, pp. 97-99.

⁶⁷⁸ Constitución del Japón, artículo 96.

⁶⁷⁹ Wang, Dominique T. C., *op. cit.*, p. 32.

tradición consuetudinaria japonesa,⁶⁸⁰ por lo que en la estructura jurídica japonesa pueden distinguirse tres corrientes de pensamiento: la tradición jurídica alemana y francesa —introducida voluntariamente en la época *Meidi*— fundada en un coherente sistema de normas estatuidas por el poder legislativo, y en el amplio cuerpo de doctrina que le da apoyo cuando no también origen; el derecho anglo-estadounidense, basado en preceptos judiciales originados en litigios, impuesto durante la ocupación cuando el sistema continental europeo llevaba ya más de sesenta años de aplicación; y las tradiciones indígenas: la dependencia de los controles sociales, la responsabilidad colectiva, la lealtad al grupo, la conciliación como medio de resolver disputas, y desde luego la costumbre. Como podrá apreciarse, si bien el régimen jurídico japonés, siguiendo principios euro-estadounidenses se cimenta en leyes emanadas del Poder Legislativo —aunque los precedentes judiciales tienen en él gran importancia—, ha admitido como uno de sus componentes elementos de la normatividad autóctona.⁶⁸¹

1. *La visión tradicional del derecho*

En algunos idiomas la palabra derecho se aplica no sólo a la ley, sino también a la protección jurídica que la norma concede a una persona. Entendido en este último sentido se refiere a una defensa de los intereses legítimos de los particulares; en tanto los tutela, el derecho es una autorización de conducta unida a la posibilidad de exigir el cumplimiento del deber correlativo. Al iniciarse la recepción del sistema legal europeo en la época *Meidi*, fue necesario empezar por crear el concepto de derecho subjetivo —el facultamiento de conducta garantizado por el precepto legislado— y el ideograma para representarlo. Esta normatividad extraña fue sobreimpuesta a una sociedad confuciana altamente jerarquizada y tradicional, en la que la protección jurídica en ese sentido era desconocida.

De aquí que los japoneses no juristas siguieran entendiendo el derecho sólo como ley, como un instrumento de coerción que el Estado empleaba para imponer su voluntad al pueblo, lo que implicaba un sentido negativo. No recurrir jamás a él, ni dar motivo a que les fuera aplicado, era la manera normal de comportarse de las personas honestas. Ser demandado

⁶⁸⁰ Okabe, Taku, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁸¹ Agostini, Eric, *Droit comparé*, París, Presses Universitaires de France, 1988, p. 315.

—y aún demandar— era una vergüenza,⁶⁸² porque así fuera en defensa de intereses legítimos se consideraba casi una extorsión.

Para organizar las relaciones sociales las culturas derivadas del mundo judeo-greco-romano partieron de un principio dado externamente: la ley, que como se conoce actualmente se basa en que todos los sujetos son iguales ante ella, y en que los derechos que confiere son discernibles mediante un proceso judicial. El derecho —en su acepción de ley— implica una regla escrita, emitida por una legislatura que representa a sus electores, y que es aplicada por cortes independientes a petición de ciudadanos ayudados por abogados. La ley emitida por una legislatura representativa y aplicada por tribunales a petición de los interesados, fue importada por Japón apenas en las postrimerías del siglo XIX, y únicamente respecto al derecho privado; el derecho público comenzó a ser impugnado ante los tribunales sólo desde 1947.⁶⁸³

Lo anterior no implica que antes del establecimiento del derecho europeo no existieran reglas de conducta para mantener el orden social. La sociedad japonesa se desarrolló basada en un sistema de disciplina que establecía técnicas para mantener el orden y arreglar las disputas; pero no normas que pudieran defenderse ante tribunales autónomos, y sin que hubiera abogacía, judicatura, ni juicios. Lo que existía era el concepto de jerarquía, autoridad, y disciplina de acuerdo con principios éticos confucianos; por lo tanto no se conocía la idea de una ley redactada por un poder independiente del soberano, que pudiera ser examinada en una corte de justicia también autónoma.

En la cultura tradicional japonesa no hubo legislación, tribunales, ni juicios en el sentido que se les da en los sistemas de derecho europeo y estadounidense; el gobierno era ejercido por una autoridad elitista y se basaba en órdenes, obediencia, y deberes. En caso de desacuerdo el objetivo del proceso era conciliar a las partes, no la aplicación oficial de reglas jurídicas para hacer valer los derechos de una de ellas, como ocurre en el juicio ventilado conforme al derecho romano-canónico-germano o al anglosajón.

La ausencia de sanciones legales efectivas respecto a las relaciones de los particulares entre sí —tocante a las relaciones de la autoridad hacia

⁶⁸² Yosiyuki Noda, *op. cit.*, p. 175.

⁶⁸³ Henderson, Dan Fenno, "Comparative Law in Perspective", *Pacific Rim Law and Policy Journal*, Washington, vol. 1, núm. 1, invierno de 1992, pp. 6 y 7.

los súbditos si existían—, forzó en los orígenes de la sociedad japonesa a la creación de mecanismos sociales compensatorios de control y orden. En la propensión a regirse por rangos, y en la adherencia a formas jerárquicas en la organización social, se hacía patente la falta de mecanismos coactivos legales para hacer cumplir las normas que regían la vida diaria de los particulares.

La cultura japonesa indígena no se basa en la culpa, castigada por autoridades civiles o religiosas —y en última instancia por una autoridad sobrenatural—, sino se funda en la vergüenza,⁶⁸⁴ en la sanción psicológica de quedar deshonrado ante la comunidad. Esto era lo que obligaba a abstenerse de cometer faltas. Cuando se introdujo el derecho extranjero, por una parte la existencia de efectivas reglas extralegales de conducta hizo innecesario recurrir a él, y por la otra se consideraba deshonroso hacerlo.

Fue interés de los gobernantes *Meiyi* conservar el orden habitual, así que dieron facilidades para que el pueblo siguiera rigiendo su vida por los preceptos ancestrales, y lo mismo hicieron las autoridades que los sucedieron. Como se verá posteriormente, la ley *Meiyi* sobre aplicación de las leyes que reconoce la validez de la costumbre continúa en vigor, por lo que los usos milenarios continuaron con toda su fuerza en la generación que logró la reconstrucción del Japón; pero eso no implica que necesariamente ha de ser así por siempre, porque la manera de pensar de un pueblo es un proceso dinámico, no una estructura fija.⁶⁸⁵ La evolución del pensamiento conlleva la de la concepción del derecho, por lo que no sería de extrañar que a medida que las generaciones se sucedan, los principios antiguos vayan diluyéndose en las costumbres y preceptos modernos; pero de momento hay ideas tradicionales aún distinguibles en la sociedad japonesa.

2. *Los controles sociales y los controles legales*

Más que jurídicamente, hasta el fin de la guerra el pueblo estuvo controlado culturalmente por la censura socialmente engranada y acatada por adhesión a la comunidad, y por lo que los individuos siguieron siendo gobernados por normas impuestas por los grupos sociales, sin que fuera

⁶⁸⁴ Benedict, Ruth, *The Chrysanthemum and the Sword*, citado por Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, p. 196.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 200.

necesario recurrir a tribunales.⁶⁸⁶ En la casa, la escuela, el trabajo, y el vecindario, la conducta apropiada estaba socialmente prescrita y era inexorablemente exigida, en tanto que la ley promulgada por el Estado en gran medida era superflua en los tratos privados.

Aunque el carácter conservador del gobierno ha ayudado a preservar la tradición, conforme desaparecen las generaciones formadas siguiendo los principios antiguos, y el orden jerárquico va desintegrándose a medida que los miembros de la sociedad van reconociendo la igualdad de todos los sujetos ante la ley, es natural que las normas ancestrales vayan cediendo su lugar al derecho.

En esas circunstancias no es de extrañar que las nuevas normas jurídicas se apliquen cada vez más, y que los conflictos jurídicos vayan siendo dirimidos conforme a las leyes de una manera tajante —apartándose de la conciliación— de acuerdo con obligaciones netamente encuadradas y cuantitativamente delimitadas, cuyo cumplimiento depende cada vez menos de la conciencia de estar obligado hacia alguien más. Como consecuencia de lo anterior es posible que el concepto tradicional sobre como solucionar los conflictos de intereses acabe por diluirse en las costumbres nuevas, y que llegue el momento en que desaparezca;⁶⁸⁷ pero de momento, ya iniciado el siglo XXI, aún subsisten rasgos tradicionales en una peculiar combinación con características modernas.

Tal vez porque la desaprobación social continúa siendo eficaz para imponer deberes sin derechos correlativos, aún hoy los japoneses son socialmente disciplinados en alto grado y menos inclinados a la tutela jurídica de los intereses individuales, y por tanto menos dados a la aplicación del derecho hecha por tribunales.⁶⁸⁸ La obediencia y deferencia hacia a la autoridad, la lealtad, la condescendencia, y la identidad de grupo son poderosos frenos para la conducta antisocial. La familia, la escuela, la comunidad laboral, el vecindario, y cualquier otra colectividad a la que se pertenezca, aún establecen eficaces sanciones sobre la conducta de sus miembros; porque en principio, la japonesa es una sociedad en la cual se cumplen las obligaciones contraídas siguiendo una cuidadosamente calculada red de relaciones humanas.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ Henderson, Dan Fenno, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁸⁷ Noda, Yosiyuki, *op. cit.*, pp. 191-196.

⁶⁸⁸ Henderson, Dan Fenno, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸⁹ Smith, Robert J., *Lawyers, Litigiousness and the Law in Japan*, 11 Cornell Forum (núm. 2), 53, 54, (1984), citado por John O. Haley, *Introduction: Legal vs. Social Controls*, en John O. Haley, *Japanese Administrative Law*, p. 2.

El grupo y su bienestar —desde la familia a la nación, pasando por las empresas— tiene tradicionalmente preeminencia sobre los intereses individuales. Esto, aunado a la generalizada tendencia a considerar a la colectividad y a sus dirigentes como responsables del proceder de sus miembros —aunque jurídicamente no lo sean—, hace que contar con la aprobación de la comunidad a la que se pertenece actúe como una efectiva sujeción del comportamiento de sus integrantes.⁶⁹⁰ Concomitantemente existe un fuerte sentido de responsabilidad social y moral en quienes ejercen autoridad sobre el grupo.

Esta fuerza y efectividad de los controles sociales hace que el cumplimiento coactivo de la ley sea relativamente débil: los contratos son más una ayuda para recordar los términos pactados, que un instrumento para ser aplicado coercitivamente por el Poder Judicial —el que además carece de poder para crear remedios no estatutarios como sus homólogos angloestadounidenses, y para imponer sanciones por desacato—. Asimismo algunos controles reglamentarios no se aplican por la fuerza, pues las autoridades administrativas prefieren no obligar legalmente a las partes en conflicto, sino llegar al cumplimiento voluntario recurriendo a medios indirectos de presión extralegal para obtener su consentimiento, lo que proporciona a las partes reguladas mayor espacio de maniobra, y voz en las medidas que han de serles aplicadas.

El asentimiento social y los medios para conseguirlo son cruciales, y aunque no sea impuesta por la fuerza, en el proceso de lograrlo la ley desempeña un papel importante, porque las normas jurídicas trascienden su ejecución coactiva: valen como principios orientadores que proporcionan la estructura dentro de la cual se desarrolla el procedimiento para obtener el consenso, o legitiman las normas que permiten la formación de éste, y en ambos casos canalizan la conducta e influyen en la vida social y política. La ley es así uno de los principios que dirigen el engranaje social.

3. *La conciliación, instrumento para ventilar conflictos*

Se atribuye a la cultura japonesa una enraizada aversión hacia los mecanismos formales de adjudicación, y una marcada preferencia por la conciliación,⁶⁹¹ conforme a la cual de haber querellas deben zanjarse de

⁶⁹⁰ Owen Haley, John, *op. cit.*, pp. 2-5.

⁶⁹¹ *Ibidem*, pp. 108-119.

mutuo acuerdo, sin la rivalidad que entraña un litigio en el que se resuelve lo que es pertinente con base en patrones abstractos que pueden no coincidir con los propósitos de las partes. Ser una sociedad no litigiosa es un orgullo para el gran público, y para el gobierno una manifestación de sabiduría popular que respeta y defiende, y que se maneja como un factor de identidad nacional que caracteriza a la japonesa como una sociedad homogénea y exenta de conflictos.

Hay quienes refutan esta opinión aduciendo que la conciliación no es un producto espontáneo de la sociedad al que se le da reconocimiento oficial, sino una medida del gobierno establecida en la Constitución del Príncipe Shotoku —promulgada en 604— que se basaba en la *armoniosa cooperación*⁶⁹² de la filosofía confuciana, adoptada por el régimen Tokugawa, que para desembarazar a los tribunales alentaba —cuando no obligaba a las partes— a convenir; posteriormente recogida por el régimen Meidi y reforzada durante el periodo bélico por la disposición de evitar el ejercicio de los derechos establecidos en las leyes, y de arreglar las disputas a modo de preservar la armonía.⁶⁹³

Cierto que desde el fin de la guerra en números absolutos la tasa de litigios ha descendido, y que en relación con la de Estados Unidos es baja; pero si el cotejo se hiciera con otros países —los escandinavos, por ejemplo— quedaría claro que hay sociedades con una tendencia al litigio aún menor que la japonesa. Sin embargo es explicable que la comparación se haga con aquél país, porque habiendo sido creado el poder judicial japonés siguiendo el paradigma estadounidense, en los numerosos estudios producidos por los tratadistas de esa nacionalidad se critica el que no se haya logrado desarrollar una judicatura japonesa similar a la que le sirvió de modelo. Es normal que estén influidos por esa idea los japoneses de cuya formación han sido parte esos textos.

Indudablemente en la preferencia por la conciliación —que sigue los lineamientos de los años veinte y treinta— existe un factor cultural: se conocen casos de ostracismo social contra los demandantes si su reclamación agravia el sentido popular de lo que es correcto. Pero en todas las sociedades amplios sectores de ellas consideran el litigio como un mal necesario costoso y dilatado, y cuando es posible optan por un arreglo negociado fuera de los tribunales.

⁶⁹² Agostini, Eric, *op. cit.*, p. 317.

⁶⁹³ Owen Haley, John, *op. cit.*, pp. 108-118.

En el rechazo japonés a litigar además del deseo de preservar la armonía, proteger la autonomía, y mantener el control de la situación no sometiendo a un tercero la posibilidad de decidir una disputa, hay factores institucionales: existencia de registros civil y de la propiedad, congestión en los tribunales, certidumbre de que el remedio judicial no compensa el costo del litigio, y la existencia de alternativas eficaces.

Siguiendo el sistema legal derivado del derecho romano-canónico-germano, en Japón hay registro civil y registro de la propiedad, lo que implica que muchos casos relacionados con el estado civil de las personas —adopción, divorcio—, con las sucesiones, y con las transferencias de propiedad, se arreglen con simples anotaciones en dichos registros sin dar lugar a juicios como ocurre en Estados Unidos.

Por otra parte, coadyuva a mantener bajo el número de litigios la congestión en los tribunales. Desde fines del siglo XIX hasta 1970, el número de jueces disminuyó de cuatro a tres por cada cien mil habitantes, lo que ha impedido que las cortes puedan desahogar oportunamente los trámites, y la dilación de las resoluciones eleva el costo de los litigios; si lo que va a erogarse no queda compensado con el remedio judicial que puede obtenerse, existe un incentivo para negociar en vías extrajudiciales la solución de los conflictos.

En Estados Unidos, el sistema de jurados y la autonomía de los jueces individualmente considerados —que pueden crear remedios judiciales— produce variaciones sustanciales en las sentencias, lo que impide comparar de antemano los efectos del juicio en relación con su costo. En Japón, como en cualquier país que sigue el sistema europeo continental de derecho, para evitar disparidades en los resultados de los litigios se exige de la justicia un tratamiento consistente en situaciones similares, de modo que los posibles querellantes pueden prever los resultados, compararlos con el costo, y deducir de este cálculo si conviene más un arreglo extrajudicial.

Los estrictos requisitos para reconocer validez a los instrumentos de prueba, y la escasa compensación monetaria que pueden obtener, desaniman a los litigantes; aún más si buscan un remedio judicial distinto del pecuniario, porque los jueces japoneses no pueden —como los estadounidenses— obligar a hacer o abstenerse de hacer algo en acciones civiles, bajo pena de prisión o multa.

Desde luego la existencia de personas e instituciones capaces de desempeñar con eficacia el papel de mediadores disminuye la necesidad de

recurrir a la adjudicación formal, y cuando entre las partes existe una larga relación⁶⁹⁴ que forzosamente ha de subsistir a pesar del problema legal —como en materia de familia—, o que puede continuar —como en los conflictos derivados del uso o tenencia de la tierra o propiedades—, el acuerdo es mejor que un enfrentamiento; pero siempre hay la posibilidad de que para lograr un convenio mutuamente satisfactorio —que no siempre es imparcial— se sacrifiquen intereses y derechos.

A. Conciliación judicial

El propósito de la conciliación, de acuerdo con la Ley de Conciliación Civil,⁶⁹⁵ es la resolución de disputas a través de concesiones mutuas, tomando en cuenta el estado real del asunto, y de conformidad con la razón. La avenencia es regulada tanto por la mencionada ley como por reglas establecidas por la Suprema Corte. Los litigantes en materia civil pueden acordar recurrir al avenimiento en vez de proceder a un juicio; y aún si optan por éste, queda al tribunal que conoce el caso transferirlo a conciliación si es pertinente. Este procedimiento se sigue ante los tribunales de distrito, las cortes sumarias, o los tribunales familiares.⁶⁹⁶

En asuntos familiares el Comité de Conciliación se compone de un juez —que no participa en las sesiones para no dar la impresión de que arregla el asunto por su autoridad—⁶⁹⁷ y dos consejeros de las Cortes Familiares; y en los demás casos de un juez y dos comisionados de conciliación civil, unos y otros —nombrados por la Suprema Corte— deben ser abogados, tener conocimiento especial en la resolución de disputas civiles, o suficiente habilidad y experiencia en la vida social.⁶⁹⁸

El arreglo al que llegan los querellantes tiene el mismo efecto que una resolución judicial. Si no alcanzan un acuerdo, consultado a los consejeros o comisionados puede el juez hacer una recomendación, que si no es objetada por los interesados tiene el efecto de una conciliación; pero si falta su consentimiento no es válida, porque de acuerdo con una resolución

⁶⁹⁴ Oda, Hiroshi, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁹⁵ Artículo 1o., citado por Oda, Hiroshi, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁹⁶ *Idem.*

⁶⁹⁷ David, René, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 7a. ed., Paris, Dalloz, 1978, p. 559.

⁶⁹⁸ Oda, Hiroshi, *op. cit.*, p. 83

tomada por la Suprema Corte en 1960, de imponerse la recomendación se violaría tanto la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales, como el principio de que la justicia se imparte públicamente.⁶⁹⁹

B. Conciliación informal

Las cuestiones relacionadas con la contaminación ambiental, los créditos al consumidor, los accidentes de tráfico, la propiedad intelectual, las transacciones con seguros, la falta de ética médica, la protección al consumidor, y los problemas originados por la construcción de edificios, pueden ser objeto de arbitraje, conciliación, mediación, y acuerdos por compromiso, dirigidos sea por organismos públicos, o por agrupaciones privadas no lucrativas especializadas en dirimir disputas.⁷⁰⁰

El arbitraje, la conciliación, y la mediación en disputas comerciales las realizan tanto la Asociación de Arbitraje Comercial como la Asociación de Intercambio Naviero Japonés; los mediadores —que deben ser residentes en el país— se escogen de una lista preparada por el primero de los organismos mencionados. Se presentan pocos casos de arbitraje en esta materia, en parte por las obsoletas disposiciones previstas por el Código de Procedimientos Civiles —con base en su homólogo alemán del siglo antepasado—, y en parte por la mencionada limitación de los interesados para seleccionar a los mediadores. En cambio, desde que adscrita a la Oficina del Primer Ministro se creó en 1970 la Comisión Coordinadora para la Contaminación —que ejerce un poder casi judicial—, se acude frecuentemente a la conciliación para resolver los problemas relacionados con los daños ocasionados al medio ambiente.

Establecido en 1978, el Centro para el Arreglo de Querellas por Accidentes de Tráfico dirige la avenencia desde el punto de vista que adoptaría el Poder Judicial. El acuerdo al que mediante sus oficios llegan las partes se considera como un contrato de compromiso en los términos del Código Civil; de no haber entendimiento, cualquiera de los interesados puede solicitar que sea la Junta de Conciliación del propio centro la que ventile el problema, caso en el que la recomendación que emita obliga a la compañía de seguros; pero no a la víctima, aunque la mayoría de las veces su consejo da fin al procedimiento.

⁶⁹⁹ Resolución de la Suprema Corte en 1960, citada por David, René, *op. cit.*, p. 559.

⁷⁰⁰ Oda, Hiroshi, *op. cit.*, pp. 84 y 85.

C. Conciliación administrativa

El régimen de gobierno japonés consiste en una gestión consensual,⁷⁰¹ que confiere al Estado poder casi ilimitado para intervenir en todas las áreas de la administración, y para dirigir la economía; pero que no otorga a la autoridad facultades coactivas para imponer sus propósitos, sino que ésta tiene que recurrir a un proceso de negociación que abarca tanto la formulación de las políticas públicas, como su aplicación. La influencia y el control del gobierno dependen de la capacidad de la burocracia para conseguir a través de la orientación administrativa, la aquiescencia de los que van a ser afectados, cuya cooperación es indispensable para la ejecución de las disposiciones gubernamentales.

La orientación administrativa es un procedimiento informal de reglamentación no obligatorio —basado en un amplio poder discrecional y no en normas legales o reglamentarias— que el gobierno japonés emplea a través de recomendaciones, incentivos, sugerencias, o consejos, para estimular a las partes interesadas a actuar o abstenerse de hacerlo, a modo que su conducta coincida con los objetivos de la propia administración.⁷⁰²

Dichas pautas pueden ser promotoras, si tienen por fin ajustar la conducta de las partes con los propósitos de la administración para alcanzar metas específicas de política; o reconciliatorias,⁷⁰³ si se emplean para avenir intereses antagónicos entre los particulares, como los que surgen respecto a la planificación urbana. Aunque por su naturaleza las directrices administrativas no son obligatorias, la facultad de proponerlas va acompañada del poder de conceder o negar licencias y permisos, así como de prestar servicios o no hacerlo. En su aceptación y cumplimiento influyen también la gran consideración que tradicionalmente se ha brindado a la burocracia, y la estrecha relación que ésta guarda con el ámbito empresarial.⁷⁰⁴

Este procedimiento, que la ausencia de facultades legales y lo endeble de las escasas medidas de coacción hacen necesario, aunque limita la autonomía de la burocracia para determinar su política,⁷⁰⁵ le permite

⁷⁰¹ Owen Haley, John, *op. cit.*, p. 144.

⁷⁰² Young, Michael K., “Administrative Guidance in the Courts: A Case Study in Doctrinal Adaptation”, en Owen Haley, John, *op. cit.*, pp. 85-90.

⁷⁰³ Oda, Hiroshi, *op. cit.*, p. 61.

⁷⁰⁴ Robert C., Hsu, *The MIT Encyclopedia of the Japanese Economy*, Cambridge, The MIT Press, 1994, p. 1.

⁷⁰⁵ Owen Haley, John, *op. cit.*, pp. 160-163.

responder con presteza a las circunstancias mudables —en tanto que proponer modificaciones a una ley y lograr que se aprueben lleva tiempo—; y asimismo le facilita tomar providencias efectivas de manera flexible contando con el consentimiento y la cooperación de los afectados,⁷⁰⁶ al grado de que aún en los casos en los que la administración dispone de procedimientos coactivos, recurre de preferencia a la ejecución informal como un medio más efectivo de hacer cumplir sus decisiones.

Pero las medidas informales también pueden afectar los derechos de los interesados y llegar a la injusticia, porque no siendo obligatorias las directrices administrativas sino *libremente* aceptadas, es difícil lograr la reparación judicial en caso de que ocasionen perjuicios. Esta última particularidad multiplica las críticas contra esta práctica, especialmente por parte de las compañías transnacionales, no familiarizadas con esta manera de proceder; pero también por japoneses, porque al ser cerrado el proceso de negociación —dado que el consentimiento recíproco se dificulta si intervienen personas ajenas a él— impide el escrutinio público y el control político.⁷⁰⁷ Se aduce que el secreto con que se maneja la orientación administrativa facilita la colusión entre la burocracia y las grandes empresas, que han sido protegidas a expensas de la libre competencia, por lo que existe presión para que sea sustituida por directrices contenidas en leyes y reglamentos.

Se considera que la orientación administrativa —que abarca aproximadamente el ochenta por ciento de la actividad burocrática japonesa— tiene un carácter de hecho y no de derecho, porque no altera las relaciones legales de las partes guiadas, ya que las dependencias gubernamentales no emplean la ejecución coercitiva directa: no recurren al sistema judicial, ni a los órganos coactivos de la administración para obligar a los interesados a seguir sus directrices.⁷⁰⁸

Para persuadirlos a cooperar cuentan con la imposición de cargas —permisos o servicios denegados, obstáculos para la entrega de divisas—, y la concesión de beneficios —financiamientos particularmente favorables, facilidades para la importación de materias primas—. ⁷⁰⁹ La orientación administrativa proporciona agilidad y flexibilidad a las autoridades, que

⁷⁰⁶ Oda, Hiroshi, *op. cit.*, pp. 61-63.

⁷⁰⁷ Owen Haley, John, *op. cit.*, pp. 167 y 1168.

⁷⁰⁸ Young, Michael K., *op. cit.*, pp. 89 y 90.

⁷⁰⁹ Owen Haley, John, *op. cit.*, p. 160.

al no tener que ceñirse a reglamentos, eluden barreras legales —como prohibiciones constitucionales— y también dificultades políticas, si es que llegan a inmiscuirse en áreas en las que no están facultadas para intervenir.

Esta posibilidad de operación casi irrestricta, basada en el respeto a la autoridad según la teoría del Estado Meidiyi,⁷¹⁰ dota a la administración japonesa de una capacidad de acción impar para dirigir entre otras materias la economía, campo en el que por ser empleada en estrecha cooperación entre las autoridades y los grandes consorcios para impulsar el desarrollo industrial y el crecimiento económico, da lugar a escasos problemas. Sus principios son característicos del gobierno marcadamente activista que el japonés históricamente ha sido,⁷¹¹ no en balde dirigido por *samurai* convertidos en burócratas desde el *Bakufu* de *Kamakura* hasta la época *Meidiyi*, pasando por el régimen *Tokugawa*.

Pero esas mismas prerrogativas de autoridad aparentemente ilimitada, que dilatan el ámbito de la gestión administrativa pero sin concederle poder para coaccionar, permiten que a través de los procedimientos consultivos informales los particulares implicados participen ampliamente en la formación de los acuerdos.

Las grandes empresas con influencia en los ministerios y en el partido dominante, se encargan de que la burocracia no sea dotada de poderes legales y tenga que recurrir a la persuasión,⁷¹² porque el importante, y a veces decisivo papel de los interesados en el desarrollo de la orientación administrativa, atempera la forma en que ésta puede ejercerse y restringe la intromisión de la administración. Tras la dirección y control oficial hay un proceso de gobierno por negociación, en el que se regatea el sentido de la medida administrativa y el alcance de su aplicación.

El hecho de que así como intervienen en el establecimiento de las reglas específicas, corresponde a los afectados su ejecución, mantiene reducido el volumen de querellas, sea porque aquéllos quedan satisfechos con la solución acordada, o conformes al menos por haberse librado con ella de rígidas medidas reglamentarias más gravosas.⁷¹³

⁷¹⁰ Kawai, Yoshikazu, "A Gulf between Constitutional and Administrative Law in Japan", *Administrative Law Review*, Chicago, vol. 43, núm. 2, primavera de 1991, III., p. 247.

⁷¹¹ Young, Michael K., *op. cit.*, pp. 85 y 89.

⁷¹² Owen Haley, John, *op. cit.*, pp. 144 y 164.

⁷¹³ Young, Michael K., *op. cit.*, p. 90.

Aún siendo escaso el número de litigios presentado ante los tribunales, ha obligado a que éstos establezcan un conjunto de reglas que permitan conciliar, por una parte la protección en contra de la intrusión arbitraria o desmesurada de la administración en los asuntos de los particulares, y por la otra la necesidad de que exista un ámbito adecuado para el ejercicio de este fundamental e indispensable instrumento de la administración japonesa, que permite el empleo en todos los niveles de gobierno⁷¹⁴ de la *persuasión* como medio informal de presión —en circunstancias que en otros países exigen reglamentación formal— para aplicar casi todas las medidas burocráticas, incluidas o no en leyes o reglamentos.

a. Prescripciones de la judicatura respecto a las directrices administrativas

Al resolver los primeros casos que en los años sesenta se les plantearon, las cortes razonaron que siendo voluntario el acatamiento a las directrices administrativas, no procedía el auxilio judicial contra las maniobras que conducían a su cumplimiento. Este argumento pasaba por alto la repercusión efectiva de la gestión gubernamental, que en muchos casos —de hecho, si no de derecho— dejaba tanto a los particulares interesados como a los terceros inermes ante las autoridades, salvo en los pocos casos respecto a los cuales existía acceso a las cortes a través de acciones por daños.⁷¹⁵

Reconociendo que la estricta adherencia al principio de que las directrices administrativas no cambian las relaciones legales de las partes, y que esto resguardaba del control de los jueces acciones administrativas importantes, los tribunales empezaron a dar entrada a recursos en contra de ellas.⁷¹⁶ En 1971 la Corte de Distrito de Tokio admitió que las notificaciones administrativas podían afectar seriamente derechos concretos, y que si los afectados no podían encontrar remedio a ellas sin impugnar directamente su validez, podían recurrir a un tribunal. Por su parte la Corte de Distrito de Kyoto amplió en 1972 el concepto de ejercicio de la autoridad pública, para hacer caber en él muchas de las actividades comprendidas en la orientación administrativa, dando así derecho al quejoso a una in-

⁷¹⁴ Owen Haley, John, *op. cit.*, p. 163.

⁷¹⁵ *Ibidem*, pp. 161-166.

⁷¹⁶ Young, Michael K., *op. cit.*, pp. 91-96.

demnización por daños, si de acuerdo con la Ley Nacional de Compensación la acción era declarada ilegal.

Estos dos casos en los que se abandonó el rígido apego al principio de que sólo una disposición administrativa podía ser revisable judicialmente —lo que excluía del control de los tribunales un extenso volumen de pautas administrativas—, marcaron un cambio de mentalidad al aceptar el derecho del perjudicado a interponer una apelación en contra de la directriz administrativa que lo afectaba, aunque ésta no llenara los requisitos de una disposición de la administración.

Una vez admitida la posibilidad de impugnar judicialmente las directrices administrativas, fue necesario que la judicatura diera forma a un sistema que al mismo tiempo que garantiza un remedio eficaz para los afectados, autoriza a recurrir a la negociación y al compromiso siempre que esto resulte más efectivo, permitiendo a la administración la suficiente libertad de acción para provocar la conducta adecuada sin enfrentar el costo de un procedimiento formal.

Para evaluar la idoneidad de la actividad gubernamental, los jueces centraron su averiguación en el proceso de negociación —rasgo destacado de la forma japonesa de gobernar que elude la reglamentación formal y la coerción estatal—. En su empeño por fomentar la conciliación de intereses, limitaron por una parte el derecho de las partes implicadas a desatender las negociaciones, y por la otra el poder de las dependencias administrativas para estructurar el procedimiento de concertación.

Modificaron asimismo los términos de la facultad reglamentaria de la administración, para ligarla a la posibilidad de lograr un acuerdo voluntario en el que no fuera la autoridad la que determinara la conducta de los particulares, sino que fueran éstos los que dominaran el regateo y se beneficiaran de la falta de restricciones procesales. Pero al mismo tiempo confirmaron su postura de no determinar la prelación de los derechos en litigio.

b. Límites a las facultades de las dependencias administrativas

Los tribunales temen que la administración pueda verse impedida tanto para trabajar adecuadamente, como para cumplir con su obligación de promover el bienestar de los grupos sociales que residen en su jurisdicción, si debe estar facultada específicamente por el Poder Legislativo

para resolver cada asunto.⁷¹⁷ Para asegurar su libertad de acción, y al mismo tiempo para impedir su irrestricta intromisión en los asuntos privados, han establecido las cortes que el proceso de avenencia es válido sólo si los fines perseguidos con la negociación coinciden con los del consenso social, porque consideran que en éste se refleja la esencia de los derechos conforme a las preferencias de la mayoría. Esta insistencia en la aprobación social es una característica netamente japonesa, lo mismo que la escasa preocupación de la judicatura por la determinación de las preferencias de las mayorías mediante un proceso legislativo —imprescindible en otras democracias—, y su confianza en las fuentes informales para definir el consenso social.

c. Derecho de las partes a abandonar el procedimiento conciliatorio

La otra restricción a la arbitrariedad gubernamental es el privilegio de las partes de interrumpir las negociaciones, e instar a la dependencia ante la que se desarrolla el trámite que proceda a la acción correspondiente sin mayor dilación.⁷¹⁸ El fin de la porfía de la administración es inducir a la parte reacia a que coopere con la autoridad para llegar a un arreglo negociado con su antagonista, suponiendo que en principio las partes pueden ser convencidas de colaborar. Esta presunción denota que los organismos oficiales pueden ejercer gran presión antes de que el interesado pueda invocar su prerrogativa de suspender las negociaciones.

Las cortes han decidido que el arreglo negociado entre los contendientes debe ser estimulado; pero cuando el acuerdo ya no es posible, el cumplimiento con las directrices administrativas deja de ser voluntario, y acuciar por más tiempo a las partes es indebido. Pero al mismo tiempo que las cortes han validado el privilegio de uno de los interesados de abandonar las negociaciones y rechazar los intentos de la dependencia gubernamental por crear derechos para su contraparte, han reconocido que la libertad de acción de la administración es necesaria para estructurar el proceso de negociación, así como para asegurar que exista una auténtica concertación, con las concomitantes posibilidades de que se llegue a un compromiso.

⁷¹⁷ Young, Michael K., *op. cit.*, pp. 96 y 97.

⁷¹⁸ *Ibidem*, pp. 97-99.

La Suprema Corte estableció en 1972 que los derechos deben ser ejercidos sólo dentro del alcance tenido por razonable a la luz de los principios que predominan en la conciencia social, y del límite generalmente respetado en la vida social. Otras sentencias sugieren que los tribunales sopesan los intereses en pugna conforme a la doctrina del ejercicio abusivo de los derechos, comparando los beneficios que una de las partes puede alcanzar, contra el daño que la otra va a sufrir.

La Judicatura enfoca su análisis sobre la disposición de pactar, y no en el derecho de cuál de los interesados tiene prelación sobre el del otro. Si la negociación fue interrumpida recién iniciada, o fue desarrollada sin que se vieran visos de seriedad, se reputa indicio de que no se actuó de buena fe, y puede considerarse que se hizo uso abusivo del derecho de suspenderla. De esta manera la doctrina del abuso del derecho pone un límite importante a la facultad de uno de los interesados de rehusarse a la conciliación demasiado pronto, y de negarse así a un compromiso con la parte que va a ser perjudicada.

d. Modificación judicial del sentido de la facultad reglamentaria de las dependencias gubernamentales

La Judicatura considera que al recurrir a las directrices administrativas, las dependencias actúan en ejercicio de su mandato de resolver los conflictos surgidos entre grupos o individuos con intereses antagónicos, así como de su obligación de encausar arreglos a través de la conciliación; por lo que reconoce que es en cumplimiento de esos encargos que ejercen su derecho de diferir su acción hasta que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas.⁷¹⁹

Considerando que la invitación a solucionar amistosamente las controversias es la atribución fundamental de la burocracia, las cortes permiten que para hacer avanzar las directrices administrativas los funcionarios —en ejercicio indirecto de sus facultades colaterales— aplacen las acciones solicitadas por las partes. La judicatura ha transformado así la facultad de las dependencias administrativas para cumplir fines reglamentarios específicos —protección o seguridad de las construcciones— en la facultad de promover la avenencia negociada de las querellas.

⁷¹⁹ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

En tanto exista posibilidad de llegar a un acuerdo —alguna esperanza razonable de cumplir ese interés primordial de la administración: gobernar por consenso— los organismos burocráticos pueden retrasar la acción solicitada por el interesado. Cuando el compromiso deja de ser factible, su facultad para compeler a las partes se extingue, porque el principal objetivo de la orientación administrativa no es la protección de un derecho, sino el arreglo negociado de un conflicto. De este modo, la obligación de estimular la negociación para solucionar de mutuo acuerdo las disputas entre los individuos y grupos dentro de su jurisdicción, se reconoce como el principal objetivo de la facultad reglamentaria de las autoridades administrativas.

e. Rechazo judicial a dar primacía a uno de los derechos en pugna

La redefinición del mandato de la administración respecto a la orientación que puede dar a las partes en conflicto, permite a las cortes soslayar la estructura binaria de la adjudicación, y desviarse de los principios rectores del derecho —tanto romano-germánico-canónico, como anglosajón— conforme a los cuales deberían apoyarse en normas legales pre-existentes para hacer valer el derecho de uno de los rivales sobre el del otro.⁷²⁰

En vez de proceder así, la judicatura reconoce el derecho de la administración para aplicar patrones que pueden beneficiar ora al demandante, ora al demandado: éste tiene derecho a la acción de la administración que debe extenderle un permiso —una licencia de construcción, una autorización para que transiten vehículos transportando materiales—, o bien prestarle un servicio —conexión a las redes de drenaje y agua potable, recolección de basura— que la dependencia no puede negar salvo considerando las restricciones establecidas en la ley para la seguridad de la obra o de la actividad en sí; pero la autoridad puede condicionar su acción a que llegue a un acuerdo con el demandante, la persona que va a ser adversamente afectada por el ejercicio de los derechos del demandado.

Aceptando que se apoye alternadamente a una y otra parte, la judicatura previene que la prerrogativa de una de ellas tenga prelación absoluta. Este rechazo a resolver tajantemente en favor de una de ellas, permite a

⁷²⁰ *Ibidem*, pp. 94, 100 y 101.

la judicatura proteger los derechos individuales sin socavar la ductilidad de gestión indispensable para el eficaz desempeño de la burocracia.

4. *La costumbre*

La Ley sobre la Aplicación de las Leyes —vigente desde 1898, aunque reformada en 1989— dispone⁷²¹ que si la costumbre no es contraria al orden público ni a la moral, puede ser aplicada cuando no haya un estatuto que prevea el caso; y asimismo que tiene un efecto equivalente a las leyes en que se establezca expresamente que la usanza puede ser utilizada —como lo hace el Código Civil si las partes manifiestan esa intención—. ⁷²²

Y con base en ella, en materia de matrimonio, divorcio, y sucesiones, así como tocante al uso colectivo de zonas agrícolas, de montaña, de pesca, y de fuentes termales, *el derecho vivo*⁷²³ continúa rigiendo a la sociedad. El matrimonio celebrado conforme a ritos ancestrales es válido y produce efectos jurídicos; y los conceptos tradicionales de masculinidad y primogenitura se imponen sobre el principio de igualdad legal. A pesar de que el Código Civil enumera limitativamente los derechos reales, los derechos colectivos persisten; y costumbres antiguas que impiden exigir al deudor el cumplimiento de sus obligaciones, e imponen moratorias y negociaciones al acreedor, privan de fuerza a los contratos.⁷²⁴

A. *Derecho civil*

Los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad jurídica de ambos sexos, exigían que del Código Civil desaparecieran los preceptos que se opusieran a ellos, lo que en materia de familia y sucesiones representó una reforma revolucionaria porque impuso un nuevo modelo de familia al terminar con la institución de la Casa. Al suprimirse en 1947 la autorización paterna como requisito de validez del consentimiento matrimonial del hombre menor de treinta años, y del de la mujer menor de

⁷²¹ Artículo 2o., citado por Oda, Hiroshi, *Japanese Law*, Londres, Butterworths, 1993, pp. 60 y 416.

⁷²² Artículo 92, *ibidem*, pp. 60 y 61.

⁷²³ Chiba, Masaji, “Note sur la Sociologie Juridique au Japon”, *Droit et Société*, París, primavera, núm. 8, 1988, pp. 115 y 116.

⁷²⁴ Agostini, Eric, *op. cit.*, p. 316.

veinticinco años, el matrimonio se convirtió en un convenio entre partes en igualdad de condiciones. Asimismo el código protege la separación de patrimonios si los cónyuges así lo desean, y suprime los privilegios sucesorios del primogénito, a excepción de los referentes a la propiedad de los documentos genealógicos, de los instrumentos para los ritos a los ancestros, y de las sepulturas; pero sí conserva la distinción entre hijo legítimo e ilegítimo, y otorga a éste la mitad de lo que corresponde a aquél.⁷²⁵

La Ley 152/1947 que regula los conflictos familiares, denominada *Kaji shimpan ho*, y la Ley 224/1947 sobre el Registro Civil Familiar, llamada *Koseki ho* completan el derecho de familia. En materia de disolución del matrimonio el Código Civil mantiene el divorcio consensual, y eliminó del divorcio judicial las causas que atentaban en contra del principio de igualdad entre los sexos. Con la finalidad de poner un freno al divorcio libre que las más de las veces esconde un repudio consentido por la esposa, la *Kaji shimpan ho* establece junto con el divorcio convencional y el judicial, otros dos tipos de divorcio: por conciliación en presencia de un juez familiar y con un mediador entre los cónyuges, y el divorcio por resolución del Tribunal de Familia, que puede imponer el convenio regulador. Pero para no tener que recurrir a un litigio el noventa por ciento de los divorcios son convencionales.⁷²⁶

Por lo demás, el Código Civil al tratar de la propiedad y de los derechos reales contiene diversos artículos que reconocen fuerza de ley a costumbres ancestrales japonesas:

En lo que concierne a las reglas relativas a las limitaciones del derecho de propiedad, establece las condiciones para alterar el curso de una corriente de agua cuando la margen opuesta pertenece a otra persona, y cuando ambas márgenes están bajo control de la misma persona; pero decreta que si existe una costumbre distinta a estas disposiciones, debe estarse a lo que ella mande.⁷²⁷

En lo que se refiere al derecho a delimitar dos propiedades separadas por una franja de terreno, establece la altura y los materiales con los que puede construirse la cerca que las divide, así como la forma de

⁷²⁵ Domingo, Rafael y Hayashi, Nobuo, *Código Civil Japonés*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, pp. 42 y 43.

⁷²⁶ *Ibidem*, 43.

⁷²⁷ Artículo 219, párrafo tercero. Ésta y las siguientes menciones que se hagan del Código Civil se basan en la traducción realizada por Domingo, Rafael, y Hayashi, Nobuo, *Código Civil japonés*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

repartir los gastos de construcción y de mantenimiento; pero también reconoce la prevalencia de la costumbre contraria a lo que el texto legal establece.⁷²⁸

Respecto al ejercicio de los derechos relativos a la copropiedad, al regular los *iriai* de naturaleza comunitaria —derechos consuetudinarios de explotación forestal de tierras comunales, que difieren según las distintas comarcas— estatuye que las disposiciones del Código sólo se aplican a falta de costumbre local⁷²⁹.

Por lo que hace al derecho de superficie, la regla es que el superficiario puede restablecer el suelo a su situación originaria, pero que si el propietario del terreno manifiesta su voluntad de adquirir lo edificado o plantado al precio corriente de mercado, sin justa causa el superficiario no puede oponerse a que lo haga. No obstante, si existe costumbre contraria a lo prescrito en el texto legal, se está a lo que ella disponga.⁷³⁰

Al aludir a la enfiteusis, al derecho de una persona a cultivar la tierra de otra, y a criar ganado en ella mediante el pago de un canon —institución prácticamente desaparecida tras la ocupación—, el Código regula la limitación del aprovechamiento del terreno por el enfiteuta; la cesión o arrendamiento de la enfiteusis, la renuncia a ella, y la reclamación de su extinción; así como la condonación o reducción del canon, y la remisión a las disposiciones sobre el arrendamiento de cosa. Pero también establece que si existe costumbre contraria a lo estatuido, se siguen los dictados de aquélla.⁷³¹

Al tratar el derecho de servidumbre, que permite hacer uso de un fondo ajeno para ventaja de la heredad de la que se es propietario, el texto que se analiza hace mención expresa del *iriai* no comunitario, respecto al cual se aplican las disposiciones del Código sólo en ausencia de costumbre local.⁷³²

Asimismo la reforma de 1947 incluyó en el Código tres principios, que aunque venían aplicándose en acatamiento a la jurisprudencia⁷³³ no se hallaban incorporados en su texto: el principio del sometimiento de los derechos privados al bien común, y el del ejercicio de los derechos y el

⁷²⁸ Artículos 225-228.

⁷²⁹ Artículo 263.

⁷³⁰ Artículo 269.

⁷³¹ Artículo 270-277.

⁷³² Artículo 294.

⁷³³ Domingo, Rafael y Hayashi, Nubuo, *op. cit.*, p. 44.

cumplimiento de los deberes conforme a la buena fe. Como corolario de éstos se prohíbe el abuso del derecho, aunque también estuviera ya proscribido por la jurisprudencia.⁷³⁴

Y aún si es contrario a las disposiciones imperativas de la ley, en el ámbito del derecho privado la jurisprudencia recurre a menudo al derecho consuetudinario.⁷³⁵

El artículo tercero del decreto *Dayookan* núm. 103 del 8 de junio de 1875, disponía que *a falta de derecho positivo, en materia civil el juez se pronunciara según el derecho consuetudinario, y a falta de costumbre según el yoori*.⁷³⁶ Y el artículo segundo de la Ley del 21 de junio de 1898, precisaba que la costumbre no contraria al orden público y a la moral tenía la misma validez que la ley, siempre que fuera admitida en las leyes, o concerniera a materias no reglamentadas en ellas. Por lo tanto en el régimen anterior a la ocupación, la costumbre era una fuente subsidiaria del derecho, que en principio no podía ser aplicada más que a falta de una disposición legal.

Por el contrario, en la revisión fundamental al Código Civil efectuada en 1947 para adecuarlo a la Constitución de 1946, se incluyó una regla diferente: si la voluntad declarada por las partes en un negocio jurídico es contraria a leyes y disposiciones que no sean de orden público, se estará a lo dispuesto por ella; y en caso de que exista una costumbre contraria a una ley o disposición que no sea de orden público, será aplicable aquella si hay motivo para considerar que las partes tuvieron la voluntad de apegarse a ella,⁷³⁷ lo que implica que con las limitaciones impuestas por

⁷³⁴ Artículo 1o.

⁷³⁵ *Ibidem*, p. 194

⁷³⁶ El *yoori*, literalmente el camino de la razón, existe *a priori* en la esencia del ser humano, es lo que bajo la influencia de las circunstancias dadas por la vida en sociedad, le incita a reflexionar y le guía para decidir con justicia en cada caso concreto. No es teoría ni doctrina, tampoco es derecho natural, ni principio general de derecho; todos estos conceptos se encuentran encuadrados en el derecho, en tanto que el *yoori* lo sobrepasa. Koyama, Noburu, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 23 (1971), pp. 80 y 81. *Cit.* Wang, Dominique T. C., *op. cit.*, p. 195.

Dado que antes de la recepción del derecho europeo los jueces no podían recurrir a la ley —que como tal no existía—, y en ocasiones tampoco a la costumbre, pues ésta podía caer en desuso, era frecuente que los juicios se resolvieran con base en el *yoori*. Actualmente su papel ha disminuido porque los problemas jurídicos susceptibles de ser llevados ante los tribunales están previstos en las leyes, pero aún tiene cabida en el procedimiento de conciliación. Wang, Dominique T. C., *op. cit.*, p. 156.

⁷³⁷ Artículos 91 y 92. Wang, Dominique T. C., *op. cit.*, pp. 187-190. Artículo 739.

el orden público y la moral, el derecho japonés admite la validez de la costumbre aún si es contraria a la ley.

Dicho de otro modo, las disposiciones categóricas u obligatorias de la ley prevalecen sobre la costumbre, en tanto que las disposiciones discrecionales o dispensables —cuya desobediencia en todo caso puede dar lugar a una sanción para quien incurre en ella, pero no invalida el acto realizado— pueden ser reemplazadas por el derecho consuetudinario a voluntad de las partes. Esta disposición ha dividido a la doctrina, pero no a los jueces, que no tienen empacho en recurrir al derecho consuetudinario, aún si es contrario a las disposiciones categóricas de la ley.⁷³⁸

De acuerdo con el Código Civil,⁷³⁹ el matrimonio produce efectos desde su inscripción en el Registro Familiar conforme a la ley en la materia. Por lo tanto para que el *naïen* —el matrimonio contraído según la costumbre— sea jurídicamente válido, debe ser registrado en dicha dependencia; sin embargo, como sus formalidades están estrechamente ligadas con el orden público y las buenas costumbres del lugar donde es celebrado, según la conciencia del pueblo japonés el *naïen* es una institución permisible y por tanto socialmente reconocida, por lo que la inscripción a la que se ha hecho referencia es con frecuencia omitida. Como en sustancia no se diferencia del matrimonio civil, el poder judicial ha considerado al *naïen* digno de protección jurídica, por lo que le ha reconocido efectos legales que corresponden a los del vínculo legal.⁷⁴⁰

Aunque esa costumbre es contraria a lo establecido en el Código Civil, para proteger a la mujer casada en esas circunstancias, la jurisprudencia ha sostenido que la ausencia del registro no impide asimilar el *naïen* al matrimonio, y que en consecuencia, en caso de ruptura arbitraria la parte inocente tiene derecho a una indemnización en virtud de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil. Además la parte culpable es condenada a costear los gastos médicos, aplicando por analogía la disposición del código civil que establece la obligación de los esposos de contribuir a las cargas matrimoniales en la medida de su patrimonio, de sus ingresos, y otras circunstancias.⁷⁴¹ Asimismo, el Tribunal Superior de Hiroshima de-

⁷³⁸ *Ibidem*, pp. 187-190.

⁷³⁹ Artículo 739.

⁷⁴⁰ Tameike, Yoshio, “*Naien* in Japanese Private International Law”, *The Japanese Annual of International Law*, Tokio, núm. 22, 1978, pp. 1 y 26.

⁷⁴¹ Artículo 760.

ció el 19 de junio de 1963, aplicar por analogía a la disolución del *naien*, las reglas relativas a la partición de bienes en caso de divorcio.⁷⁴²

Conforme al Código Civil la esposa sobreviviente y todos los hijos, sin importar su sexo, concurren a la sucesión.⁷⁴³ No obstante, en el medio rural sobrevive la práctica ancestral, según la cual toda la herencia —especialmente la propiedad raíz— es atribuible al primogénito del difunto, costumbre que ha sido sostenida por el Poder Judicial.

Contra la disposición expresa del Código Civil,⁷⁴⁴ que establece que la prenda se perfecciona con la entrega de la cosa al acreedor pignoraticio, y que éste no puede conservar la posesión del objeto dado en garantía a través del pignorante, los tribunales han reconocido la validez del derecho consuetudinario del *yooto-tampo*, el convenio por medio del cual a título de garantía, el deudor transfiere al acreedor la propiedad de una cosa, pero sin perder la posesión de la misma.⁷⁴⁵

Tratándose de derechos reales, hay una prohibición explícita⁷⁴⁶ a constituirlos si no son de los previstos en el propio código o en otra ley; no obstante la jurisprudencia reconoce como tal el derecho consuetudinario que rige el uso de los manantiales de aguas termales.⁷⁴⁷

Los preceptos del Código Civil que se refieren a la responsabilidad por la comisión de actos ilícitos,⁷⁴⁸ intencionalmente fueron redactados en forma muy general para que pudieran cubrir las varias clases de situaciones que pudieran surgir con el tiempo, por lo que se omitió definir en ellos los conceptos de dolo, culpa, negligencia, daños y perjuicios, e ilicitud, que han venido siendo desarrollados en sentencias judiciales.⁷⁴⁹

B. Derecho mercantil

Conforme al derecho mercantil⁷⁵⁰ la costumbre no se aplica más que en caso de silencio del Código de Comercio, y a falta de ella las dispo-

⁷⁴² Artículo 768.

⁷⁴³ Artículos 887-890.

⁷⁴⁴ Artículo 334 y 345.

⁷⁴⁵ Wang, Dominique T. C., *op. cit.*, p. 189.

⁷⁴⁶ Artículo 175.

⁷⁴⁷ Wang, Dominique T. C., *op. cit.*, p. 189.

⁷⁴⁸ Artículo 709-724.

⁷⁴⁹ Oda, Hiroshi, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁵⁰ Código de Comercio, artículo primero párrafo final.

siciones del Código Civil son aplicables. Pero considerando su utilidad práctica, y a pesar de ser contraria a disposición expresa del Código de Comercio,⁷⁵¹ la jurisprudencia ha admitido la transferencia de acciones nominativas por vía de procuración en blanco, conforme a la cual el primer enajenante junto con las acciones vendidas da al primer adquirente un poder —sin indicar el nombre del mandatario— que lo habilita para proceder a las formalidades de la transferencia. Las acciones así vendidas —junto con el poder en blanco—, pueden transmitirse sucesivamente de adquirente en adquirente hasta llegar a alguien al que le interese conservar el carácter de accionista, que escribe entonces su nombre como mandatario, y cumple con las formalidades de la transferencia.

C. Derecho penal

Por lo que respecta al derecho penal, como la primera parte del código respectivo está constituida por disposiciones generales, se ha requerido de la interpretación judicial para inferir gran parte de su significado. Por esa razón la aplicación de sus preceptos debe mucho a la actividad creadora de derecho del Poder Judicial, que incluso ha resuelto contra disposiciones explícitas del Código Penal. Conforme al texto que se comenta⁷⁵² nadie puede alegar en su descargo la ignorancia del derecho; no obstante la jurisprudencia ha sostenido que ésta puede ser aceptada como defensa a condición de que haya habido razón suficiente para que el infractor pudiera creer en la legitimidad del acto cometido.⁷⁵³

Asimismo el Código Penal prevé el agravamiento de la pena como consecuencia de resultados imprevistos: una lesión o la muerte de una persona, aún si el delincuente no podía haber previsto esos efectos.⁷⁵⁴ La jurisprudencia por el contrario ha sostenido que el autor de un acto criminal no puede ser condenado a una pena agravada cuando le hubiera sido imposible prever la seriedad de los resultados de su acción.

III. COLOFÓN

Sólo a partir de 1946 tuvo Japón una Constitución verdaderamente apegada a principios extranjeros de derecho —no su propia idiosincra-

⁷⁵¹ Artículo 150.

⁷⁵² Artículo 38, párrafo 3.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 193.

⁷⁵⁴ Artículo 240.

sia expresada en términos jurídicos europeos, como fue la Constitución *Meidyi*—. Cierta que se perpetuó la institución del *tennoo*; pero despojada de todo poder la persona del *tennoo* se redujo a una mera figura simbólica. La Constitución esta vez no fue otorgada por el monarca, sino presentada por él como obra del pueblo, aunque el proyecto se introdujo como una enmienda a la Constitución *Meidyi*, apeándose al procedimiento por ella establecido. Conforme a la Constitución en vigor, el legislativo ya no legisla auxiliando en esta función al monarca, sino por sí mismo; el ejecutivo está desligado del trono; y la judicatura es un poder independiente del gobierno.

Al decretar la Ley Suprema la igualdad ante la ley da por terminado oficialmente el respeto al orden jerárquico ancestral; asimismo los derechos individuales son reconocidos como inherentes al ser humano, y no como concesión graciosa de su majestad —aunque en el capítulo correspondiente se deslizó un principio japonés: el pueblo ha de emplearlos en beneficio común, y abstenerse de abusar de ellos—. La renuncia a rearmarse contenida en la Constitución ha sido causa de polémica interna y de roces con Estados Unidos, aunque es este país el responsable de la inclusión de dicha disposición.

Las leyes fueron modificadas para ponerlas a tono con la Constitución; pero no necesariamente el derecho se vive como lo establecen los códigos. La generación en la que se dieron los cambios había sido formada siguiendo los moldes antiguos y siguió rigiéndose por ellos, y en esos mismos principios inició a los que nacieron de ella —aunque en las escuelas tuvieron una educación desligada de la veneración al *tennoo* y de los valores con él relacionados—.

Además de esta tendencia natural, el gobierno prefería la pervivencia del anterior régimen de vida, por lo que reformada, continuó vigente la Ley sobre la Aplicación de las Leyes de 1889, que autoriza a la población a regirse conforme a las reglas tradicionales si es esa su intención manifiesta, y las nuevas leyes lo permiten —cosa que hacen—.

Posiblemente porque la burocracia japonesa —tan eficiente entonces y ahora como la había sido con anterioridad— se servía de sus añejas prácticas para ejecutar las instrucciones del Comando Supremo de los Poderes Aliados, el derecho administrativo fue dejado intacto por la ocupación. La libertad de acción de la administración le permitió dirigir con éxito la recuperación del país —meta que una vez que quedó claro que China sería comunista fue una prioridad también para Estados Unidos—,

y una vez alcanzada, el gobierno no ha tenido interés en modificar las reglas que le permiten libertad de acción en muchos aspectos de la vida japonesa, especialmente en el campo económico.

Pero esa sobrevivencia de prácticas tradicionales que tanta autonomía da a la burocracia, maniata al Poder Judicial en lo que concierne a la revisión de la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo; y por su parte la Suprema Corte se ha autorestringido en lo que concierne al control constitucional sobre las leyes, y ha establecido que no puede juzgar en abstracto y hacia el futuro sobre los preceptos legales, sino sólo respecto a su aplicación en los casos concretos que se le presenten.

No está pues siguiendo los pasos de la Suprema Corte de Estados Unidos, a cuya imagen fue creada por el Comando Supremo; sino los principios del derecho francés y alemán conforme a los cuales se formaron los jueces que han alcanzado los más altos puestos de la judicatura. Los tribunales inferiores han manifestado puntos de vista divergentes, por lo que es posible que cuando sus integrantes lleguen a la Suprema Corte, interpreten de manera diferente su poder de control constitucional sobre las leyes y los actos del Ejecutivo.

En gran parte el pueblo ha seguido rigiendo su vida no por los principios del derecho legislado, sino por los que tradicionalmente ha practicado. Los controles sociales continúan teniendo fuerza, lo que reduce los casos en los que es necesario recurrir a la autoridad de la ley para dirimir conflictos; y la familia y el vecindario —y después cada institución a la que se pertenece— establecen sus propios preceptos que sus miembros respetan para no quedar desacreditados ante la sociedad.

Asimismo, la conciliación como medio de resolver disputas sigue vigente, oficialmente reconocida por la ley: anexas al Poder Judicial hay comisiones componedoras a las que pueden acudir las partes en vez de recurrir a un litigio, y aún iniciado éste, los jueces pueden remitir el caso a mediación si lo consideran pertinente; y existen instituciones tanto privadas como oficiales especializadas en arreglar conflictos por avenencia. Por otra parte, la orientación que la burocracia da a través de las directrices administrativas, es una forma de obligar a las partes a que zanjen de común acuerdo sus diferencias.

Innegablemente en el régimen jurídico japonés han ocurrido cambios; empero, persiste mucho de lo que ha sido la forma japonesa de regir la convivencia y de gobernar. Si en la época *Meidyi* los japoneses adaptaron

el derecho recibido a su carácter, en la etapa de posguerra han infiltrado su idiosincrasia en las normas que les fueron impuestas.

IV. CONCLUSIONES

Lo que ha unificado a los japoneses a través de toda su historia ha sido la institución del *tennoo*, aunque no necesariamente su persona, que fue objeto de abuso una vez en la era *Jooyoo* (1205-1333), y repetidas veces en el periodo *Ashikaga*; 1338-1573 pero para cubrir la exigencia ética de contar con legitimidad supranatural, el *tennoo* depuesto era sustituido inmediatamente por otro que validara los actos de quien ejercía el poder efectivo. La revaloración de este símbolo se gestó calladamente durante la época Tokugawa y fue un elemento importante en el movimiento de restauración del poder al *tennoo*, que se reforzó durante el gobierno *Meidi* 1868-1912. Llevada a un paroxismo de veneración durante los primeros años de la época Shoowa (1926-1989), la figura del *tennoo* sirvió como estandarte para la expansión imperial *de facto*, y como acicate para que el militarismo japonés lo glorificara con hechos de guerra que acabaron por hundir al país en la desgracia.

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, fue en la época antigua (660 A.C. - 1185) en la que se gestaron los rasgos característicos de la organización social japonesa: organización jerárquica; estatus hereditario; familia entendida como unidad patriarcal cooperativa y productiva, que incluía a varias generaciones de descendientes directos y colaterales; monarquía teocrática en la que la cabeza del clan descendiente de la divinidad solar validaba el poder pero no lo ejercía; y ya desde fines del siglo V, el *tennoo* como fuente de legitimidad política.

Las mencionadas características gestadas en la época antigua fueron consolidadas en la época del *Bakufu* de Kamakura (1185-1333), y perfeccionadas en el régimen Tokugawa (1600-1868), en el que se afirmaron como virtudes cardinales la lealtad al superior y la piedad filial. El *tennoo* no era la cabeza del sistema político del shogunado; pero en su nombre actuaba el generalísimo que ejercía el poder a través de una intrincada red de lealtades personales. Desde la cima de la jerarquía —ocupada teóricamente por el *tennoo*— hacia abajo, la función de cada individuo en gradación descendente era acatar la voluntad del superior, transmitirla a sus inferiores, y responsabilizarse de su cumplimiento.

A pesar de la recepción del derecho europeo en la época Meidiy (1868-1912), la sociedad siguió siendo regida por su orden tradicional. Los cambios de esa época fueron planeados y llevados a cabo por un sector desgajado del estamento dirigente de la época shogunal, que trastocando el régimen existente lo menos posible, mezcló con sus ideales de progreso económico, político, y militar un elemento tradicional: el regreso a un mítico régimen del *tennoo* anterior al del *Bakufu*, validante de toda acción tomada por el gobierno.

El efecto inevitable del enfrentamiento de dos civilizaciones con sistemas de valores dispares y en etapas diferentes de desarrollo socioeconómico —arraigada en costumbres milenarias la japonesa, impulsada la euroestadounidense por las innovaciones de la revolución industrial—, era el riesgo de desintegración de la sociedad tradicionalista por la alteración de sus estructuras sociales. La estrategia elegida para sortear ese peligro fue afincarse en la cultura ancestral, enaltecéndola frente a la civilización ajena. Específicamente en materia jurídica, la tradición cimentada en dos milenios se injertó en los modelos formales francés y alemán, especialmente en lo que hacía al *tennoo*, soberano único e indiscutido, del que todo derivaba y hacia quien todo se orientaba, origen y fin de toda la organización.

Fue característica primordial del derecho de esta época proveer una base constitucional para la concentración de la autoridad en la persona del *tennoo*, para lo cual, vinculándolo a un Poder Legislativo muy restringido, se ampliaron considerablemente sus prerrogativas, que incluían dado el caso, la asunción de facultades excepcionales. Lograr ese propósito se facilitó porque la Constitución de 1889 no fue obra de una asamblea electa sino de una comisión nombrada por el *tennoo*, y fue éste quien la otorgó al pueblo.

La europeización se limitó al derecho codificado que no regía más que una escasa parte de la actividad del pueblo japonés, y tanto el derecho relativo a la familia como el derecho constitucional, recogieron dentro de una estructura europea principios tradicionales de la sociedad japonesa: la Constitución concedía derechos de acuerdo con leyes emitidas por legisladores que conforme al esquema ideado por *Ito Jirobuni* debían considerarse como meros auxiliares del *tennoo*; las cortes no tenían poder para juzgar las quejas contra la autoridad —lo hacía un tribunal que formaba parte de la administración—, y mucho menos tenían la facultad

de revisión constitucional. Como la Judicatura era parte del Ejecutivo, no podía defender al pueblo en caso de abuso de las autoridades.

Las relaciones interpersonales cotidianas siguieron siendo regidas por el *guiri*, un estado de obligación perpetua hacia los miembros del grupo social en relación con su rango, que continuamente daba nacimiento a exigencias no reclamables mediante un procedimiento coactivo oficial, sino acatadas voluntariamente obedeciendo al sentido del deber, y a falta de esta motivación, subordinando la inclinación personal al interés del grupo.

Desde la época Meidiyi hasta el fin de la guerra, el concepto político rector fue la *kokutai*, resultado de la combinación de dos dogmas irrefutables del shintoísmo: el primero de ellos el hecho de que la cabeza del pueblo japonés siempre había sido y por siempre sería un *tennoo* de ascendencia divina, unido místicamente al pueblo, pues él y el pueblo constituían un todo indivisible. El segundo de ellos, la preeminencia del Japón por ser el origen de las otras naciones, ya que desde él los dioses habían creado el resto de la tierra firme, en él había nacido la divinidad solar, y desde tiempo inmemorial era gobernado por descendientes de esa diosa.

La vocación nacional de llevar a Asia el desarrollo y el progreso, obtuvo el patrocinio público en los años treinta del siglo XX, motivado por la manipulación de la fe en esos dogmas, creencias ancestrales que sistematizadas en la época Meidiyi habían dado origen al shinto de Estado, que glorificaba al *tennoo* como padre supremo de la nación, custodio e intérprete de la voluntad de los dioses, y por ellos señalado para preservar y enaltecer la *kokutai* que hacía del Japón un país superior.

Siendo por las razones apuntadas el japonés el pueblo escogido, y el régimen del *tennoo* el mejor gobierno posible, compartir su sistema político con el género humano y extender las bendiciones del Japón a todas las naciones poniéndolas bajo su mismo techo, era un acto de benevolencia dictado por el interés en el bienestar de los otros países. En esta época se entendió por derecho la práctica de la voluntad del *tennoo* destinada a realizar la concreta necesidad de la comunidad japonesa.

Desde la época antigua, y hasta la imposición del régimen jurídico euroestadounidense por el gobierno de ocupación en la posguerra, rigió no la ley como conjunto de normas que regula bilateralmente la conducta por medio de hipótesis normativas generadoras de derechos y deberes,

con imperio sobre gobernantes y gobernados, y que prevé una protección personal exigible en juicio; sino una organización jerárquica, disciplinada para ejecutar la voluntad del superior, y para realizar las necesidades concretas de la comunidad dentro de un sistema que no concebía en forma aislada al individuo, sino como miembro de la colectividad. Estos principios rigieron plenamente la vida del país hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial.

Sólo desde 1946 Japón tiene una constitución realmente apegada a principios romano-canónico-germanos de derecho, en la que si bien se perpetúa la institución del *tennoo* —porque para las reformas que el gobierno de ocupación planeaba realizar se requería su poder validante—, subsiste únicamente como figura simbólica de la unidad nacional, despojado de todo poder. La Constitución —redactada por el Cuartel General del Comandante Supremo de los Poderes Aliados— esta vez no fue otorgada por el monarca, sino presentada como obra del pueblo; pero fue el *tennoo* el que introdujo el proyecto al Parlamento como una enmienda a la Constitución Meidyí, conforme al procedimiento establecido en ésta.

Junto con la institución del *tennoo*, la disposición más cuestionada de la Constitución es la renuncia del país a rearmarse. Haber dado cabida a este principio ha sido causa de polémica interna y de roces con Estados Unidos, aunque es este país el responsable de la inclusión de este artículo.

A partir de la vigencia de la Constitución el Legislativo ya no legisla auxiliando en esta función al monarca, sino por sí mismo; el Ejecutivo está desligado del trono, y la Judicatura se ha transformado en un poder independiente. Por primera vez existe la ley en el sentido de ordenamiento destinado a proteger a los gobernados, originado en un consenso social, y la igualdad ante ella concluye oficialmente con el respeto al orden jerárquico ancestral. Por lo que hace a los derechos individuales, éstos son reconocidos como inherentes al ser humano, y no como concesión graciosa de un monarca —aunque en el capítulo correspondiente se deslizó un principio ético japonés: el pueblo ha de emplearlos en beneficio común, y no abusar de ellos—.

Las leyes fueron modificadas para ponerlas a tono con la Constitución; pero no necesariamente el derecho se vive como lo establecen los códigos. La generación en la que se dieron los cambios había sido formada siguiendo los moldes antiguos y siguió rigiéndose por ellos, y en esos principios inició a los que nacieron de ella —aunque en las escuelas tuvieron otra educación, desligada de la veneración al *tennoo* y a los valores con él

relacionados—. Además de esta tendencia natural, el gobierno prefería la pervivencia del anterior régimen de vida, por lo que reformada en 1989, continúa vigente la Ley sobre la Aplicación de las Leyes de 1889, que autoriza al pueblo a regirse conforme a las reglas tradicionales si es su intención manifiesta, y las nuevas leyes lo permiten —cosa que hacen—.

A medida que ha transcurrido el tiempo, los controles sociales han ido debilitándose, pero aún subsisten en buena parte. Tal vez porque la desaprobación social permanece tan imperiosa y eficiente para imponer deberes sin derechos correlativos, aún hoy los japoneses son socialmente disciplinados en alto grado y menos dados a la tutela jurídica de intereses individuales, y comparativamente menos dados a la aplicación del derecho hecha por tribunales.

Posiblemente porque para ejecutar las instrucciones del Comando Supremo la burocracia japonesa utilizaba sus prácticas tradicionales, el derecho administrativo fue dejado intacto por el gobierno de ocupación. La libertad de acción de la administración le permitió dirigir con éxito la recuperación del país —prioridad para Estados Unidos una vez que quedó claro que China sería comunista—; y una vez lograda, el gobierno no ha tenido interés en modificar las reglas que le permiten libertad de acción en muchos aspectos de la vida japonesa, especialmente en el campo económico.

Pero esa sobrevivencia de prácticas tradicionales que tanta autonomía da a la burocracia, limita al Poder Judicial en lo que concierne a la revisión de la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo; y por otra parte la Suprema Corte se ha autorestringido en lo que concierne al control constitucional sobre las leyes, y ha establecido que no puede juzgar en abstracto y hacia el futuro sobre los preceptos legales, sino sólo respecto a su aplicación en los casos concretos que se le presenten.

No está pues siguiendo los pasos de la Suprema Corte de Estados Unidos —como fue la intención del gobierno de ocupación— sino los principios del derecho francés y alemán en los que fueron instruidos los jueces que han alcanzado los más altos puestos de la magistratura. Entre los integrantes de los tribunales inferiores hay disidencia, por lo que es posible que cuando sus integrantes lleguen a la Suprema Corte —especialmente si han sido entrenados en el derecho estadounidense— den muestra de un activismo acorde con el modelo determinado por el Comando Supremo.

El trabajo normativo interno de la sociedad japonesa en sus propias comunidades no necesariamente es descrito por las normas y procedi-

mientos del sistema de derecho, y los mecanismos de la combinación de las instituciones legales y sociales sigue evadiendo a los estudiosos extranjeros del derecho japonés, porque gran parte de las relaciones sociales continúan rigiéndose no por los principios del derecho legislado, sino por los comportamientos tradicionales, que aunque van desapareciendo paulatinamente aún son reconocibles en instituciones actuales: la familia entendida como unidad patriarcal —regida desde la prehistoria por el orden jerárquico y la responsabilidad colectiva— que es la célula fundamental de la estructura social japonesa; la solidaridad, en principio un gesto de ayuda mutua, que manipulada por los sucesivos gobiernos conjuntamente con la responsabilidad colectiva se convirtió en un medio de control social; la presión de los grupos sociales —apremiados por la responsabilidad colectiva— para determinar la conducta individual de sus miembros, lo que disminuye la necesidad de recurrir a un aparato coercitivo oficial para solucionar conflictos; y el ejercicio del poder basado en una red de lealtades personales.

La avenencia como medio de resolver disputas sigue vigente, no sólo como costumbre entre la población, sino oficialmente reconocida en la ley. Anexos al Poder Judicial hay comisiones conciliadoras a las que pueden acudir las partes en vez de recurrir a un litigio, y aún iniciado éste, los jueces pueden remitir el caso a mediación si es pertinente; hay asimismo instituciones tanto privadas como oficiales especializadas en arreglar conflictos mediante compromisos. Y la orientación que la burocracia da a través de las directrices administrativas, es una forma de obligar a las partes a que diriman de común acuerdo sus diferencias.

No pueden negarse los cambios ocurridos en el régimen jurídico japonés; aún así, en él son perceptibles todavía elementos de la forma tradicional japonesa de regir la convivencia y de gobernar. Si en la época *Meidi* los japoneses adaptaron a las formas del derecho recibido los principios de su cultura, en la de posguerra han infiltrado su idiosincrasia en la estructura jurídica que les fue impuesta por el gobierno de ocupación.