





***El fetiche jurídico del capital:  
hegemonía global mediante los estudios  
de derecho***

Antonio Salamanca Serrano

Cuadernos  
Subversivos



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES  
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

Primera edición, 2016

340.07

S1598f

Salamanca, Antonio

El fetiche jurídico del capital: Hegemonía global  
mediante los estudios de derecho / Antonio Salamanca

— 1.ª ed. — Quito: Editorial IAEN, 2016

168 p.; 11.5 x 17 cm (Cuadernos Subversivos n.º 10)

ISBN impreso: 978-9942-950-64-2

ISBN digital: 978-9942-950-65-9

1. DERECHO 2. DERECHO-ESTUDIO 3. ÁFRICA 4. CHINA  
5. INDIA 7. AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE 8. EUROPA  
OCCIDENTAL 9. RUSIA 10. ESTADOS UNIDOS I. TÍTULO

---

**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES**

Av. Amazonas N37-271 y Villalengua, esq.

Telf: (593) 2 382 9900, ext. 312

[www.iaen.edu.ec](http://www.iaen.edu.ec)

Información: [editorial@iaen.edu.ec](mailto:editorial@iaen.edu.ec)

Dirección editorial: Miguel Romero Flores

Analista de arbitraje científico: Romina Andrea Barboza

Corrección de estilo: David Chocair

Diseño portada e interiores: Gabriel Cisneros

Asistente editorial: Cristina Silva Villamar

Imagen de la portada: *Caryatid I 2*, de Amedeo Modigliani

Impresión: La Oficina. Tel.: (593 2) 2412 004

Tiraje: 300 ejemplares

© IAEN, 2016



CC BY-NC-SA

Esta licencia permite compartir-copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra, y hacer obras derivadas.

## Índice

|  |     |
|--|-----|
| Introducción .....   | 9   |
| <b>Capítulo 1</b>  |     |
| Los estudios de derecho en África.....                         | 19  |
| <b>Capítulo 2</b>  |     |
| Los estudios de derecho en China.....                          | 43  |
| <b>Capítulo 3</b>  |     |
| Los estudios de derecho en India.....                          | 63  |
| <b>Capítulo 4</b>  |     |
| Los estudios de derecho en América Latina<br>y el Caribe ..... | 79  |
| <b>Capítulo 5</b>  |     |
| Los estudios de derecho en Europa occidental ....              | 95  |
| <b>Capítulo 6</b>  |     |
| Los estudios de derecho en Rusia .....                         | 121 |
| <b>Capítulo 7</b>  |     |
| Los estudios de derecho<br>en Estados Unidos.....              | 139 |
| Conclusiones.....  | 151 |
| Bibliografía .....   | 163 |



A Pilar,  
por su crítica del texto  
y revisión cuidadosa





## Introducción

El fetiche es un objeto al que enajenadamente se le atribuye la fuerza de un poder que no tiene y se le consagra obediencia. Pero, si es cierto que el fetiche no tiene el poder que se le atribuye, su “magia, su ilusión” consistiría en que las energías del “poder” popular de esa atribución errada son utilizadas y transmutadas por una persona o grupos sociales para la violenta dominación de los adoradores.

En eso ha convertido el capital al derecho, un tótem jánico con dos caras. Es un guiñapo, impotente. Los derechos a la autodeterminación, al conocimiento, al medio ambiente sano, a la soberanía alimentaria, a la salud, a la vivienda, etc., no son sino puro texto. Se les pronuncia e invoca y no producen nada; una lamentable elegía para los pueblos. Sin embargo, el fetiche tiene un lado oscuro, el poder de las energías de los pueblos es transmutado en violenta alienación, explotación y opresión de quienes le adoran, y persecución a muerte de quienes profética e irreverentemente descubren su engaño, le desobedecen y desafían. Este rostro del fetiche del capital es Moloch, Saturno devorando a sus hijos y sediento de sangre y sacrificios. Los pueblos acaban sometidos, en servidumbre “voluntaria”, a los ídolos fabricados por sus propias manos (Marx, [1842] 2007: 77).

Este trabajo nace del enfrentamiento diario con el fetiche, como problema existencial y académico. Se ha convertido en objeto de investigación encontrar respuesta a la pregunta: ¿qué son los estudios del derecho en relación con el fetiche jurídico del capital? Esta pregunta se desagrega en otros muchos interrogantes, como por ejemplo: ¿en qué consiste en esencia ese paradigma jurídico? ¿Cuál es su historia? ¿Cuándo comenzó a hacerse hegemónico? ¿Qué ha necesitado para su hegemonía? ¿Qué ámbito o extensión tiene? ¿Cómo funciona el paradigma? ¿Al servicio de qué o para quién funciona? ¿Cuáles han sido y son sus principales actores?

Como queda implícito en la pregunta, el problema tiene alcance regional, no es solo un problema de nuestro país ecuatoriano. En la investigación coordinada por Christian Curtis, y publicada en 2006 como libro con el título *Observar la Ley* (Curtis, 2006), se constata que el formalismo normativista positivista es el horizonte jurídico hegemónico en América Latina, y también compartido al menos por España y Portugal.

Pero ¿será igual fuera de América Latina y de algunos países europeos mediterráneos? ¿Existe también ese problema en Estados Unidos, por ejemplo? Los estudios y la enseñanza del derecho en Estados Unidos son con frecuencia presentados como ejemplo en muchas facultades de derecho latinoamericanas. Estudios pragmáticos, centrados en el estudio del caso concreto, superador —se dice— del deductivismo glosador y exegético que domina en el ámbito jurídico latino.

¿Es esto cierto? ¿Realmente en EE. UU. existe otro paradigma de derecho o es otra tradición dentro de las limitaciones del mismo paradigma? ¿Y fuera del continente americano, cómo son los estudios de derecho en África, Asia y Europa? ¿Padecen los mismos males? ¿Cuál ha sido la historia en los estudios de derecho en esos continentes? Las preguntas tienen pretensión de encontrar respuestas, si es que las hay, más allá de una u otra región o continente. ¿Responden los estudios de derecho actuales en el planeta a un sistema mundo jurídico o son tradiciones relativamente autónomas? ¿De existir ese sistema mundo jurídico, cuándo empieza y por qué? ¿Cuáles serían los factores que lo habrían permitido en su caso? ¿Qué había en las tradiciones jurídicas continentales antes de la dominancia del sistema jurídico hegemónico, de existir algo?

Delimitado y formulado el problema, la búsqueda de explicación a los hechos problemáticos, caóticos y confusos, intentaré en un nuevo horizonte paradigmático: el *iusmaterialismo*, como método de investigación jurídica, así como teoría ontológica de la realidad jurídica. Comenzando por lo último, el *iusmaterialismo* entiende la realidad ontológica del derecho, objeto de la investigación, como un conjunto de relaciones sociales caracterizadas por el poder, en función de la vida de los pueblos y la naturaleza, y su reproducción. Define al *derecho como una praxis (acción) con poder real de satisfacción del sistema integrado de necesidades y capacidades de los pueblos y la naturaleza, positivados como bienes jurídicos autónomamente por la comunidad, con el apoyo de la fuerza tutelar coactiva de la misma.*

El iusmaterialismo se inserta en la tradición del materialismo marxista en términos generales y su insurgencia frente al fetichismo jurídico, pero con algunas profundizaciones “heréticas” respecto a cierto dogmatismo en los modos de entender el materialismo histórico marxiano (Marx, [1842] 2007). Esta evolución del materialismo propuesta, que puede ser vista como heterodoxa, pero —que entiendo como una— evolución coherente con los presupuestos del materialismo marxiano, la desarrollé en *Filosofía de la Revolución: Filosofía para el Socialismo del Siglo XXI* (Salamanca, 2008) (aquí le llamo *hismatre*: materialismo histórico de realidad) y en *Teoría socialista del derecho* (Salamanca, 2011).

Entre los principales postulados iusmaterialistas para el marco metodológico hay que destacar: 1.º se asume el derecho como una relación social práctica de última instancia como las relaciones económicas o cualquier otro tipo de relaciones sociales. Es decir, el derecho no es reflejo de la relaciones económicas de producción, sino una relación social de poder, de última instancia, que en ocasiones crea las relaciones de poder que permite un sistema económico u otro (así como un tipo de relaciones económicas da lugar a un tipo de relaciones de poder). Incluso se puede hacer la lectura del capitalismo como un modo moderno de las relaciones criminales de esclavitud de la Antigüedad. La expropiación originaria de los medios de producción (K. Marx) no es sino expresión del estado de guerra permanente de un sistema, que llamaré *contraderecho*, contra el verdadero derecho de los pueblos y la

naturaleza; 2.º) Lo que caracteriza las relaciones jurídicas como relaciones sociales es el poder; son relaciones de poder; 3.º) El contenido último del derecho como sistema jurídico, su legitimidad última no radica en la voluntad del soberano o en la voluntad mayoritaria contractual sino en la materialidad del sistema de derechos humanos de los pueblos y de la naturaleza, que positivizan el sistema de necesidades y capacidades de aquellos; 4.º) El derecho es una acotación de la praxis moral biocéntrica; 5.º) El derecho es consustancialmente praxis política partisana que tiene a la vida y su reproducción como proyecto político, como contenido de la justicia; 6.º) El derecho es relación social del poder como fuerza pero no como violencia. Fuerza y violencia, como dos modos de ejercicio del poder, son categorías diferentes. La primera da lugar a lo que entiendo por derecho y, la segunda, a algo monstruoso totalmente diferente, el rostro del fetiche: el contra-derecho; 7.º) El derecho en un dinamismo social revolucionario en esencia; subversión frente a cualquier tipo de opresión y materialización del proyecto político-jurídico de la satisfacción de las necesidades/capacidades de vida de los pueblos y la naturaleza (de los derechos de los pueblos y la naturaleza como sus bienes jurídicos).

El iusmaterialismo, metodológicamente, es un método de investigación con pretensión científica en una pluralidad de modos interdisciplinarios e interculturales. Su unidad estructural se articula en tres fases: 1.º Enfrentamiento o aprehensión de los hechos caóticos

y confusos; 2.º Elevación de lo concreto a lo abstracto en cierto distanciamiento propio del análisis sistémico de los hechos. El análisis de las partes y su resignificación como piezas del sistema, así como de todo el sistema. Esto es posible desde los distintos paradigmas, con sus conceptos y categorías; 3.º Formulación de postulados explicativos y probación con los hechos, como verificación o falsación. La unidad estructural del método se expresa, como he indicado, en una rica pluralidad de *modos* en el acercamiento, análisis sistémico y probación de la realidad: modo histórico-jurídico, socio-jurídico, ántropo-jurídico, psico-jurídico, axiológico-jurídico, ideológico-jurídico, económico-jurídico, lingüístico-jurídico, normativo-jurídico, jurisprudencial, etc. Lo que hace a esta pluralidad de modos de investigación propiamente jurídica es la mirada que tiene como pretensión el conocimiento del derecho en general o materializar derechos en particular. No es un método ecléctico. De las otras disciplinas se toman las técnicas, pero la mirada y el objetivo es propio del derecho (Salamanca, 2015).

En este caso, el modo escogido como más apropiado para la investigación es el histórico-ideológico-jurídico. En cercanía con la perspectiva del historicismo jurídico crítico (Lecuona, 2006) de R. W. Gordon (Gordon, 1981, 1984, 1987, 1988, 2002), como izquierda en el movimiento *Critical Legal Studies*, asumo la historia como ciencia del decurso temporal de las relaciones sociales. La historia jurídica, en este caso, como la ciencia del decurso temporal de las relaciones

sociales de poder. Acometo la investigación de los estudios de derecho en su dinamismo histórico, sistémico, para poder explicar mejor qué y por qué son lo que son hoy. He enriquecido interdisciplinariamente el modo histórico con otro: el modo ideológico-jurídico. Los estudios del derecho son estudios fundamentalmente político-ideológicos. Responden a una u otra ideología. Las facultades de derecho, los profesores, los alumnos, el diseño de los currículos, sus contenidos, las publicaciones, etc., son actos eminentemente político-ideológicos en los cuales se disputa la producción, circulación y apropiación de la plusvalía ideológico-jurídica (Silva, 1970, 1976, 1983). El dinamismo histórico de los estudios de derecho lo he querido ver con su carga ideológica a la hora de acercarme y analizar sistémicamente a los hechos históricos (Kennedy, 1970, 1982, 1984, 2006). La pretensión de este modo histórico-ideológico es abiertamente partisana: emancipadora de los derechos de los pueblos frente a toda forma de servidumbre, también frente a la servidumbre “voluntaria” moderna (De La Boétie, [1548-1549?]1935). El enfoque que tomo es el cualitativo: valoración cualitativa de datos, acontecimientos y movimientos histórico-ideológicos.

La técnica de obtención de datos es fundamentalmente la documental bibliográfica. Como hilo conductor para la relectura histórica de los sistemas jurídicos mundiales tomo la ya clásica obra de René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Una obra que desde su publicación en 1964 cuenta con doce

ediciones. Utilizaré la primera reimpresión (2010) de la décimoprimera edición (2009), con los aportes de Camille Jauffret-Spinosi, y publicada en México por la UNAM. Acerca de las técnicas de análisis sistémico, he considerado la correlación histórico-sistémica de algunos elementos o variables: a) los currículos en la enseñanza del derecho a escala regional; b) el papel histórico de las facultades y escuelas de derecho; c) la metodología y pedagogía en la enseñanza del derecho; d) la codificación; e) el legicentrismo; f) el colonialismo jurídico del capital; g) el fetichismo jurídico; h) la costumbre como praxis jurídica tradicional de los pueblos. Y como técnica de probación o verificación, recorro a la propia de la investigación histórica: el potencial explicativo de los dinamismos históricos encontrados.

Este trabajo no da cuenta de las resistencias históricas de los movimientos periféricos, marginales y contrahegemónicos en los estudios del derecho. Un trabajo, por otra parte, necesario para completar la realidad de la actual correlación de fuerzas. Un análisis necesario para avivar la esperanza de quienes, por más imponente que se exhiba el fetiche del capitalismo jurídico hoy día, como David tenemos la pretensión de vencerlo.

El trabajo presenta tres lecturas: una primera es la presentación informativa de los estudios del derecho en las diferentes regiones de nuestro mundo. La segunda es la búsqueda histórica de las concatenaciones de los acontecimientos, la vinculación entre posibles



causas y efectos, la direccionalidad del movimiento histórico en relación con los estudios del derecho presentados. La remontada histórica se hace del presente hacia atrás. La tercera lectura es el rastreo del factor ideológico en el movimiento de los acontecimientos históricos en búsqueda de su potencial explicativo.

### Mapa 1

#### Imagen fija de los sistemas jurídicos mundiales en nuestros días



Fuente: Lilia Benaïssa, Universidad de Ottawa, Canadá.

Nota: Sistemas jurídicos hegemónicos en el mundo (adaptación).



## Capítulo 1

# Los estudios de derecho en África

§1. El sistema jurídico africano, con sus estudios de derecho, afecta directamente a las relaciones de poder de una población aproximada de 1166 millones de personas, con datos de 2016. El sistema está integrado por cuatro tradiciones: la romano-germánico, la *common law*, la islámica y la consuetudinaria (tradicional). Las dos primeras hegemonizan el currículo formativo de los estudios de derecho. Según los países, la estructura de la formación inicial de grado varía de dos años, en unos países, a cuatro, en otros. Luego le sigue la maestría y el doctorado.

Tomando como ejemplo a la Universidad de Ghana, los estudios jurídicos en grado se estructuran en dos años (48 cursos, con 72 créditos para la graduación; entre 18 y 21 créditos cada semestre. Todos los cursos son de tres créditos). Existen materias obligatorias y materias optativas.

Primer año: A. *Primer Semestre. Cursos obligatorios*: sistema legal de Ghana, derecho de contratos I, derecho constitucional I (teoría constitucional), derecho de responsabilidad civil I, propiedad inmueble I (derecho consuetudinario de la tierra), derecho penal I (principios generales); *Cursos electivos*: derecho internacional público I, derecho comparado I (tradiciones legales).

B. *Segundo Semestre. Cursos obligatorios*: método legal, derecho de contratos II, derecho constitucional II (constitución de Ghana), responsabilidad civil II (negligencia y difamación), propiedad inmueble II (principios y teoría de la propiedad inmueble), derecho penal II (delitos en particular); *Cursos electivos*: derecho internacional público II, derecho comparado II (derecho constitucional comparado).

Segundo Año. A. *Primer Semestre. Cursos obligatorios*: jurisprudencia I, equity; *Cursos optativos*: ensayo, derecho comercial internacional y de inversión I, derecho de los recursos naturales I, derecho medioambiental I, derecho de propiedad intelectual I, conflicto de leyes I, derecho humanitario I, derecho internacional de los derechos humanos I, género y derecho I, derecho de familia I, derecho tributario I, derecho mercantil I, derecho comercial I, criminología I, derecho administrativo.

B. *Segundo Semestre. Cursos obligatorios*: jurisprudencia II, derecho de sucesiones; *Cursos optativos*: derecho comercial Internacional y de inversión II, derecho de los recursos naturales II, derecho medioambiental II, derecho de propiedad intelectual II, conflicto de leyes II, derecho humanitario II, derecho internacional de los derechos humanos II, género y derecho II, derecho de familia II, derecho tributario II, derecho mercantil II, derecho comercial II, criminología II (Manteaw, 2008: 910-72).

En el ámbito del posgrado, maestría y doctorado, tomando como ejemplo la Universidad de Ghana

y la Universidad de la Ciudad del Cabo, en Sudáfrica, los estudios e investigaciones jurídicas generalmente se realizan en los siguientes campos: derecho internacional, armonización del derecho de negocios, derecho de propiedad intelectual, derecho comparado, jurisprudencia, derechos humanos, democratización y gobernanza en África, derecho humanitario, derecho consuetudinario familiar, mediación y arbitraje, derecho de seguros, regulación jurídica de la bioseguridad en África, derecho laboral, derecho medioambiental, derecho de los refugiados.<sup>1</sup>

Entretanto, desde los sectores académicos más críticos, con visión prospectiva para las próximas décadas, se reclama abrir el currículo y la investigación jurídica a algunas de las urgencias de la realidad africana. Entre esos nuevos campos de estudio demandados cabe mencionar: a) el fortalecimiento del pluralismo; b) el derecho consuetudinario; c) el derecho a la salud (particularmente el caso de VIH); d) derecho al agua; e) el derecho al transporte; f) el derecho administrativo; g) el derecho de transparencia y honestidad social e institucional (Manteaw, 2008: 939).

Pero las críticas apuntan más allá. El currículo actual de los estudios de derecho en muchas facultades poco ha cambiado del que quedó fijado en los años 60 y 70. Sigue evidenciando la tendencia de los inicios de la Independencia: el fuerte componente del llamado

---

1 Campos o ámbitos de los proyectos de investigación en la Facultad de derecho de la Universidad de Ghana y Universidad de Ciudad del Cabo, Sudáfrica (2015).

derecho privado, particularmente comercial y litigante, con relegación formativa del llamado derecho público. El colonialismo en los estudios jurídicos, de lo que en adelante llamaremos fetiche del capital, fue “libremente” reasumido después de la independencia en el siglo xx. El paradigma jurídico capitalista colonial e imperial, en sus tradiciones romano-germánico y *common law*, no permite dar respuesta a la necesidad de decolonialidad jurídica, interculturalidad e interdisciplinariedad que tiene el continente. Más bien es un traje jurídico obturante del desarrollo de posibilidades propias para el crecimiento jurídico de los pueblos africanos. Con frecuencia, los estudios e investigaciones no responden a las necesidades locales y nacionales, no dialogan con ellas, no recuperan ni se fundamentan en el sistema de valores de las antiguas tradiciones africanas.

Además de una urgente revolución de los currículos jurídicos, la transformación del derecho en África requiere recursos para su democratización. Recursos para el acceso a la formación y recursos para la docencia e investigación jurídica. Hoy el acceso a la formación universitaria es un privilegio de muy pocos. Los juristas africanos que salen graduados, haciendo uso del estatus de poder universitario, en su mayoría, terminan siendo parte de la élite social comprometida en servir a los intereses del mercado mundial, casi siempre contra los intereses de sus pueblos. Para quienes apuestan por la vida académica, el futuro es uno o

varios trabajos docentes precarios en salario y recursos académicos (Manteaw, 2008: 932).

**§2.** Ante esa realidad colonial que determina el tipo y la estructuración de los estudios e investigaciones jurídicas cabe preguntarse: ¿por qué es lo que es y no otra cosa? Una primera respuesta se aventura por el camino del proceso político africano reciente en el siglo xx. Los currículos de derecho en África son en su mayor parte expresión del proceso de reorganización de la formación jurídica después de la independencia política (formal). Siguiendo a S. O. Manteaw, lo que buscaban los dirigentes independentistas era conseguir la estabilidad política, el nuevo diseño constitucional, el desarrollo económico y la seguridad de la propiedad individual. El derecho era un mero instrumento para conseguir aquellos objetivos políticos. Del paradigma voluntarista y positivista que instrumentaliza el derecho no se consiguió la emancipación, si es que en algún momento se buscó con determinación. El fetiche jurídico del capital seguirá colonizando jurídicamente todo el continente africano. Para reforzarlo se crearon rápido las universidades y facultades de derecho y se agilizó el proceso de codificación. Por ejemplo, en 1959 la Universidad de Ghana admitió a sus primeros 28 estudiantes de derecho (de ellos se graduaron 18 en 1963). En 1972 ya había 43 universidades en el continente con facultades de derecho (12 sudafricanas, 9 en los países musulmanes del norte de África, y 22 en los países del centro continental). El número de universidades ha ido creciendo hasta alcanzar

la cifra de unas 600 hoy en día, aproximadamente un tercio de ellas con facultades de derecho; sin embargo, su distribución también evidencia las desigualdades regionales. Nigeria y Sudáfrica concentran un buen número, mientras hay algunos países que no tienen (Manteaw, 2008: 954). Lejos quedará la sensibilidad y el compromiso político, determinado en las vísperas de la independencia, en descolonizar África, también del modo jurídico con que la burguesía imperialista del capital, con sus élites locales, veía la realidad africana (Manteaw, 2008: 908, 917).

La independencia política no significó independencia de las relaciones sociales de poder (jurídicas) de las antiguas metrópolis ni del nuevo imperialismo del capital y su sistema jurídico. La independencia africana no lo fue del fetiche jurídico del capital en sus tradiciones romano-germánicas y del *common law* —las descolonizaciones jurídicas demoran siglos en materializarse una vez comprometidas; son de las que más tiempo requieren para hacerse hegemónicas, decía Dostoievski—. Por ejemplo, dependiendo de la zona de influencia colonial, en África se asumieron la codificación civil y penal francesa o inglesa, respectivamente. En casi todos los países se desató la fiebre codificada; rebajada en algunos casos por la lucha de grupos minoritarios que deseaban recuperar instituciones y prácticas propias de la tradición jurídica africana. Con todo, la hegemonía del colonialismo jurídico tuvo y tiene que enfrentar la pervivencia de la resistencia jurídica consuetudinaria, que se niega a desaparecer.



Esta resistencia popular se explica por la cercanía en la producción de los derechos, su accesibilidad a la realización de la justicia, la mayor democratización y flexibilidad.

En este aspecto debe siempre tenerse presente en el análisis que un número muy importante de las nuevas leyes, pero en especial aquellas que pretenden reformar en cuanto al fondo las estructuras familiares, penetran con dificultad en amplios sectores de la sociedad africana y no han podido alterar su comportamiento. Más allá del aspecto estrictamente formal, los campesinos en particular continúan viviendo como habían vivido sus ancestros, ignorando el derecho de las urbes y las instituciones puestas en marcha por los reformistas. Conforme a las voces más autorizadas, entre un 80 a 90 % de la totalidad de la población africana continúa viviendo según el modo antiguo, al margen de todo movimiento de modernización. El matrimonio consuetudinario, la poligamia, la dote, entre otras instituciones, si bien han sido suprimidas o reglamentadas, son ampliamente observadas en la práctica. En Costa de Marfil “la mayoría de los individuos no aceptan las prácticas nuevas y las instituciones consuetudinarias están todavía vigentes”. La costumbre de antaño continúa siendo observada de facto, los tribunales estatales abandonados en beneficio de arbitrajes administrados o, más frecuentemente, de conciliaciones logradas de acuerdo a la tradición (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 422).

**§3.** Ahora bien, la (de)formación jurídica africana no comienza con la independencia de mediados del siglo xx. ¿Qué paradigma jurídico formativo, con sus estudios de derecho, era el hegemónico antes de la independencia político institucional formal del siglo xx?, ¿qué características tenía y cómo condicionaba la formación y los estudios de derecho? En búsqueda de respuestas, encontramos que la colonización introdujo en África la “formalización de la educación jurídica” según el modo académico universitario europeo, así como el paradigma litigioso, de representación jurídica, etc. El proceso se aviva con la invasión colonial del siglo xix y su influencia se alarga durante todo el siglo xx, llegando a esta nueva centuria del siglo xxi. La colonización europea (belga, británica, española, francesa, italiana, portuguesa, etc.) del continente africano desata una era de imposición normativa en búsqueda de su hegemonía ideológico-jurídica: el dominio de un paradigma de derecho al servicio del capital de las metrópolis. Los abogados son una pieza cada vez más necesaria. A modo de ejemplo, en Nigeria se pone en marcha un proceso de formación profesional legal en 1862, regulándose la profesión y formación del abogado en 1876. Con todo, hasta 1945 se permitía actuar como “abogados” a aquellos autodidactas que conocían el oficio por haber aprendido trabajando de cerca con algún abogado. Lo mismo se admitía en Ghana desde 1853, con tal que conocieran el procedimiento y los principios generales del sistema jurídico (Manteaw, 2008: 912-913).

## Mapa 2

### Reparto colonial imperial de África del siglo XIX



Fuente: Recuperado de <http://campus.ort.edu.ar/articulo/278212/imperialismo>.

Se utilizó el derecho romano-germánico o *common law* para invadir, legitimar y reforzar el dominio, pero se evitaba la formación jurídica empoderativa de los pueblos para evitar que utilizaran el instrumento en su liberación. Se tenía mucho cuidado con quienes

querían estudiar leyes. En ellos se veía el peligro de los potenciales dirigentes anticoloniales. Desde luego esta política de control formativo no solo era en el campo jurídico, sino también en otras disciplinas. Cuando Zambia se liberó del colonialismo británico, en 1964, solo tenía 100 graduados universitarios, todos en el campo de la educación, salvo dos doctores y un ingeniero. Malawi contaba con apenas 23 universitarios en 1959, y hasta 1964 el país no tenía universidades. Por otro lado, quienes querían estudiar derecho tenían que hacerlo en las metrópolis. Los escasos candidatos que se decidían y podían costearse la formación y estudios jurídicos debían ir a Londres, en el caso del dominio británico, o a otras metrópolis imperiales. En la práctica, solo podían estudiar los ricos. El pueblo africano quedaba excluido del acceso al poder del conocimiento. Los juristas que llegan al continente en su mayor parte eran extranjeros y formados en el extranjero. Ilustra el dato que en Tanzania, todavía en 1961, solo uno de cada 100 abogados era del país; 10 en Kenia, de 300; y 20 de 150 en Uganda. El currículo en que se habían formado era fundamentalmente etnocéntrico (europeo), capitalista y, en su caso, fetichizado en el normativismo. Es decir, por un lado, la formación que habían recibido era la propia británica o europea continental, ajena a la realidad africana y de espaldas al pluralismo jurídico consuetudinario africano. Y, por otra parte, los estudios en los que se habían preparado eran esencialmente en el ámbito privado; orientados fuertemente hacia el derecho comercial, mercantil, de negocios, y litigación (Manteaw, 2008: 913-916).

La hegemonía se va imponiendo en un proceso sin tregua contra las resistencias jurídicas locales. Los modelos y horizontes de pensamiento propios del derecho romano-germánico y *common law* se importan con desprecio y desperdicio de la tradición africana: desvalorización, ocultamiento y destrucción de sus propios sistemas jurídicos consuetudinarios. Las autoridades tradicionales que se encargaban de la resolución de los conflictos fueron progresivamente desplazadas por funcionarios al servicio de la metrópoli. El contenido del derecho propio quedó reducido a simples aspectos del ámbito familiar. Algunos intentos de codificar estas costumbres se hicieron bajo el dominio colonial francés. Intentos limitados en su extensión y muy fragmentados. Allí donde se aplicaba el derecho consuetudinario africano, este quedó desnaturalizado; pervertiendo su búsqueda de armonía comunitaria en la fiebre individualista por ganar la victoria litigiosa al rival (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 428).

[...] se modificó el orden social que regulaban su existencia por otros medios y que no estaban preparados para aceptar la noción europea moderna de derecho. La civilización africana estaba fundada en ciertos valores: el espíritu de comunidad, el respeto por los ancianos, la ausencia de clases antagónicas, entre otros muchos. Se aceptó demasiado fácil que esos valores sean destruidos sin preocuparse de reemplazarlos por valores nuevos; se forzó así de manera inconsciente el relajamiento de los vínculos familiares y de clan, sin que se pudiera introducir, la solidaridad del cuerpo social en su conjunto (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 433-34).

El colonialismo inglés de protectorado, como he indicado, optó por el desconocimiento del derecho tradicional africano. No había mucho tiempo que perder. El capitalismo necesitaba acelerar la expropiación originaria en África y someter las relaciones de sus pueblos con la tierra, comunitarias y comerciales al nuevo sistema jurídico burgués:

La elaboración de un derecho nuevo se impuso en ciertos ámbitos, especialmente en el ámbito del derecho mercantil moderno. El derecho consuetudinario, se limitaba a regular ciertos contratos, de número reducido, específicamente concernientes al ámbito rural; el derecho de sociedades mercantiles, de efectos de comercio, el derecho marítimo, y el derecho de contratos en su conjunto, debieron ser importados del Occidente. Conforme a las concepciones tradicionales africanas el trabajo era, más que una forma de ganarse la vida, un modo de vida vinculado con las fuerzas de la naturaleza que involucraba la realización de los ritos; así la noción de contrato de trabajo, que es el mecanismo legal a través del cual se asumía la obligación de trabajar para un extranjero para obtener en contraprestación un salario, resultaba inimaginable. El derecho del trabajo tuvo también, que ser importado de Occidente en el momento en que la mano de obra asalariada hace su aparición. Las costumbres por otra parte se habían desarrollado para regir las relaciones entre miembros de comunidades, practicando el modo de vida indígena (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 428).

**§4.** El siglo XIX supuso en África la invasión y expansión hegemónica del fetiche jurídico imperial del capital, con sus estudios de derecho, pero el colonialismo jurídico africano de este siglo tiene sus raíces más atrás en la historia. Ya en Etiopía, los Amharas se convierten al cristianismo, y a su derecho, en el siglo IV d.C. El proceso de cristianización “jurídica” de África continuó desde entonces hasta nuestros días. Hoy aproximadamente el 46,53 % del continente profesa el cristianismo (predominante en 31 Estados; unos 500 millones).<sup>2</sup> Por su parte, el Islam, también con su derecho, llegó pronto a África, en el siglo VII. Hacia el siglo XI esta nueva religión consigue la islamización de parte de norte occidental africano. Proceso que se extenderá hacia la parte oriental africana, Sudán, Somalia, etc., desde el siglo XIV. La población islámica africana es aproximadamente de 40,46 % (predominante en 21 Estados). Con la llegada de los cristianos y musulmanes arribaron también textos y tradiciones jurídicas inspirados en el derecho canónico o en el Corán y la Sunna. En Etiopía, por ejemplo, los cristianos acogieron la codificación jurídico-religiosa elaborada en Egipto en el siglo XIII (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 425). A pesar de ello, la religiosidad tradicional, con su derecho, resiste y representa el 11,8 % (predominante en 6 Estados).

---

2 Según datos del sociólogo Massimo Introvigne ofrecidos en 2012 en el marco del Congreso organizado por el Centro de Estudios sobre las Nuevas Religiones (Cesnur) en la universidad de El Jadida, en Marruecos.

Ahora bien, ¿con qué paradigma jurídico se encontraron los cristianos y musulmanes a su llegada a África? ¿Eran pueblos con derecho o sin derecho? ¿Qué relaciones jurídicas tenían? ¿Había formación jurídica? Ciertamente que sí. Sería un error etnocéntrico creer que antes de la implantación colonial de las universidades y facultades de derecho en el siglo XIX no había ni derecho ni formación jurídica en África. Ciertamente no tenían un sistema “formal” de enseñanza pero había enseñanza jurídica y sistemas de derecho (Manteaw, 2008: 910). El paradigma de pluralismo jurídico consuetudinario fue el dominante en África continental y Madagascar por miles de años. Incluso hoy se puede decir que tiene una gran influencia y se sigue disputando los sentidos jurídicos contra el fetiche normativista del capital. Un sistema consuetudinario múltiple y plural por el mismo modo de organización tribal dominante en los pueblos africanos (p. ej., monárquico, democrático, matriarcal, patriarcal, etc.). Así por ejemplo, solo en la antigua África ecuatorial francesa y el antiguo Congo belga se pueden diferenciar unas 1500 etnias; en Sudán, 579; en África oriental inglesa, 200; en Madagascar, 19. Cada comunidad nómada o etnia, recolectora o ganadera, o sedentaria y agrícola, ha sido con frecuencia autosuficiente jurídicamente. Un derecho no escrito de transmisión oral milenario (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 422).

La enseñanza del derecho era un proceso comunitario cotidiano e informal que duraba toda la vida. En esta escuela se aprendían, y aprenden, las prácticas



jurídicas que tienen que ver con la moralidad, la propiedad de bienes muebles o inmueble, la herencia. Los jefes de las tribus y ancianos (como maestros del derecho) aprendían ellos mismos de la comunidad. De allí obtenían sus conocimientos y sabiduría jurídica. Los miembros de la comunidad aprendían a defenderse jurídicamente ellos mismos, porque no había representación generalmente. La armonía comunitaria era la razón de ser. El litigio como recurso extremo era expresión de un fracaso (Manteaw, 2008: 911). Cuando se producía el conflicto, en algunos pueblos era frecuente, y lo sigue siendo, la intervención del jefe de la tribu, el subjefe, el cabeza de familia o linaje y otras personas con ciertas responsabilidades jurídicas (p. ej., tendaana en Ghana). En otros lugares existen los llamados “lingüistas” que tenían funciones de mediadores entre las partes en disputa y las autoridades. Estos lingüistas son oradores o recitadores de los “proverbios jurisprudenciales” que reactualizan la memoria jurídica consuetudinaria del pueblo o tribu (Manteaw, 2008: 911).

Dada la diversidad del rico pluralismo jurídico consuetudinario de los pueblos africanos que ha pervivido durante miles de años hasta nuestros días, ¿se pueden identificar elementos jurídicos comunes? ¿Cuáles son los principales rasgos que comparten los diversos sistemas de derecho en la tradición africana anterior al colonialismo? La historia jurídica comparada sostiene que sí, que es posible identificar características comunes dentro del pluralismo jurídico originario africano. Entre los principales destacan: a) la ley

para los pueblos es conducir la vida personal y colectivamente según lo hicieron los antepasados. El respeto a la costumbre es expresión del respeto a los antepasados cuyos espíritus conviven con la comunidad de los vivos; b) la tierra es disfrutada por los vivos, como lo fue por los antepasados y lo será por las generaciones futuras. No es de la tradición jurídica africana el pretendido derecho a la propiedad privada de la tierra; c) la comunidad es la unidad sobre la que se edifica la vida social. La persona adquiere identidad y sentido de su existencia dentro de aquella; d) el derecho es parte de la praxis moral, sin fácil distinción entre los límites de uno y otra en muchas ocasiones; e) son ajenas a la tradición jurídica consuetudinaria africana, distinciones entre derecho público y privado, derecho civil o penal, mercantil o laboral, etc.; f) en caso de conflicto el proceso, flexible y poco institucionalizado, lo que busca es restaurar la armonía de la comunidad, más que declarar a uno vencedor en su pretensión sobre otro. Incluso en algunos casos de conflicto el potencial vencedor cede sus derechos en función de fortalecer la armonía comunitaria (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 422-24).

**5§** En este momento, dada la extensión del ámbito de influencia, más de mil millones de personas en una gran diversidad de países repartidos por los distintos continentes, conviene hacer un breve alto sobre ¿qué ha ocurrido con el derecho islámico, y sus estudios, en África?, y ello vale también para las otras regiones del mundo.

Pues bien, en la actualidad, casi la totalidad de las universidades de los países que se declaran musulmanes, o que tienen al islam como religión mayoritaria, asumen como paradigma jurídico hegemónico de hecho el propio del fetiche del capital, en alguna de sus dos tradiciones: el romano-germánico o el *common law*. Es cierto que en las facultades de derecho (laico) el contenido de los planes de estudio acogen el derecho occidental, así como parte del derecho musulmán de autoría divina (sharia). Sin embargo, el derecho musulmán (fiqh), entendido como el ámbito de la interpretación humana de los principios y doctrina (sharia) ha quedado progresivamente relegado al derecho que regula las relaciones familiares y algunas expresiones de contenido religioso. En las facultades de sharia también se enseña el derecho occidental, comparativamente y complementariamente, dado que se necesita conocerlo para el ejercicio de la profesión (An-Naim, 2007: 12). Esto ha sido posible, en parte, por la colaboración de abogados y profesores de derecho que después de la descolonización política, se convirtieron en agentes del dinamismo de reforzamiento de la colonización jurídica occidental. Las primeras generaciones de abogados y académicos, formados en las universidades occidentales, regresarán para encargarse de la dirección política de sus países, así como para la dirección de las grandes corporaciones y firmas de abogados (An-Naim, 2007: 23).

El canon del sistema jurídico musulmán está siendo sometido a grandes tensiones en nuestros días

además de por su fijación dogmática, por las exigencias del fetiche jurídico del capital (p. ej., las del comercio internacional). Adoración a la que se han inclinado en la práctica muchos de los países musulmanes, como han hecho los cristianos y otras confesiones religiosas. El Dios vivo ha sido vendido por Mammón. De momento el recurso a ciertas estrategias y ficciones está sirviendo en el intento de conciliar la ortodoxia y la ortopraxis:

Numerosas reglas de derecho musulmán pueden ser privadas de sus efectos, siempre que se evite transgredirlas directamente. Así, se permite la poligamia y el repudio de la mujer por el marido; pero se puede, sin modificar estas reglas de derecho, desalentar tales prácticas acordando en favor de la mujer substanciales daños y perjuicios, si ella es injustamente repudiada por su marido o si éste, vuelto polígamo, no observa el mismo trato que con sus otras esposas. El mutuo con interés conforme al derecho musulmán está prohibido; pero esta se elude a través de una doble venta, o incluso confiriéndole al mutuante, a título de garantía, el uso y goce de un bien de productos. Se debe igualmente considerar que la prohibición del mutuo con interés concierne exclusivamente a las personas físicas, ya que son las únicas que pueden cometer un pecado: a los bancos, a las casas de ahorro y a las sociedades se les libera de esta prohibición. El arrendamiento de la tierra está prohibido; esta prohibición se elude a través de la noción de asociación entre el arrendador y el arrendatario. Los contratos aleatorios, en particular el contrato de seguro, están prohibidos; más sin embargo este pecado no se comete por quien percibe la prima; por lo que se contrata el seguro con

una compañía de seguros o con una persona física que no profese la religión islámica. La prohibición misma del seguro desaparece en el caso de las mutualidades de seguro; el énfasis se pone sobre la premisa de solidaridad que la operación involucra y que por ello se propicia su celebración; este contrato está muy lejos de estar prohibido (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 345-346).

**6§** En la realidad actual jurídica de los estudios del derecho en la comunidad musulmana tiene una influencia determinante la etapa de colonialismo occidental, particularmente en los siglos XIX y XX. A los países sometidos se les impuso el derecho occidental burgués en una progresiva extensión de su hegemonía. Ese proceso se evidencia con las “capitulaciones” del Imperio otomano, en 1924, a los pies del imperialismo capitalista occidental (An-Naim, 2007: 20).

Aunque este proceso se desarrolló de formas diferentes entre las sociedades islámicas, la experiencia de la última época del Imperio Otomano es la que probablemente ha tenido las consecuencias más trascendentales. Las concesiones hechas por el Imperio Otomano a las potencias europeas durante el siglo XIX establecieron el modelo para la adopción de los códigos y sistemas occidentales de la administración de justicia. Los edictos del Imperio Otomano justificaron los cambios no sólo para fortalecer el estado y preservar el Islam, sino que también pusieron de relieve la necesidad de asegurar la igualdad entre los súbditos otomanos, sentando así las bases para la adopción del modelo europeo de estado y de su sistema legal. Esas reformas introdujeron en el derecho otomano un Código Comercial de 1850,

un Código Penal de 1858, un Procedimiento Comercial de 1879, un Código de Procedimiento Civil de 1880, y un Código de Comercio Marítimo, siguiendo el modelo de derecho civil europeo de intentar lograr una promulgación integral de todas las normas relevantes (An-Naim, 2007: 21).

**7§** En búsqueda de los dinamismos históricos explicativos es necesario remontarse temporalmente en la indagación, ¿cuándo y cómo nace el paradigma del derecho musulmán y sus estudios en la etapa precolonial? Entre algunos elementos de las posibles respuestas encuentro que un nuevo horizonte jurídico surge con la práctica y los dichos de Mahoma en el siglo VII d.C. Después de la muerte del profeta varias generaciones vivieron sin lo que hoy conocemos como sharia (doctrina, normas religiosas, rituales, morales, jurídicas; que regulan la vida del musulmán). Sin embargo, pronto se inició un proceso de canonización (fijación jurídica) que se cierra en el siglo IV aH (siglo X d.C.). Desde la fecha, el jurista se ocupó de glosar la codificación clásica de los manuscritos religioso-jurídicos. Con ello, la codificación religioso jurídica de buena parte de la vida de la comunidad musulmana quedaba fijada (y en ocasiones fetichizada). El contenido de estos manuscritos fue en adelante objeto de formación para los estudiosos, juristas, jueces y demás profesionales del derecho. La *madrassa* es la institución educativa mediante la cual se transmitirán estos conocimientos y se formará a los discípulos (An-Naim, 2007: 16).

Con todo, para poder dar soluciones prácticas a problemas jurídicos nuevos, los juristas elaboraron un procedimiento racional articulado a los principios religiosos del Corán. Ahora bien, ese esfuerzo (ijtihâd), cuando es colectivo, debe conducir a un consenso (ijmâ). El valor de este consenso, aunque no compartido en todas las tradiciones, es también con frecuencia asumido como fuente jurídica (doctrina jurídica). Si se busca que el esfuerzo individual tenga valor jurídico debe seguirse el razonamiento analógico (qiyâs). En otro caso, la conclusión del jurista no tiene otro valor en una mera opinión (ra'y). Las fuentes del contenido jurídico que deben estudiar los fouqhâ están delimitadas (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 335-336):

El contenido jurídico del Corán se encuentra en un cierto número de versículos (llamados por los jurisconsultos islámicos “versículos legales”). La literatura jurídica musulmana distingue los versículos que rigen el estatuto personal (setenta versículos); los versículos relativos al “derecho civil” (setenta versículos); los versículos de carácter [sic] penal (treinta versículos); los versículos que reglamentan el procedimiento judicial (trece versículos); los versículos “constitucionales” (diez versículos); los versículos relativos a la economía y a las finanzas (diez versículos) y finalmente los versículos relativos al “derecho internacional (veinticinco versículos) (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 335).

Dos tradiciones principales, también jurídicas, con sus diferentes escuelas, se han diferenciado en la historia del islam: sunnitas y chiitas. En la tradición

sunnita se pueden distinguir diversas corrientes: *hanefita*, con presencia hoy en Turquía, repúblicas musulmanas exsoviéticas, Jordania, Siria, Afganistán, Pakistán, India, Bengala y Magreb; *malaquita*, Egipto, Magreb, Sudán, Kuwait, Qatar, Bahrein, Emiratos Árabes Unidos, costa oriental de la península Arábiga, África Occidental; *Chafe'ita*, Palestina, Adén, sur de la península arábiga, Pakistán, Egipto, Indonesia, Malasia, Ceylán, Filipinas, India y África Oriental; *Al hanbalismo*, Egipto, Arabia Saudita, Siria e Iraq. En el chiismo se han creado tres grandes tradiciones jurídicas formativas: *zaydiles*, en Yemen; *imanitas*, en Iraq, Libia e Irán; y *ismailiens*, en India, Paquistán y Siria y África de habla inglesa (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 334).

La flexibilidad jurídica y respeto al derecho consuetudinario de otros pueblos, en general, le permitió al islam su expansión y también su adaptabilidad a los nuevos tiempos y renovación.

La expansión del Islam puede explicarse por su actitud liberal y que no exigía el sacrificio de los modos de vida perpetuados por la costumbre. Si bien ciertas costumbres puedan considerarse ilegítimas, dentro de la óptica del derecho musulmán, existen otras muchas costumbres que existen sin incurrir en esta circunstancia. En esta forma numerosas costumbres tienen una función de complementariedad del derecho musulmán: costumbres relativas al monto o a las modalidades de pago de la dote, costumbres regulando el uso de aguas que circulan entre diferentes propietarios de tierra, costumbres en materia comercial. El derecho musulmán clasifica las acciones del hombre en cinco categorías: obligatorias,



recomendadas, indiferentes, culpables, o prohibidas. La costumbre no puede permitir un comportamiento que el derecho declara obligatorio o prohibir un comportamiento que el derecho declara obligatorio; pero puede legítimamente ordenar una conducta que, conforme al sistema de derecho, es solamente aconsejable o permitida, o puede llegar a prohibir una conducta que, según el derecho, considere como culpable o simplemente permitida (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 334).

Más allá de que el derecho inspirado en la sharia sigue regulando muchos ámbitos de la vida personal de los musulmanes, así como tiene su influencia la regulación de ciertas relaciones territoriales e internacionales, lo cierto es que no es el hegemónico ni en aquellos pueblos que tienen por religión oficial el islam. El fetiche del derecho occidental lo ha arrinconado a ciertos ámbitos de la esfera familiar (David y Jauffret-Spinosi, 2010: 334).