

La tradición jurídica coreana y su influencia en el derecho contemporáneo

Dae-Kyu Yoon *

** Profesor de Derecho Constitucional, Kyungnam University, Masan, Corea.*

I. I ntroduccion

Para poder captar una idea general del Derecho Coreano se hace necesario, en primer lugar, entender los aspectos peculiares de la sociedad coreana. Corea está ubicada en el Extremo Oriente, circundada hacia el norte por China y Rusia, y a través del mar del este por Japón. Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial el país ha estado dividido entre Norte y Sur. Como resultado, la República de Corea rige tan sólo en la parte sur de la península Coreana. La superficie total de la península es de 222,154 km², de los cuales el Sur ocupa 99,392 km², una extensión tan grande como la del Estado de Kentucky en los Estados Unidos. Hacia 1995 unos 45 millones de personas residían en el Sur mientras que la población del Norte era cercana a los 25 millones. Si bien el Norte ha fracasado en su desarrollo económico bajo el Sistema Socialista, el Sur ha sido muy exitoso en sus logros, llegando a un PNB de 452 billones de U\$S y un ingreso per capita de 10.076 U\$S en 1995.

Desde una perspectiva general Corea pertenece a la cultura oriental, en la que la agricultura -la vida anclada a la tierra- era el modo de vida básico, y las religiones politeístas y panteístas como el Budismo y el Confucianismo son predominantes. Dentro de las culturas orientales, Corea pertenece a la Cultura Confuciana de Extremo Oriente, junto con China y Japón.

En tanto que el Derecho se mantenga como un medio para realizar la justicia de conformidad con los ideales de la sociedad, el mismo no puede ser contemplado en forma aislada de dichos ideales. Éstos no se piensan de la noche a la mañana, sino que por el contrario, son una herencia cultural asociada con la construcción de la sociedad.

Por lo tanto, el Derecho de una Sociedad debe ser entendido desde la perspectiva de la historia y en su más amplio contexto cultural. La ley no es una entidad fija, sino una fase en el desarrollo dinámico de la práctica legal en el contexto de otras actividades humanas. Si asumimos que el Derecho y las instituciones jurídicas derivan en última instancia de una variedad de instituciones políticas y sociales, sería pertinente determinar qué soportes políticos o extralegales existen para el Derecho y el crecimiento del sistema legal.

Por consiguiente, con el fin de situar al Derecho Coreano Contemporáneo en perspectiva, examinaré las características legales prevalecientes en tres períodos históricos que pueden ser reconocidos de acuerdo a sus

aspectos culturales distintivos.

Ii. Confucianismo y derecho

Comenzaré con el orden legal prevaleciente hacia finales de la última Monarquía Coreana, la Dinastía Yi (Choson) (1392- 1910).

La Dinastía Yi dejó su marca cultural distintiva en el Derecho Coreano y sentó las bases para la ley impuesta por el Japón.

I. La Sociedad Confuciana

La Corte Yi dependía fuertemente del Confucianismo y de las instituciones de base confuciana para sus sistemas filosófico, gubernamental y legal. En reacción a la práctica de la anterior Dinastía Koryo (936- 1392), que favorecía al Budismo, los círculos dominantes de la Corea Yi adoptaron el Neo Confucianismo formulado por Chu Hsi (1130- 1200) en la China Sung.

Neo Confucianismo se refiere al trabajo de Chu Hsi y sus contemporáneos, quienes reordenaron las enseñanzas de Confucio (y Mencio) formando un sistema filosófico con la incorporación de elementos taoístas y budistas. Un argumento central del Neo Confucianismo es que los asuntos humanos son un reflejo del trabajo de la Naturaleza: alcanzar la armonía entre asuntos humanos y Naturaleza es esencial para que el hombre viva debidamente y el Estado sea correctamente gobernado. La Corea Yi adoptó el Neo Confucianismo como su guía principal para la administración del Estado, la regulación social y las relaciones personales. Más que una religión, fue una ideología filosófica y un conjunto de normas sociales para la efectiva integración y gobierno del pueblo.

Jerarquía

La Corea Yi buscó preservar la paz y el orden sobre las bases del Neo Confucianismo. El status de todos y cada uno de los individuos, desde el rey hasta el plebeyo, estaba definido cuidadosamente en un elaborado orden jerárquico. Las relaciones personales eran sistemáticamente graduadas hacia abajo hasta el más mínimo detalle. Los individuos de un más alto status podían demandar obediencia de aquellos que se encontraran por debajo; pero en la práctica no había forma de que aquellos de menor status forzaran a sus superiores a cumplir con las obligaciones requeridas.

Como resultado, los subordinados debían confiar en la benevolencia por parte de sus superiores.

En primer lugar, a cada miembro de la burocracia central se le asignaba uno de dieciocho rangos; la autoridad, derechos y privilegios, deberes y prerrogativas estaban prescritas minuciosamente para cada rango. El rango del burócrata determinaba el rango social de la esposa y sus familiares cercanos.

En segundo lugar, el reclutamiento para la burocracia era controlado por ley a través de evaluaciones competitivas. Aunque no existían leyes que excluyeran a los plebeyos de las más altas instancias de evaluación, éstos no tenían acceso a las facilidades educativas en las que pudieran prepararse para las mismas. En la práctica, las candidaturas para las evaluaciones se limitaban a la clase dominante.

En tercer lugar, la burocracia central estaba dotada de ciertos dispositivos internos para la restricción. Los cortesanos de alto rango tenían el derecho institucionalizado y la obligación de reclamar al rey cuando sus actos eran contrarios a la ley o a la costumbre; el rey tenía el derecho de degradar o despedir a un oficial descarriado. A través del reclutamiento selecto de la clase dominante (Yangban) en la burocracia central, el rey aumentaba el poder y el privilegio de la corona, previniendo la emergencia de una aristocracia poderosa e independiente. Debido a que él presidía sobre la burocracia, que debía lealtad al trono, el monarca estaba en posición de ejercer limitaciones en el sistema. Pero el poder real de turno era controlado por los altos burócratas.

La mutua amonestación entre oficiales era instrumental en casos de exceso en el ejercicio del poder burocrático. Esta, en breve, era la manera en que los poderes real y burocrático eran mantenidos en un grado notable de equilibrio.

Sistema familiar

En el esquema Neo Confuciano, la familia constituía la pieza central de la sociedad toda y de la Nación. La familia, no el individuo, era la unidad central a los ojos de la ley. Por lo tanto, la reverencia a los ancestros se convirtió en el rito cardinal de las costumbres confucianas. Una gran importancia era atribuida a las relaciones de sangre, representadas por la familia extendida, y la preparación y mantenimiento de los registros de la genealogía familiar eran asunto de mucha significación.

Desprecio por el comercio y la industria

Un aspecto digno de mención de la sociedad Yi fue el completo fracaso de artesanos y comerciantes por ascender en escala social y riqueza, tal como ocurriera en la sociedad occidental en los albores de la Edad Moderna. Los artesanos y comerciantes se ubicaban por debajo de los campesinos, quienes también los menospreciaban. Esto se debía a la política del gobierno que juzgaba innecesario que artesanos y comerciantes crecieran en riqueza y poder. La propia Naturaleza de la agricultura marginal, cercana a la labranza de subsistencia ofrecía poca o ninguna chance para la acumulación de la riqueza personal.

El Neo Confucianismo como ideología

El Neo Confucianismo nació en China pero fue en la Corea Yi donde se convirtió en una ideología global. El reducido tamaño de Corea, su proximidad con China, su homogeneidad étnica, cultural y lingüística y su centralismo monárquico, contribuyeron al florecimiento del Neo Confucianismo en Corea. En las manos de los gobernantes Yi, el Neo Confucianismo fue la ley suprema que gobernaba sobre la Corte Real y la burocracia, incluyendo sus políticas y procedimientos. Más significativamente, fue un arma hecha a medida con la cual reforzar su voluntad sobre todos y cada uno de los súbditos.

El Derecho en la sociedad Yi

Junto al escenario socio-político que apenas hemos mencionado, evolucionó un sistema legal que se ajustaba a la sociedad Yi. El derecho de las Corea Yi, aún compartiendo aspectos con el Derecho Chino, se desarrolló según los lineamientos de una cultura y usanza diferentes.

En una sociedad confuciana, en la que la doctrina y la ética confuciana sirven como guía, el Derecho es pasible de ser un aparato para reforzar las normas confucianas de autoridad predeterminadas. Dado que es todo justificación, no hay fuerza de represión. Es por esta razón que las leyes bajo una filosofía confuciana son más a menudo un conjunto de "No hagas..." más que de "haz...", es decir, un código para desalentar desviaciones y prevenir la infracción de reglas aceptadas y de la costumbre. Desde un punto de vista diferente, el Derecho Confuciano es una ley escrita para apoyar a la ley no escrita encarnada en uno de los conceptos cardinales de la Etica China Li. Por lo tanto, como un instrumento para preservar el orden social bajo la Etica Confuciana asumen naturalmente la forma de Derecho Penal y Derecho Público, diseñado para regular la conducta personal tal como la prescriben las regulaciones gubernamentales. El Derecho bajo estas circunstancias, se dirigía a los oficiales de gobierno involucrados en los asuntos de gobierno y no a personas con capacidad de hacer valer sus derechos frente al Estado- el agente de fuerza superior-.

Siendo una sociedad basada en la jerarquía, la ley era inherentemente discriminatoria. Los derechos eran secundarios con respecto a las obligaciones, las responsabilidades o los privilegios. El status de un individuo no se expresaba en términos de derechos y deberes concomitantes. Más bien, éste garantizaba prerrogativas a la clase dominante e imponía obligaciones y responsabilidades correlativas al pueblo, independientes de todo derecho. Una insignificante noción de Derecho Privado era operada periféricamente, fuera de consideración para el mantenimiento de la paz y el orden social. El bajo status asignado a artesanos y comerciantes, que demoró el crecimiento del comercio y la industria, no favoreció el desarrollo del Derecho Privado.

El Derecho en la sociedad confuciana era un conjunto de normas seculares con propósitos puramente políticos, sin contener connotaciones espirituales o divinas tal como encontramos en el Derecho de Occidente. Bajo dicha filosofía jurídica, nociones como Justicia y Bien Público eran inconcebibles fuera de la autoridad estatal. El Estado era la única autoridad moral capaz de dispensar justicia, y no tenía obligación de justificar ninguna acción

de Estado en el nombre de la Justicia. De acuerdo con esto, no había necesidad de invocar a la ley para prestar legitimidad a la monarquía ya que su sola presencia era, ipso facto, su legitimidad. El Derecho existía para cumplir los propósitos del gobierno. La idea de un Derecho Divino de los reyes o de que ellos no podían equivocarse hubiera causado escozor entre los gobernantes Yi. Las leyes eran frecuentemente promulgadas para proveer de discrecionalidad al que las hacía cumplir a expensas de la justicia, una práctica que con el tiempo debilitó el prestigio de la ley a los ojos del pueblo. La benevolencia, requerida de los gobernantes como guardianes y protectores del pueblo, era el único freno a la poco menos que ilimitada autoridad gozada por el Estado.

La burocracia central no sólo disfrutaba de una vasta autoridad ejecutiva sino también del poder para legislar y administrar justicia. Las funciones judiciales eran desempeñadas por el Ministro Penal en la capital y eran delegadas a magistrados distritales en las provincias como parte de la administración. En realidad, los asuntos "judiciales" eran transferidos a los secretarios de justicia y sus asistentes, quienes tenían libertad para abusar de su autoridad, generando extendidos motivos de queja, hasta llegar a un gran menoscabo de la autoridad de la ley.

Como una cuestión de principios, se daba por sentado que la clase gobernante actuaba de acuerdo a la doctrina y a la ética confuciana. En relación a esto, se consideraba que ella se conduciría correctamente sin que alguna ley se le aplicara; y si un acto de la clase gobernante debía ser objetado por la ley, esto se juzgaba humillante.

Dado que la clase gobernante estaba protegida en un alto grado del abuso de los secretarios de justicia, su libertad con respecto a la ley se hacía cada vez mayor, mientras que los plebeyos eran víctimas de los secretarios de justicia. La clase gobernante no se molestaba en "ensuciar" sus manos ocupándose de las funciones judiciales.

El resultado era que la ejecución arbitraria de la ley y el despotismo de los oficiales desanimaban a los plebeyos para litigar. Y la misma clase gobernante era renuente a entablar juicios, porque hacer esto requeriría someterse a una decisión tomada por funcionarios inferiores cuya función era la de servir a la clase gobernante.

Los secretarios de justicia, encargados de la ejecución de la ley, eran efectivamente sirvientes de la clase gobernante, asumiendo el derecho de juzgar a otros. Las funciones judiciales, en sus manos, sufrían en dos aspectos: la ley estaba subordinada y no era suplementaria a la Ética Confuciana, y los letrados, es decir, los secretarios de justicia, estaban demasiado abajo en la escala social y no tenían camino para el avance. El resultado era que la ley en la sociedad Yi no funcionaba para el beneficio de la sociedad. Y dado que la abogacía no era una respetable profesión de tiempo completo, no evolucionó como una rama del saber sólida.

La clase gobernante tenía conciencia de la necesidad de proteger al pueblo del ejercicio arbitrario de la ley a nivel local, pero la ley generalmente no se correspondía con su aplicación. Además, con el paso del tiempo, el desorden en los más altos niveles de la burocracia central, afectó negativamente la corrección y eficiencia del trabajo a nivel magisterial.

Cuando la Doctrina Confuciana adquirió una validez global en Corea, la función del Derecho asumió inevitablemente un rol significativo. Esto fue así ya que sin los basamentos de la ley, una estricta observancia de la Ética Confuciana no era factible. Convertir el tradicional sistema de valores en uno confuciano requería de la coerción legal y el adoctrinamiento. Que el nuevo gobierno diera tanta importancia al Derecho puede verse en el hecho que, comenzando con la fundación de la dinastía, la codificación de las leyes siguiendo el modelo chino fue llevada adelante como un significativo proyecto de gobierno. Además, la burocracia central estaba

sustentada por la fuerza de la ley. Otras condiciones favorecieron la imposición del Derecho. Por ejemplo, no había centros de autoridad local independientes tales como los clanes o la nobleza. Las fáciles comunicaciones gracias al pequeño tamaño del país y la homogeneidad lingüística y cultural también facilitaron la imposición de la ley.

El éxito del Derecho bajo el sistema Yi puede inferirse del hecho que éste previno el ascenso de una clase rival. La ausencia de clases sociales para competir con la clase gobernante hizo más fácil la preservación del status quo.

iii. El dominio japonés y la acogida del derecho continental

En 1876 Japón comenzó a hacer incursiones en Corea y en 1910 logró incorporarla dentro sus territorios. Tal como manifestaran otros colonizadores, Japón insistió en que gobernaría para el bien de Corea y en el interés de la paz regional. Japón abolió el antiguo orden en favor de instituciones más modernas, construyó industrias e introdujo la educación moderna con el fin de que los coreanos pudieran servir mejor a Japón. La administración colonial japonesa fue globalmente penetrante y se llevó a cabo con la eficiencia que el Derecho Occidental avanzado hacia posible.

En parte debido a su cercanía geográfica con Japón, Corea era una base altamente prometedora para la expansión en el Asia Continental. Las similitudes en las fuentes culturales y étnicas facilitaron la política colonial japonesa de adaptación y asimilación. Esta política colonial se aplicó inicialmente en forma progresiva, pero luego se orientó hacia la destrucción de todo lo coreano. Desde el punto de vista japonés, Corea representaba una sociedad heterogénea, por lo que el sofocamiento de la tradición, la cultura y el lenguaje nativos debía ser acelerado en función de una rápida asimilación. A tal efecto, el método usual de "dividir para reinar" se convirtió en altamente apropiado y los esfuerzos se dirigieron hacia una política de diseminación de la discordia entre los coreanos.

El tipo de política colonial perseguida por Japón requería del respaldo de una eficiente fuerza policial. Un especial énfasis se le dio a la División Policial que se ocupaba de actividad política, la que por definición, era considerada subversiva. Con el tiempo, la policía para "el control del pensamiento" penetró profundamente hasta la vida privada.

Los colonizadores japoneses contaron, primordialmente, con el sofisticado Derecho Occidental, modelado según el Derecho Estatal Alemán, para implementar sus políticas en Corea. La actividad política de los coreanos y su representación estaba efectivamente prohibida por la ley, aun en el área de la administración; y la participación coreana se limitaba a los más bajos escalones. La administración era centralizada y la profesionalización de varias funciones judiciales y administrativas contribuyó grandemente a la efectividad global de la administración. La ley era particularmente instrumental en este esfuerzo de racionalización.

Bajo estas condiciones, la ley jugó definitivamente un rol de castigo, más que de aumento de la protección del disidente, promoviendo la justicia o remediando aflicciones. Si prominentes individuos, que gozaban de un amplio respeto eran castigados, esto sólo creaba renovadas hostilidades.

No existían canales para reflejar los sentimientos y anhelos populares en la legislación; el gobierno colonial gobernaba por decreto y no a través del debate parlamentario. Era un "gobierno por la ley" (1) ocupado tan sólo

en el control de la sociedad por medio de la ley. Algunos ciudadanos coreanos se enriquecieron aprovechándose de estas leyes, o integrándose junto a oficiales o dignatarios japoneses. A los ojos de los coreanos las violaciones a la ley significaban, algunas veces, resistencia al dominio japonés, lo que equivalía a una actividad patriótica.

Dado que la ley frecuentemente fallaba en la administración de justicia o en la corrección de errores, se siguió una cierta distorsión de los valores y hasta un sentimiento de vulnerabilidad. El resentimiento aumentó, ya que la aplicación de la ley más bien beneficiaba excesivamente a los malhechores. Por lejos el más difundido sentimiento de los coreanos hacia el derecho colonial japonés era que se trataba de un irremediable dilema ya que detestaban la ley pero al mismo tiempo debían obedecerla para apenas sobrevivir.

La introducción del sistema legal occidental por parte del Japón tuvo tres implicaciones. En primer lugar, las leyes tomadas por prestado no eran adecuadas a la realidad coreana ya que no respaldaban los valores de la sociedad. Los japoneses adoptaron lo que creyeron leyes eficientes, pero no tuvieron en cuenta el contexto social, cultural e histórico que formaba el trasfondo de estas leyes. Las leyes transplantadas no impusieron respeto ni inspiraron la cooperación de los coreanos. Como consecuencia, la ley debía ser respaldada por severas penalidades para el incumplimiento y por el ejercicio de una considerable autoridad de gobierno. La política colonial, que repudiaba los valores tradicionales, dejó una duradera marca en la forma en que los coreanos menosprecian su propia herencia cultural.

En segundo lugar, el entero propósito de introducir "leyes occidentales" era el de promover los intereses coloniales, y no ciertamente el de nutrir la justicia social o garantizar los derechos individuales. Consecuentemente, el sistema japonés impuesto en Corea carecía de una Constitución, Legislatura y Cortes independientes -todos los órganos que una Nación soberana posee para contrabalancear la autoridad del Estado-. La idea colonial del Derecho era que éste debía servir a los intereses de una administración eficiente. Como resultado, los atributos esenciales de la ley, tales como predictibilidad, estabilidad y gobierno limitado, desaparecieron o fueron fuertemente debilitados.

En tercer lugar, las autoridades coloniales forzaron las leyes occidentales en contra de los deseos de los coreanos. A los ojos de los coreanos estas leyes no significaban otra cosa que el dominio japonés en sí mismo.

Las circunstancias que rodearon la imposición por parte del Japón del Derecho Occidental condujeron a la resistencia; y la oportunidad de lograr que los coreanos se dieran cuenta de la virtud de la ley para manejar los conflictos sociales fue desaprovechada.

En cambio, la actitud negativa hacia la ley fue endurecida. Aquello que sirvió para dañar el prestigio de la ley y el gobierno, fue la actitud dominante desplegada por los japoneses y sus colaboradores coreanos en el trato con el pueblo.

Por función y Naturaleza, la ley impuesta por el dominio del Japón Imperial tenía mucho en común con la ley de la Dinastía Yi. Bajo ambos regímenes, la ley fue un potente agente por medio del cual era invocada la ilimitada autoridad estatal. Sin embargo, el concepto de gobierno benevolente que la ética confuciana exigía por parte de los gobernantes estaba ausente en el pensamiento jurídico japonés. Incapaces de obtener legitimidad política, las autoridades coloniales se vieron obligadas a depender de la ley coercitiva para ejercitar su poder de facto. A medida que la dependencia de la ley aumentaba, su aspecto negativo se hizo notorio. Con posteriores avances en la centralización, desapareció el sistema de los controles y equilibrios encontrado en la burocracia Yi. Con el Derecho Occidental se perfeccionaron formalidades y procedimientos, en la forma de una modernización del

sistema administrativo. Sin embargo, el gobierno colonial japonés falseó los valores del pueblo coreano, generó desconfianza en la autoridad estatal y la ley; y enemistó al pueblo con el concepto de ley en nombre de la modernización. Estos resultados no deseados de la coacción extranjera han sido llevados más allá de la liberación y todavía persisten en la sociedad coreana.

IV. Autoritarismo político y derecho

Con la liberación coreana del dominio japonés en 1945, una nueva filosofía o moral social global se hacía necesaria para una nación coreana moderna basada en la soberanía popular. Naturalmente, el Derecho cobró mucha importancia como un instrumento moderno para satisfacer esta necesidad -la ley en forma de legislación procesada por el gobierno popular bajo una Constitución-. El mismo concepto de ley era visto ahora bajo una luz diferente y su administración debía ser acompañada por el control y la sensibilidad a la reacción popular.

Lo que ocurrió desde la liberación fue muy distinto de lo que se expresara como ideales políticos y jurídicos iniciales. El repentino levantamiento de todo tipo de restricciones políticas crearon una atmósfera de total libertad, que luego se tornó en un libertinaje indisciplinado. Ningún desarrollo político ordenado parecía posible y la excesiva actividad política eclipsó a la autoridad y al prestigio de la ley. El sistema legal importado de tipo occidental no funcionaba en Corea tan bien como en su originaria Europa. El fracaso podría atribuirse a las actitudes que el pueblo arrastraba desde la era anterior, junto con otros factores políticos, económicos y sociales adversos.

Luego del comienzo del primer gobierno coreano, en 1948, no hubo transferencias pacíficas del poder según disposiciones predeterminadas hasta 1992. El gobierno prolongado por parte de una persona o grupo en particular se basa en la noción de que el poder político es una especie de trofeo, y que la ley es una herramienta útil para preservar el status quo en el interés de la permanencia indefinida en el poder. El gobierno autoritario se convirtió en un aditamento permanente. Este afianzado patrón político dejó marcas indelebles en el reino del Derecho en Corea.

En un esfuerzo por legitimar las relaciones de poder existentes, cada régimen buscó alterar el sistema legal a través de disposiciones desviadas. Bajo cada gobierno autoritario sucesivo, la preeminencia del Poder Ejecutivo por sobre las otras dependencias llevó a la renuncia de la autoridad para frenar los excesos por parte del mismo. El Poder Ejecutivo llegó a creer que cualquiera de sus actos podría justificarse siempre que se basara en su propia interpretación de la ley. Esto significó una parálisis total de las funciones de gobierno, entendidas bajo el principio de separación de poderes. El gobierno disfrutaba de demasiada ventaja administrativa para la imposición de la ley con el fin de favorecer sus objetivos políticos inmediatos.

Hoy en día, la conducta de la burocracia está determinada por la realidad política prevaleciente, más que por ninguna otra cosa. El burócrata coreano ha sido fuertemente influenciado por el autoritarismo; que mantiene profundos vestigios de la anterior monarquía centralizada y del gobierno burocrático colonial japonés, los que demandaban la obediencia incondicional por parte del pueblo. Tales actitudes por parte de la burocracia produjeron una "relación vertical" entre ella y el pueblo, una relación que desdeñaba la participación popular. El

burócrata, que gozaba de privilegios concedidos por quienes ocupaban el poder, se contenta con el status quo y para mantenerlo es reacio a iniciar el cambio. Bajo estas circunstancias, es responsable de ejecutar leyes buscando aumentar el arraigado poder político.

La subordinación de la burocracia al poder político fue completa durante la Primera República (1948- 1960). La burocracia siempre fue utilizada para reprimir a la oposición y al pueblo más que para servir al público, y todo con el propósito de perpetuar el poder político. La burocracia atropelló al pueblo, excediéndose en su autoridad y contraviniendo la ley. Un extraordinario ejemplo de la

subordinación de la burocracia al Ejecutivo fue la activa participación de los burócratas en el fraude electoral, cuando hubieran debido mantenerse neutrales.

Desde 1960, la neutralidad de la burocracia se ha hecho parte de la Constitución. El burócrata está moralmente obligado a mantener su neutralidad, e inclinarse hacia un determinado grupo político está prohibido. Sin embargo la subordinación de los burócratas al poder persistió bajo una sucesión de gobiernos autoritarios. Las disposiciones constitucionales, por sí solas, no producirán una solución fundamental hasta que no ocurra un cambio que haga a los políticos directamente responsables ante la gente. Uno podría decir, sin temor a equivocarse que la política autoritaria ha sido uno de los mayores factores que impidieron la justa y adecuada ejecución de las leyes por parte de los burócratas en Corea.

En una sociedad en la que el gobierno se inclina hacia el autoritarismo, en nombre de la estabilidad política y con el fin de facilitar el crecimiento económico, el poder político y la burocracia son pasibles de generar una relación mutuamente suplementaria. Corea es un caso pertinente.

Mientras el gobierno prolongado continuaba y la economía de mercado se expandía, la política coreana asumió un extraordinario aspecto dual: un aumento del autoritarismo en el área de la política, combinado con una creciente liberalización en el área económica. Dado que un retraso o una discontinuidad en el crecimiento económico hubieran amenazado al poder político justificado por este crecimiento económico, el aspecto dual se volvió más polarizado. Como resultado, la ley fue más coercitivamente impuesta en áreas en las que surgía un desafío político. Las actitudes autoritarias de los burócratas cambiaron poco durante el período del gobierno autoritario. Sin embargo hubo un profundo aunque gradual cambio desde abajo, mientras el sector privado prosperaba con el crecimiento económico continuo. El sector privado sintió entonces que la burocracia impedía la libre empresa y comenzó a demandar más liberalización e iniciativa privada. El fortalecido rol del sector privado y el crecimiento de la clase media exigían cambios en las actitudes burocráticas. El crecimiento económico, otrora considerado una consideración sine qua non para la perpetuación en el poder, ya no parecía ser lo que fue; aparentemente porque el soberano del sistema capitalista prevaleciente en Corea requería libertad de acción y de elección, responsabilidades individuales e iniciativa privada- todo lo cual puede ser mejor garantizado bajo una democracia liberal.

Por el modo en que la ley es administrada hoy en día en Corea, se puede concluir que el país todavía no ha superado la etapa del "gobierno por la ley" ("rule by law") (2). Lo que tengo en mente cuando digo "gobierno por la ley", no es la estructura del gobierno sino el modo en que el gobierno opera. Tanto en la forma como por ley, el gobierno está dividido en varias divisiones, aunque en la práctica la rama ejecutiva invariablemente gana el control, y la ley es hecha y aplicada en la forma en que ella desea, y ninguna o pocas fuerzas de contrabalanceo actúan. Bajo el "imperio de la ley", el gobierno está diferenciado en ramas de modo tal que una frena a las otras. El Poder Judicial se mantiene independiente para que la política no abuse de la ley. Solo de esta manera la ley puede alcanzar la justicia y proteger a los individuos de un ejercicio arbitrario del poder de gobierno. Sin

embargo, no debe perderse de vista que el "imperio de la ley" evolucionó en el Sistema Legal Europeo Continental sobre la base de la Supremacía del Parlamento o Poder Legislativo.

La Corea de la Postguerra adoptó la forma democrática de gobierno con el "imperio de la ley" en vista; pero las realidades políticas subsecuentes han retrasado mucho la concreción de este ideal. La experiencia coreana revela cuán limitada es la capacidad de la ley para establecer restricciones a los poderes políticos. A menos que el poder político se someta a sí mismo a la ley o, alternativamente, sea forzado de alguna manera a someterse a ella, el control de la misma sobre el poder político es imposible. Por lo tanto puede decirse que el desarrollo político es un pre-requisito para el desarrollo de la ley. En este sentido, Corea tiene una Constitución pero sin Constitucionalismo.

Una muy arraigada idea coreana sobre la ley es que se trata de un instrumento a disposición del Estado y no de un dispositivo para regular el Poder Estatal. El "imperio de la ley" significa una completa oposición a esta noción aferrada a la mentalidad coreana; y se puede ver fácilmente qué estupenda tarea es concretar el "imperio de la ley". Una ordenada alternancia de gobiernos es una clara manifestación del imperio de la ley, y tales cambios de gobierno no sucedieron en Corea hasta 1987. En 1987, por primera vez en la historia constitucional coreana, una enmienda constitucional fue alcanzada con la colaboración de la oposición. Esta enmienda reflejó la voluntad popular en vez de buscar una extensión anormal del poder. En este sentido, la Constitución y el gobierno actuales tienen más legitimidad que cualquier enmienda o gobierno anteriores.

V. La adopción del derecho norteamericano

Desde que el gobierno militar de los Estados Unidos rigió los destinos de Corea del Sur y hasta que el nuevo gobierno coreano fue establecido en 1948, la influencia norteamericana en el Derecho Coreano fue sustancial, particularmente en el Derecho Público y en el Derecho Internacional (Público y Privado). Por ejemplo, el principio de separación de poderes, el sistema presidencialista, la justicia independiente y el habeas corpus fueron tomados del Sistema Constitucional Norteamericano.

Un aspecto peculiar del Derecho Norteamericano, compartido por el Derecho Consuetudinario Inglés, es un indiscutible respeto por la Corte. El derecho consuetudinario se desarrolló históricamente a través de las actividades de la Corte y el rol creativo de los jueces. El principio del "imperio de la ley" se estableció sobre este basamento.

Contener a los poderes políticos es una parte integral de las funciones de la Corte bajo el sistema del Derecho Consuetudinario (Common Law). La Corte Inglesa se fortaleció mientras el rey descansaba cada vez más sobre ella para dar fuerza a su voluntad durante su gobierno, tan temprano como en los siglos XII y XIII. Al mismo tiempo, la contención de los poderes reales comenzó cuando la nobleza se volvió hacia la Corte con el deseo de salvaguardar sus derechos e intereses, tal como se observa en la "Carta Magna" (1.216). Consecuentemente, dado que los actos de gobierno cayeron sin discusión bajo la jurisdicción de las Cortes, el Poder Judicial se involucró en la Política aún antes que el Parlamento, hasta el punto de desalentar el abuso de los poderes políticos centrados en el soberano. Por lo tanto, la mayoría de los sistemas legales en países de Derecho

Consuetudinario están basados en la independencia del Poder Judicial y la autonomía de la Ley. Las Cortes de Common Law gozan de extensos poderes para remediar aquello que no está permitido en la jurisdicción del Derecho Romano y los sistemas basados en éste (Derecho Civil) (3).

Cuando las actividades políticas, en los países con leyes basadas en el Derecho Romano, cayeron cada vez más bajo el "imperio de la ley" y con el desarrollo de las ideas constitucionalistas, la necesidad de dirimir los asuntos políticos a través de la ley se volvió urgente. Una entidad separada, en vez de las Cortes, tal como el Comité Constitucional o la Corte Constitucional, fue encargada de estas funciones en muchos países basados en el Derecho Romano.

Corea, como un país de Derecho Civil por imposición de Japón, no dotó a las cortes de alta estima y poderes para decidir en cuestiones políticas. Además, la desagradable experiencia de las cortes coloniales previnieron la adopción del estilo americano de revisión jurídica en el inicio del nuevo gobierno, a pesar de la abrumadora influencia de los Estados Unidos.

Aunque Corea adoptó mucho del Sistema Norteamericano, la ley no funcionó como se había pensado. Esto puede atribuirse a la ausencia de la tradición de una Corte respetada.

Bajo tal tradición de respeto por la Corte, los Estados Unidos pudieron superar la complejidad de su composición racial y cultural por medio de la ley. Es decir que la ley ha sido una importante norma para la integración social en los Estados Unidos, en donde las costumbres y los principios morales compartidos estaban todavía por formarse debido a la variedad cultural. Las cuestiones más sensibles, incluyendo las políticas, se han resuelto a través de la ley. Un ejemplo típico de esto fue la elección presidencial de 1984, en la que temas como el aborto, la oración escolar, etc. fueron a la vez legales y políticos. Se ha tomado por sentado entre los norteamericanos, que al final, todos los asuntos deben ser saldados por la ley.

Este tipo de pensamiento jurídico comenzó a importarse en Corea cuando los Estados Unidos se hicieron influyentes en este país. Bajo la influencia norteamericana, la ley ha sido frecuentemente considerada una herramienta importante y hasta una panacea para la resolución de los problemas sociales y los asuntos políticos. Sin embargo, dado que la tradición de respeto por la ley y la Corte no se desarrollaron en suelo coreano, ha prevalecido una actitud negativa acerca de la solución de temas sensibles por medio de la ley. La ley como medio para saldar los asuntos ha sido acogida en Corea; pero el espíritu de la ley ha fracasado para echar raíces.

El modo en que la ley es ampliamente utilizada para dirimir cuestiones sociales o políticas sensibles con importantes repercusiones sociales, difiere de una sociedad a la otra, aún entre los países de Common Law. En los Estados Unidos, la ley se convirtió en una herramienta fundamental debido a la ausencia de un trasfondo cultural común. Pero en Inglaterra, donde las tradiciones comunes han sido gozadas por un largo tiempo, las costumbres y principios morales compartidos han jugado un papel importante en la integración social. Por lo tanto, en Inglaterra, la ley desempeña un rol menos importante que en los Estados Unidos. Si es posible, los asuntos políticos o constitucionales son saldados fuera de las cortes, como cuestiones políticas o sociales más que legales. Las quejas en contra del Poder Ejecutivo han sido frecuentemente tratadas por el Parlamento más que por las Cortes. Aún las libertades civiles, tradicionalmente concebidas en relación al Common Law, en la medida que son protegidas, son protegidas primariamente por presiones políticas o sociales en vez que por cualquier actividad de las Cortes.

Si aceptamos que Corea necesita adoptar algo del Sistema de Common Law, entonces el sistema inglés resulta

más relevante que el norteamericano. La sociedad coreana comparte más elementos con la inglesa, ya que dispone de más espacio para que otras normas, además de la ley, jueguen un papel importante.

Vi. Conclusión

Con el fin de obtener un mejor conocimiento del campo del Derecho en la Corea Contemporánea, he presentado un panorama histórico de las circunstancias culturales y políticas que afectaron el funcionamiento de la ley.

Los aspectos discutidos más arriba han ejercido, y todavía ejercen, una gran influencia en las realidad legal de Corea. Ellos son entidades interrelacionadas y no separadas.

Los aspectos que caracterizan al Derecho Coreano actual son, en alto grado, una herencia del pasado histórico. Las leyes occidentales adoptadas no funcionan tal como lo hacen en Europa Occidental, simplemente porque Corea carece del trasfondo o matriz cultural que produjo el Derecho Occidental. El Derecho y las instituciones no son variables independientes que existen aparte de la cultura; el Derecho es una variable cercanamente relacionada con la cultura. Por lo tanto, puede decirse que ninguna ley tomada de prestado puede hacerse funcionar en un contexto extraño, a menos que sea ampliamente aceptada con el objetivo de modificar la cultura misma.

Cuán cercanamente se relacione el Derecho con la Cultura, dependerá de como funcione la ley y qué política persiga. La introducción de un Derecho extranjero puede ser, en si misma, un medio de cambio cultural. Luego la cuestión de si el cambio cultural es un pre-requisito para la introducción del Derecho llevará a la cuestión de cuán bien puede compatibilizarse una cultura extranjera con la cultura doméstica. Otro aspecto de la cuestión podría ser detectar y eliminar los elementos negativos de la cultura tradicional, haciendo un uso completo de los factores positivos para acelerar el desarrollo en curso.

Focalizándose excesivamente en los factores tradicionales que impiden la modernización, uno tiende a pasar por alto o al menos rebajar ciertas cualidades positivas de su propia herencia. En la medida que el orgullo nacional es un efectivo medio para acelerar el progreso, un esfuerzo por redescubrir los valores tradicionales positivos será muy útil. Un alto sentido de la ética prevalece en la sociedad coreana, reflejando una ortodoxa tradición confuciana, que puede justamente reclamar altos niveles de moralidad comparada con otras sociedades de menos estrictos principios morales compartidos. Debo apresurarme a agregar que hay espacio para aplicar valores confucianos en el esfuerzo por llevar a Corea hacia el futuro.

(1) El autor usa la expresión "rule-by-law" en vez de la tradicional expresión "rule-of-law". Dado que esta última se traduce generalmente como "imperio de la ley" referido al estado de derecho, se ha decidido traducir a la primera como "gobierno por la ley", teniendo en cuenta el contexto y el sentido en que es utilizada.

(2) Ver (1)

(3) *"Civil Law", además de derecho civil, se refiere al antiguo Derecho Romano y los sistemas legales basados en él. Esta expresión se usa en contraposición a "Common Law" que es el Derecho Consuetudinario (inglés).*