

*Natalia Ruiz Morato**

El pasado para entender el futuro del Estado de Derecho chino

The past for understanding the future of the chinese rule of law

Fecha de presentación: 11 de agosto de 2010

Fecha de aceptación: 25 de septiembre de 2010

RESUMEN

El presente artículo por medio de un estudio descriptivo pretende mostrar las principales corrientes del derecho imperial chino para dar elementos de interpretación sobre el Estado de derecho chino moderno. El derecho imperial chino contó con los códigos Tang y Qing en China, que permitió promover el desarrollo social y económico del Imperio chino. Dio estabilidad política implementando derechos e intereses protegidos por el Imperio. La estabilidad social se logro por la ley y orden al penalizar el crimen¹ y la estabilidad económica se logro por la protección del modelo agrario. Parte de la desgracia de considerar a China como bárbara y atrasada en sus diferentes periodos, en especial, en el siglo XX, es el problema de las libertades individuales o derechos de primera generación democrático-liberales. China desde el año de 1979, vive en una impresionante reconfiguración institucional acorde a los estándares de la globalización. Sin embargo, esta situación es un sintoma internacional producto de la economía de la sociedad de conocimiento y calentamiento global que están imponiendo globalmente nuevas configuraciones políticas- administrativas a los Estados y ordenamientos jurídicos globales.

Palabras clave: Derecho Chino Imperial. Estado de Derecho Chino. Código Tang Código Qin. Confucianismo y Legalism. Escuela Huang-Lao.

ABSTRACT

The present article by means of a descriptive study intends to show the main tendencies of Chinese imperial law to provide interpretation elements regarding the Chinese modern law.

The Chinese imperial law counted with the Tang and Qing codes in china, and this allowed the promotion of the social and economic development of the Chinese Empire. It gave political stability implementing the rights and interests protected by the Empire. Social stability was achieved by the law and order when penalizing crime, and economic stability was achieved by the protection of the agrarian model. Part of the disgrace of considering China as barbaric and backward in its different periods, especially in the twentieth century, is the problem of individual freedom or first generation democratic liberal rights. Since 1979, China lives in an impressive institutional reconfiguration in accordance with the globalization standards. Nevertheless, this situation is an international symptom product of the economy of the knowledge and global warming society that are imposing globally new political and administrative configurations on the States and global judicial legislations.

Key words: Imperial Chinese Law. Chinese Rule of Law. Confucian Law. Legalism. Tang Code, Qin Code. Huang-Lao School.

* Abogada, especialista en Derecho Económico de la Universidad Nacional de Colombia. M.A. in International Development de Korea University. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. nruizmo@unal.edu.co; ruiznatalia@gmail.com

¹ En dicho estudio se citan cifras interesantes en el periodo de Zhen Guan, las prisiones estaban vacías y las penas de muerte oscilaban en un número de 29 a 58 personas (Wang: 2002, 26).

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo fundamental de este estudio, utilizando una metodología descriptiva por medio de una revisión de fuentes especializadas sobre el derecho chino del 206 a.C. hasta 1912, pretende demostrar que los desarrollos de un Estado de Derecho (*rule of law*), no son exclusivos de la tradición europea posteriores al S. XVIII².

La selección del problema de estudio sobre el Estado de Derecho Chino Imperial y su evolución desde el año 206 a.C. al año 1912, permite explicar que el Estado de Derecho Chino del siglo XXI, es un caso sui generis que no es posible responder desde un paradigma liberal clásico de democracia y que entraña varios debates teóricos plurales que se siguen reproduciendo en la actualidad del siglo XXI, específicamente en las reformas estatales e institucionales en los países en vías de desarrollo.

2. TRADICIONES JURÍDICAS DEL DERECHO CHINO

Internacionalmente, China se ha distinguido por su gran desempeño como economía emergente y de posible hegemon global. Es un caso que contiene varias paradojas: un sistema de mercado capitalista mezclado con un sistema político comunista, un rápido crecimiento aunque se mantienen niveles de pobreza, como también, una singular tradición como civilización que ha perdurado por varios milenios y en la actualidad enfrenta grandes retos de postmodernidad sin modernidad en términos euro centristas “Un proceso de transformación acelerado y de reproducción relativamente estático” (Marquardt: 2009, 2).

Responder las necesidades actuales y futuras del Estado de Derecho Chino, hace necesario revisar la evolución del mismo, haciendo énfasis en las tradiciones legales milenarias que han perdurado en la sociedad China y que en la modernidad se han mezclado con las influencias occidentales de democracia y comunismo. Por ejemplo, en el siglo XIX producto de varias

² El concepto de Estado no se limita a los fundamentos de la teoría estatal del siglo XIX, sino que es más amplio. Es necesario hacer las diferenciaciones entre los tipos políticos dentro del concepto de Estado, no por fuera del mismo” (Marquardt: 2009, 2).

invasiones japonesas y guerras con Gran Bretaña y en el siglo XX, la guerra fría y la globalización.

La consolidación de un sistema legal chino y sus continuas críticas como Estado de Derecho, provienen de la miopía occidental que entiende que el Estado de derecho es exclusivo de la cultura occidental en los siglos XVIII-XIX. En contraposición, China maravilla, con desarrollos brillantes de derecho y estados de derecho desde antes de la era Han (206 a.C.) y que continúan posteriores a la era Mao Tse Tung (1978).

2.1. Teorías jurídicas milenarias. Confucianismo y legalismo

Antes de la era Han (206 a. C al 220), las teorías legales usadas en China se clasifican en *Lizhi* y *Fazhi* (Fu: 1981, 15). *El zhi* (制) significa control, el *Li* 理 es convencionalmente traducido y entendido como ritos y rituales, orden y decoro, que a su vez, es relacionado con la teoría legal del Confucianismo, que aboga por un sistema jurídico político enfocado en los ritos, tradiciones, costumbres, normas sociales y morales. Mientras que *Fa* 法, denota un significado de “justo”, “recta” y “justo”. También, tiene el sentido de “norma, la medición, y el modelo”, como teoría jurídica, es asociada al legalismo que se enfoca en implantar un orden político que se rijan y respete las normas públicas promulgadas en códigos que cuentan con la coerción del Estado (Peerenboom: 2002, 28), es decir, el control social por medio de leyes consagradas por las autoridades del imperio.

Confucio por medio de su filosofía creó el arquetipo de control social que mantuvo el orden social durante varios periodos en China. Esta filosofía se basaba en la concepción de que los hombres son buenos por naturaleza y que la sociedad es el medio donde se desarrollan los seres humanos. La personalidad y la humanidad son procesos de la socialización. (Peerenboom: 2002, 28).

La virtud humana, se logra, a través de la adopción del *Li* 理 que permite alcanzar un orden social armónico. Para el confucianismo, el uso de las leyes, castigos penales interfieren con dicho objetivo, en razón de posibles desbalances e inequidades en su uso porque envían un mensaje equivocado, en razón a que en el diseño de la ley, solo se protege los intereses mínimos de los miembros de la sociedad e incita a las personas a manipular el sistema para lograr su beneficio propio (Peerenboom: 2002, 30).

Por lo cual, este tipo de orden jurídico confucianista, el papel del Estado fue la persuasión moral y los gobernantes, son personas virtuosas gracias a su visión

moral y su autoridad que parte del “Dao” que es la habilidad de “conocer el camino”. El Li 理, es entonces, un sistema normativo social, un conjunto de valores sociales que son aceptados como normas de comportamiento³. Esto da como resultado que el Li 理 se impuso fue por la sociedad y no por tribunales (Legge: 1985, 732). La educación era considerada el ingrediente clave para mantener el orden, y los códigos de la ley se limitan a completar el Li 理 y no reemplazarlo. Para los confucianistas, el uso entonces de la ley codificada era exclusivamente para un uso en el control de situaciones turbulentas. Esto se aclara, en que en el auge de la teoría Li 理, existieron: un código penal que se promulgó la primera en algún momento entre 455 y 395 (a. C.) y estatutos civiles, sobre todo relativos a las transacciones de tierras (Fu: 2002, 50).

En contraste, el legalismo surge como una escuela de la competencia del pensamiento durante el período de los Reinos Combatientes (475-221 a. C.), sostuvo que el hombre era malo por naturaleza, que tenía que ser controlado por reglas estrictas de la ley y la justicia uniforme. La filosofía legalista tuvo su mayor impacto durante la primera dinastía imperial, la Qin (221-207 a. C.)⁴.

Para los legalistas abogaron en una clara codificación de las leyes y que se promulguen para que sean aplicadas de igual forma para los comunes y los nobles, que socava el sistema social de doble clase. El punto de partida de esta teoría es la crítica Li 理 Confucianista, que creó una elite literaria que tenía la autoridad para interpretar y aplicar el Li 理. “Li 理 no llega a los comunes, la ley penal sí llega hasta el oficial máximo” (Li Ji: 1996, 35).

La aplicación imparcial de los códigos publicados, característica fundamental de un Estado de Derecho (rule of law) existía en la China milenaria. La escuela legalista estipuló que la ley, es un control a la elite gobernante, aún más, el Emperador estaba sujeto al mandato de la ley. No obstante, este fenómeno del Fa Zhi, es mejor entendido como el gobierno de las leyes (rule by law) desde la tradición liberal occidental. Esta escuela jurídica del legalismo, parte de la concepción que los seres humanos son egoístas, la ley fue una herramienta práctica para mantener el control político y social a través de un sistema imparcial de premios y castigos. Un sistema legal claro y público,

³ Se encuentra vital para la teoría de Confucio, el concepto de la participación voluntaria de los individuos de la sociedad que cooperan para la solución de los problemas, que a su vez son socialmente aceptadas. Este proceso es la base de lo que se entiende como *li* (Legge: 1958, 730).

⁴ Como comentario personal se destaca que los debates Locke y Hobbes que estructuran el contractualismo moderno, ya habían sido debatidos en China antes del 207 a.C.

cada persona sabe que le espera y que consecuencias pueden conllevar sus acciones (Peerenboom 2002: 34). Cabe resaltar, que la ley no tiene una concepción divina, como sí lo establecieron otras civilizaciones, como el Sacro Imperio Romano Germánico o los pueblos musulmanes. En China la ley es un derecho positivo, es una creación social.

Los legalistas en una mirada integral de la ley, entendieron que las calidades y la confiabilidad de los jueces y de los gobernantes eran importantes y en la carencia de estas aptitudes conllevarían al caos social. Por consiguiente, esta escuela contempló un diseño de sistema que funcione a pesar de contar con gobernantes y jueces no brillantes, no moralmente buenos, o que no sean adeptos políticos (Han Fei), lo que conlleva a crear mecanismos institucionales, estrategias políticas y técnicas conocidos como “Shu”. La ley hace parte de estos mecanismos, gracias a que su aplicación imparcial se hace a través de castigos (Peerenboom: 2002, 34).

No obstante, antes de la dinastía Han, el gobernante, en la práctica y en la teoría tenía la última palabra y es quien tiene la potestad de cambiar y hacer las leyes. Esto precisamente era lo que criticaba el Confucianismo con el legalismo y el uso de las leyes, donde el problema fundamental del legalismo es el poco control sobre el gobernante. El legalismo y su positivismo legal, fue la fuente de legitimidad para el primer Emperador Qin, Shi Hung, que se distinguió en el uso de leyes estrictas y castigos excesivos a los diferentes reinos y vasallos en la unificación bajo un imperio.

2.2. La Era Han (206 a.C.-220 d.C.)

Sin embargo, las necesidades propias de la sociedad China de este periodo y frente a las dificultades que tenían la adopción del confucianismo y legalismo como ordenes de control social⁵, surgió la escuela Huang-Lao (200 d.C.). Esta escuela intenta limitar el poder del gobernante y proveer una fundación teórica y moral bajo un gobierno legal, de lo que esta normativizado y predeterminado en un orden natural (Peerenboom 2002: 35).

Esta escuela entonces se enfoca en el Dao o Camino que determina las leyes y el gobernante es un medio, es quien supera sus subjetividades y aprende objetivamente lo que otorga el Dao. “Hay una distinción entre el bien y el mal: usar la ley para distinguir entre ellos. Siendo tranquilo, vacío y escuchando

⁵ Podría usarse la categoría moderna de sistema jurídico.

atentamente, se podrá tomar la ley en cuenta” (Huang Lao Boshu: 1980). Huang Lao, como filosofía, establece que el sabio es el responsable por descubrir la ley, no la crea, es responsable por aplicarla pero no de interpretarla.

En el Imperio legal de Huang lao, la justicia tiene unas escalas estandarizadas y la discrecionalidad es eliminada. En comparación con el confucianismo que busca construir un consenso o disenso para realizar la armonía entre las partes en disputa, el sabio del Huang Lao, es un juez y no un mediador, él decide que está mal o que está bien. El papel del juez Hung Lao, consiste en eliminar la parcialidad subjetiva y es capaz de distinguir el ser del deber ser.

Con respecto a la relación entre el Huang Lao y el Legalismo, es que el Huang Lao aboga por la aplicación imparcial de la ley codificada y además constriñe el poder del gobernante. El Dao es lo que define que es la ley y no es el Emperador, por consiguiente, el Emperador no puede cambiar la ley. Sin embargo, estos desarrollos teóricos no tenían efectos en la práctica en el control sobre los gobernantes, ya que no hay forma de verificar la forma como se accede al Dao y a las normas que deben ser correctas.

La dinastía Han (206 a.C.-220 d.C.) conservó el sistema de base jurídica de la dinastía Qin, pero modificó algunos de los aspectos más duros de acuerdo con la filosofía confuciana de control social basado en la persuasión ética y moral. La dinastía Han usaba cuatro fuentes de derecho: lü (律: “leyes codificadas”), maruca (令: “la orden del emperador”), ke (“Leyes heredadas de anteriores dinastías”) y bi (“Precedentes”). Obviamente la ley del Emperador prevalece sobre las demás formas de derecho.

En la práctica, quienes fungían como abogados en ese periodo no fueron profesionales del derecho, eran formados en la filosofía y literatura. En los ámbitos locales, los señores formados en el confucianismo se desempeñaban como árbitros que resolvían las controversias de carácter local.

2.3. La Era Imperial. La Dinastía Qing (1644-1912) y el gran código Qing como régimen de Derecho

La dinastía Qing fue la última dinastía imperial. Su centro de poder se estableció en Beijing en 1644 que se mantuvo hasta la abdicación en 1912 del último emperador, como consecuencia de la Revolución de Xinhai y el establecimiento de la República de China. Esta dinastía fue formada por un clan minoritario llamado Manchú y no por el mayoritario en 1600 que era el clan Han (Johnson: 2000, 30).

Como anteriormente se describió, China tuvo desarrollos avanzados en sistemas legales producto de dos mil años, de códigos detallados, procedimientos de creación de normas, sistemas de cortes con diferentes niveles y procedimientos judiciales para la resolución de conflictos, aunque existieron variaciones en las diferentes dinastías, aún así, los códigos y leyes (Lu) estaban en la cumbre de la jerarquía de los sistemas normativos (Mcknight: 1987, 122).

El principal texto jurídico que estructuró el ordenamiento jurídico de la Dinastía Qing, fue el “Gran Código Qing”, cuya creación fue de la anterior dinastía Ming (1368-1644) y se basó en el código Tang de 624 d.C. La estructura del Código Qing se compone de 398 artículos, además cuenta con 1.907 estatutos complementarios que se realizaron entre 1644 y 1912. Sus fundamentos de control social continuaron vigentes incluso en la República Popular de China en su sistema soviético⁶. La aplicación de este código es de más de 300 años y fue de gran influencia en la región del Este de Asia, donde algunos países lo importaron o fue la base de las regulaciones endógenas de cada país⁷.

Este código propició un sistema de justicia penal muy detallado con instituciones jurídicas de decisión como la Corte Qing. En los comentarios revisados sobre este código, se ha deducido que el derecho penal imperial chino tenía un propósito moral, lograr que el condenado se arrepienta y corrija su camino (Mcknight: 1987, 123).

El gran código Qing al ser tan detallado, subsumía el derecho civil, los jueces resolvían litigios civiles aplicando indemnizaciones que establecía dicho código. Esto llevó a confundir algunos estudiosos, al decir que no existía derecho civil en la China Imperial. Según en el estudio de Limin Wang (2005, 22) en los comienzos de la Dinastía Qing, China era un país agrícola con una economía que se abastecía a sí misma, por lo tanto, los intercambios de bienes eran inusuales. Segundo, se atribuye que la dinastía en sus comienzos era una sociedad autocrática con un gobierno de gran poder, que promovía un desarrollo social a través de un poder efectivo gubernamental que dio prevalencia al derecho penal que regulaba un gran número de relaciones

⁶ El derecho penal de la república Popular de China mantiene algunos aspectos del Código Qing, primero la concepción que a ley como medio de control de las costumbres sociales, por ejemplo, establecer que los delinquentes deben ser humillados en el arrepentimiento, de ahí la práctica que de los criminales condenados desfilan en público.

⁷ La primera traducción del Código Qing en el occidente se conoció como “Leyes Fundamentales de China” por Sir George Thomas Staunton en 1810. La traducción francesa fue publicada en 1812.

sociales. Situación distinta a lo que sucedió en occidente en el Imperio Romano donde la principal ley era la civil para promover el desarrollo social (Mcknight: 1987, 23).

El código Qing, desde su creación fue una pieza fundamental en el desarrollo del Imperio Chino, porque consolidó un sistema legal y este contribuyó al desarrollo social, económico y cultural. El código ayudó a mantener la seguridad nacional y una estabilidad política. Esto se demuestra en sus diferentes artículos que penalizan cualquier acción que atente contra el Imperio, bien sea contra el Emperador, destrucciones de palacios, templos ancestrales, tumbas, etc. Para cada acción se graduaba la pena correspondiente, generalmente se castigaban con pena de muerte a quienes la cometían con sus familiares.

Como protección del poder del imperio, también se cuentan con disposiciones de control a la administración de los oficiales imperiales que penalizaban el abuso cometidos por ellos, como aceptar sobornos y dependiendo la suma, se establecía si se ahorcaba o se recibían azotes.

El código es avanzado para la edad media, sí se compara con similares en occidente. Este código promovía una cultura prospera al admitir varias religiones como el budismo y taoísmo, obviamente, cualquier escuela religiosa que emergiera no podían atentar contra el Imperio porque eran catalogadas como herejía. Las diferentes religiones aceptadas por el Imperio, contaban con su protección y quien atentara contra ellas era penalizado, por ejemplo, presentar falsas denuncias contra el clérigo, robar o destruir templos o estatuas budistas o taoístas, seducir sexualmente al clérigo etc. Sin embargo, la mayoría de las penas eran la prisión.

Igualmente, el código regula la propiedad y el uso de la tierra en China Imperial. Se distinguía la tierra del Imperio y la tierra privada, donde la última podía ser vendida. La tierra del Imperio podía ser usada pero no vendida y quien lo hiciera corría con una responsabilidad criminal, por ejemplo la pena de 100 azotes. El código Qing establecía la prohibición de usar la tierra de otros (cultivar en la tierra privada) lo cual, daba la pena de 20 golpes con un palo de bambú. También, se mantuvieron impuestos y de un sistema laboral establecido y quien lo violentara recibía una pena de azotes y golpes. También la destrucción de la propiedad privada y pública era castigada. Desde dicha época no existía un sistema de herencia de la propiedad, la tierra del difunto pasaba a ser propiedad del Imperio.

El régimen económico, también estaba regulado en el código, se prohibía acumulación de las monedas que no fueran por el Imperio, se combatía el

contrabando y el incumplimiento del pago de las deudas. Las penas para esas conductas era la prisión, el exilio, y para quien debe pagar la deuda, golpes más el pago de la deuda. Este código no solo protegía la figura imperial y su poder sino que también, se protegían a las personas del común, por ejemplo, se encuentran disposiciones, de penalización a los médicos que recetaban mal a sus pacientes. Estos casos no se castigaban con pena de muerte sino con prisión.

China Imperial fue distribuida burocráticamente en cuatro niveles para responder con los asuntos legales: las Cortes Distritales, un nivel de Prefectura, el nivel de la Oficina de Castigos y el Gobierno Central (Shiga: 1974; 20). Los litigios o quejas de las personas se presentaban ante las Cortes Distritales por medio de los escribas. Sin embargo, el Imperio controlaba la forma de las disputas, que en algunos casos eran fundamento de buscapleitos y cargos inventados. Por esta razón los abogados que inventaban causas o falseaban los documentos legales para cobrar honorarios, estos eran penalizados con castigos por cuatro años por parte del Imperio. Esto conllevó a crear una especie de barrera de entrada a las Cortes Distritales. Sin embargo, en esta Era Imperial el papel del escriba fue fundamental, de gran estima y prestigio porque permitía el acceso a una persona del común a justicia de la Corte Distrital (Macaulay: 1998, 56).

Las aplicaciones de la ley Imperial y del Código, admitían sustitutos legales como fueron los edictos imperiales, decisiones imperiales o decisiones ministeriales ratificadas por el Emperador para puntos muy específicos. Igualmente, existieron comentarios oficiales y privados sobre los códigos que no contaban con la fuerza de coerción que daba el Imperio.

Se encuentra en los estudios sobre el derecho o prácticas jurídicas en el Imperio Qing, se hace alusión que la ciencia forense era avanzada en China para encontrar o determinar los hechos (Alford: 1984, 36). En un juicio, que contaba con lo recaudado en algo parecido a una investigación, se celebraba con solo las partes, ni siquiera los abogados o policías podían intervenir. En algunos periodos de la Era Imperial se pedían como requisitos la confesión. No obstante, conforme a la estructura de este derecho, el condenado solo lo podía ser quien confesara, esto ha sido registrado en la historia como un sinnúmero de abusos y torturas, lo que conllevó a catalogar este tipo de derecho como primitivo (Alford: 1984, 36). Dicha argumentación puede atemperarse, porque cada sentencia contaba con un control legal, en virtud a que las sentencias de muerte debían ser aprobadas por el Emperador.

Sin embargo, según la edad y la clase social no se usaban la tortura (Conner: 1998, 181). Los juicios terminaban con una sentencia escrita por el Magistrado donde se citaba la norma del código por la cual se decidió el caso y el castigo que corresponde a la norma⁸. Sí el magistrado tenía dudas frente a la decisión que debía tomar o quería imponer un castigo mayor al establecido debía solicitar la aprobación de las máximas autoridades.

Con respecto a las tradiciones milenarias –Confucianismo y Legalismo– estas permearon todo el sistema imperial. Se encuentran normas con sus castigos calibrados y a su vez, normas que controlan el comportamiento de los oficiales. El confucionismo, de cierta forma atemperó el carácter positivo del legalismo, e introdujo valores morales a los códigos y al proceso penal. Esto se evidencia en las relaciones familiares y su protección a través de la ley penalizando las conductas que atentaran contra la familia, los códigos tenían en cuenta la imposición de castigos el género, la edad y la calidad moral de las personas (MacCormack: 1990, 18).

No obstante, frente a ese sistema legal era complementado por un sistema informal de índole confucionista de resolución de conflictos en las zonas rurales que eran mediadas por el Jefe de la Familia o de los Clanes, los líderes de las aldeas de acuerdo a las normas y prácticas comunitarias (Van der Sprenkel: 1962, 25).

Como factor sociológico en la sociedad China imperial, producto de la permeabilización del Confucianismo, fue que las personas se sentían una gran desgracia al verse envueltos en una disputa legal (Miyazaki: 1980, 24), por el uso de la tortura o pago de multas excesivas u honorarios a los abogados, escribas, etc, “Gana la demanda pero pierde tu dinero” (Van der Sprenkel: 1962, 30). Por esta razón, las personas exploraban arreglos o mediaciones antes de acudir a una Corte Distrital.

Según el estudio de Liam Wang, la implementación de los códigos Tang y Qing en China, el ordenamiento jurídico permitió promover el desarrollo social y económico del Imperio chino. Dio estabilidad política implementando

⁸ Philip Hung realizó un estudio de 600 casos del código Qing y encontró que los magistrados, al estar permeados por el confucianismo fallarían discrecionalmente fundándose en reglas morales. Sin embargo, el estudio en mención dio como resultado que los jueces decidían en aplicación a las normas y notas del Código Qing. Mark Allee revisó los casos y encontró que los magistrados fallaban era con base en el código, normas culturales y costumbres locales que eran armonizados en la sentencia.

derechos e intereses protegidos por el Imperio. La estabilidad social se logró por la ley y orden al penalizar el crimen⁹ y la estabilidad económica se logró por la protección del modelo agrario que permitió recibir al Imperio rentas de las tierras y la regulación a los bienes al establecer un precio razonable (Wang: 2002, 26) esto conllevó a un crecimiento de la población y a una prosperidad cultural a través del Confucianismo. Varios sabios de la Región del este de Asia venían a China para dar charlas o educarse (Wang: 2002, 28).

Parte de la desgracia de considerar a China como bárbara y atrasada en sus diferentes periodos, en especial, en el siglo XX, es el problema de las libertades individuales o derechos de primera generación democrático-liberales. Este tipo de derechos occidentales creados desde el siglo XVIII, no se contemplaron en la sociedad China por el resultado del Confucianismo y Legalismo que permitieron que los intereses particulares y el Estado se armonizaran, por medio de los controles morales y legales a las autoridades, por lo cual, no se necesitan derechos para proteger a los individuos en contra del Estado (Peerenboom: 2002, 42).

En el Imperio Chino, la primera reforma europeizante fue la de los cien días del Emperador Guangxu de 1898. Esta fracasó a raíz del golpe de estado restaurativo de la emperatriz viuda Cixi. En 1905, se inició una nueva fase de reformas suaves que fueron adelantadas por la revolución de Xinhai de 1911, que condujo a la constitución provisional de 1912, a la republicanización de la monarquía más tradicional del mundo de conformidad con el espíritu de la democracia parlamentaria vinculada a derechos fundamentales, o mejor, a los tres principios del pueblo del fundador de la república Sun Yatsen, inspirados en occidente, a saber, el bienestar popular, la nación y el gobierno popular (Marquardt: 2009a, 136). Posteriormente a dicha reforma, siguieron tres decenios y medio de guerra civil transformadora entre dos ideologías estatales europeas adoptadas, entre el autocratismo nacionalista y semi-fascista de Chiang Kai Shek y el comunismo de Mao, de las cuales ganó, en 1949 esta última como la ideología más compatible con las tradiciones Chinas (Marquardt: 2009a, 136).

Los fenómenos reformista anteriormente mencionados son producto de la dominación cultural europea a través de la revolución industrial y su expansión comercial y colonial. El Imperio de China, que alrededor de 1800 era el estado

⁹ En dicho estudio se citan cifras interesantes en el periodo de Zhen Guan, las prisiones estaban vacías y las penas de muerte oscilaban en un número de 29 a 58 personas (Wang: 2002, 26).

agrocivilizatorio más desarrollado de la tierra con el dominio sobre un cuarto de la población mundial, tuvo que sufrir las guerras del opio (1839-1842 - 1856-1860) la drástica derrota ante gran Bretaña (Marquardt: 2009a, 137), la segunda toma de Beijing en 1900 por un ejército de coalición europeo. Esto generó crisis que conllevo a los funcionarios e intelectuales Chinos adoptar conceptos occidentales para hacer el Estado nuevamente exitoso y para recibir la entrada a la nueva comunidad mundial euro-centrista de estados civilizados (Marquardt: 2009a, 37).

A comienzos del siglo XX, en China la modernización era un slogan. Lian Qichao y Sun Yatsen, como principales reformistas, le declararon la guerra al Confucianismo como un gobierno del hombre. Se plantearon reformas institucionales para limitar el Estado, reformas de índole democrática como el constitucionalismo y la promoción de libertades individuales. En esa época, también se discutió que dichos derechos individuales darían un gran poder al Estado. De esas discusiones al final de la dinastía Qing, concluyeron que los derechos van a facilitar la armonía social rediseñando el balance entre lo individual y el Estado, haciendo posible una reconciliación entre el Estado, los individuos y la sociedad (Peerenboom: 2002, 44). Cabe comentar, que dichas discusiones siguen actuales en China para la búsqueda de un Estado de Derecho que responda a las necesidades de la Globalización.

De esas reformas, llamadas “La Reforma de los Cien Días” inspiradas en el derecho japonés y alemán¹⁰, introdujo una Constitución Nacional de 1900, sino que también, trató de modernizar el sistema legal al introducir cortes administrativas, uso de precedentes judiciales, formación de jueces profesionales y consolidación de firmas privadas. Un cambio llamativo fue que el Departamento de las Penas fue cambiado a Fa Bu (法部) que significa Departamento de Derecho. Sin embargo, eso fue más un diseño, que fue aniquilado por las reformas legales comunistas de la era Mao.

¹⁰ Según Jiang Yu, la introducción y traducción de textos jurídicos al chino se cree que fueron bajo los auspicios de Lin Zexu en 1839. Una introducción más sistemática de las leyes occidentales, junto con otras ciencias occidentales se inició con el establecimiento de Tongwen Guan en el año 1862. Los esfuerzos principales en la traducción de las leyes occidentales que se mantuvo hasta la década de 1920 que preparó los cimientos para una lengua moderna China para textos y leyes jurídicas. La traducción jurídica fue muy importante desde 1896 hasta 1936 período durante el cual los chinos absorbieron su versión codificada de las leyes occidentales. Estos esfuerzos fueron basados en los textos jurídicos y legislación desarrollada en Japón durante la Era Meiji basados igualmente en la tradición legal de Europa Continental. A finales de los a dinastía Qing hubo un esfuerzo concertado para establecer un código legal basado en los modelos europeos. Debido a que China fue influenciada por la victoria alemana en la Guerra Franco-prusiana y porque Japón las utilizó como modelo para la reforma política y jurídica.

3. RELEVANCIA HISTÓRICA DE LAS TRADICIONES JURÍDICAS CHINAS. UN INTENTO DE ANÁLISIS PROSPECTIVO

Un Estado de Derecho según Peerenboom (2002, 26) se refiere a un *sistema en el cual la ley es capaz de imponer importantes restricciones al estado y a la elite dominante, que responde a un gobierno de las leyes, supremacía de la ley e igualdad ante la ley*. Consideramos, que la reseña de la evolución histórica del derecho Chino anteriormente expuesto, determina que en China Medieval existieron formalmente estos elementos gracias a los códigos Tang, Qing y la escuela legalista.

La mala interpretación y descontextualización de los estudios eurocentristas frente a la región Asiática, calificaron el desarrollo legal de China antes y durante la edad media, entendiéndolo que el Confucianismo era la única tradición legal-antilegal, concluyendo que la ley no era parte de la sociedad. Siendo lo contrario, como se comentó anteriormente hubo regulaciones de un Estado de Derecho que fueron avanzadas en comparación con Europa en la edad media.

En la dinastía Qing, las normas y prácticas en el establecimiento de un procedimiento legal para determinar los hechos, la correspondiente aplicación de la pena y castigos en aplicación de una norma establecida, con controles de segunda instancia por el Emperador, y controles a la autoridad. Esto, ciertamente, son elementos de un régimen de Estado de Derecho.

Las tradiciones milenarias en China, dan como resultado histórico y sociológico que la sociedad China ha establecido un rango normal en la sociedad de la Ley por no tener un origen sacrosanto, sino un origen social. El derecho, es entonces un mecanismo del Estado y su último propósito es servir al pueblo chino.

Desde antes de la edad media, en China ya se había debatido los abusos de la autoridad y de la aplicación del derecho, la parcialidad y la interpretación de los jueces (autoridad). Desarrollo teóricos que se dieron en Occidente hasta el siglo XIX-XX desde marxismo, el realismo jurídico y teorías críticas.

El bajo rango no sacro-santo de la ley gracias a las dos tradiciones, especialmente la Confucianista, ha conllevado a que algunos teóricos piensen que no es posible establecer un Estado de Derecho en la China Contemporánea en alusión a un estado liberal de derecho y de democracia liberal. Es por esto que el discurso de derechos humanos liberales no universal, es difícil que tenga eficacia jurídica y simbólica en China.

Sí en China claramente existieron antes del siglo XX regímenes de Estado de Derecho, ¿por qué en la actualidad se discute que este país no es un Estado de Derecho? Ciertamente fue su proceso histórico en el siglo XX y comienzos del XXI, que bajo un modelo comunista se cerró al mundo. En la década de los setentas, se abre al mundo y se evidencio internamente y externamente, que bajo un análisis de comparación internacional, China se veía atrasada respecto a otros países bajo los estándares de la globalización económica.

Las tradiciones jurídicas de China han sido vistas externamente como un obstáculo¹¹, pero no está demás, considerar a China un nuevo modelo jurídico de respuesta no liberal, que responda a las críticas continuas por sus carencias en el sistema legislativo, la poca formación profesional en el sistema judicial, sus restricciones a la profesión legal y el régimen administrativo. La posición de este estudio es que las reformas legales en China tienen una potencialidad innovadora y de extracto tradicional que no van a responder a la democracia liberal o a “una reforma política sin democracia”¹².

China desde el año de 1979, vive en una impresionante reconfiguración institucional acorde a los estándares de la globalización (democracia, Estado de derecho, seguridad jurídica y derechos humanos)¹³. Una vez más China resucita lo que vivió en la dinastía Qing, ajustar institucionalmente el Estado de Derecho, donde las reformas pueden ser fomentadas por el reforzamiento a través de las leyes.

El problema del Estado de Derecho en China no es únicamente de índole interna, es un problema externo, por la exigencia internacional al ser el país que recibe más del 90 por ciento de inversión extranjera directa en el mundo. Pero esto es un síntoma internacional producto de la economía de la sociedad de conocimiento y calentamiento global que están imponiendo globalmente nuevas configuraciones políticas-administrativas a los Estados y ordenamientos jurídicos globales.

¹¹ Las tradiciones jurídicas de China también fueron vistas como obstáculos, especialmente por Mao Tse Tung y el Partido Comunista de China, sin embargo, el confucianismo permanece en los sistemas de valores de la sociedad China.

¹² Expresión usada por Peerenboom.

¹³ La actual constitución de China, creada en 1982, establece en su artículo quinto que ninguna organización o individuo está por encima de la ley y en el artículo tercero hace que los Congresos del Pueblo y la administración del Estado responsable ante el pueblo, lo que ha sido calificado como el cimiento para la aplicación de los derechos individuales.

BIBLIOGRAFÍA

- Alford, William. "Arsenic and old laws", en *Looking Anew at Criminal Justice in Imperial China*, California, Law Review 72, 1984.
- Bodde, Derk y Clarence Morris. *Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ching Dynasty Cases with Historical, Social, and Judicial Commentaries*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1973.
- Bodde, Derk, "Basic concepts of Chinese law: The genesis and evolution of legal thought in traditional China", en *Essays on Chinese civilization, Princeton*, Ed. Charles Le Blanc and Dorothy Borei, Princeton University Press, 1981.
- Conner, Alison. "Confucianism and Due Process", en *Confucianism and Human Rights*, New York, Columbia University Press, 1998.
- Cao, Deborah. *Chinese Law: A Language Perspective*, Hants, England. Ashgate Publishing, 2004.
- Clarke, Donald C.; Murrell, Peter and Whiting, Susan H. "The Role of Law in China's Economic Development", en *Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 187, The George Washington University Law School, 2006, pp. 1-72.
- Chen, Albert H. Y. *Legal Thought and Legal Development in the People's Republic of China 1949-2008*. 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1369782 (5.05.2010)
- Chen Albert Hung-Yee. *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, Singapore, Butterworths Asia, 1992.
- Ch'ü T'ung-tsu. *Law and society in traditional China*, Paris and The Hague. Mouton. 1961.
- Diamant Neil J. et al. *Engaging the Law in China: State, Society, and Possibilities for Justice*, Stanford: Stanford University Press, 2005.
- Fu, Huanlg. "The shifty landscape of dispute. Resolution in Rural China", en *Implementation of Law in the Peoples's Republic of China*, The Hague, Kluner Law International. 2002.
- Huang Lao, Boshu. *Mawangdui Hananu Boshu*, Vol, 1, Beijing, Wenwu Press, 1980.

- Huang, Philip. *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing* Stanford, California, Stanford University Press, 1996.
- Huang, Phillip. *Code, Custom and Legal Practice in China*, Stanford, Stanford University Press, 2001.
- Hulsewé, Anthony F. P. "The Legalist and the laws of Ch'in", en *Leyden studies in Sinology*, Leiden, E. J. Brill, 1981.
- Johnson, Ian. "Chinese Retiree Practicing Falun gong was as right", en *Asian Wall Street Journal*, ciudad, ED, 2000
- Lang Chippings. "Explicating 'Law': A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture", en *Journal of Chinese Law* 1989, pp. 55-92.
- Legge, James. *The Chinese Classics* Vol. V. Tabei, Southern Materials Center. Inc. 1985.
- Ling, Wang. "The Tang Code and Early Social Development of the Tang Dynasty", en *US-China Law Review*. Volume 2, No. 7, Serial N 8. 2005, pp.30-70.
- Marquardt, Bernd. *Sociedades preestatales y Reinos dinásticos, Historia Universal del Estado*, Tomo I, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia & La Carreta, 2009.
- Marquardt, Bernd. *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-hoy)*, *Historia Universal del Estado*, Tomo 3, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia & La Carreta, 2009.
- MacCormack, Geoffrey. *Traditional Chinese Penal Law*, Edinburg, Endinburg University Press, 1990.
- Macouley, Melisa. *Social Power and Legal Culture: Litigation in Master in late Imperial China*, Stanford, Stanford University Press, 1998.
- McKnight Brian E. *Law and Order in Sung China*, London, Cambridge University Press, 1992.
- McKnight Brian E. "From statute to precedent: An Introduction to Sung Law and its transformation", en *Law and the State in traditional East Asia*, Honolulu: University of Hawaii Press, 1987.
- Miyasaky, Ichisada, "The Administration of Justice during te Sung Dynasty", en *Essays on China's Legal Tradition*, Princenton: Princenton University Press, 1980.

- Peerenboom, Randall. *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge. Colidge Hall Library, Harvard University, 2002.
- Rindova, Violina P. y William H. Starbuck, "Ancient Chinese Theories of Control", en *Journal of Management Inquiry*, No. 6, New York, ED, 1997, pp. 144-159.
- Scott Andy. *China Briefing Business Guide: Mergers and Acquisition Law in China*, Ed., Hong Kong, Asia Briefing Media, 2007.
- Shiga, Shuzo. "Criminal Procedure in the Ch'ing Dynasty", en *Memoirs of the Research Department of Tokyo Bunko*, 1974.
- Van der Sprenkel, Sybille. *Legal Institution in Manchu China*, London, University of London, Athlone Press, 1962.
- Wang, Limin. *Sifa Gaige Yanjiu*, Beijing Falu Chubanshe. 2002.
- Wang, Limin. "The Tang Code and the Early Social Development of the Tang Dynasty", en *US-China Law Review*, Volume 2, No. 7, East China University of Politics and Law, 2005, pp. 22-27
- Xin Ren. *Tradition of the Law and Law of the Tradition*, Connecticut, Greenwood Press, 1997.
- Yan Fu, Fayi. *The Spirit of the Laws, Beijing*, The Commercial Press, 1981.
- Yu Jiang. "Formation and development of modern Chinese legal language and terms", en *Chinese and Western Legal Tradition*, vol. 1, Beijing, 2001, pp. 25-57.
- Zhong, Jianhua and YU, Guanghua, "Establishing the truth on facts: has the Chinese Civil Process achieved this goal?", en *Journal Transational Law & Policy*, No. 13, 2004, pp. 393-443.
- Zou, Keyuan. *China's legal reform: Towards the Rule of Law*. Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Sitios Web:

Law InfoChina: <http://www.lawinfoChina.com>