



Instituto de  
Relaciones  
Internacionales

DEPARTAMENTO DE ASIA Y EL PACÍFICO



## Artículos

### ¿法治还是人治? Una Desmitificación Del Estado de Derecho hacia el Ejemplo de la RPC

### O Estado de Direito ou a Regra do Homem? Uma Desmistificação do Estado de Direito através do Exemplo da República Popular da China (RCP)

*María Francesca Staiano*

**Resumen:** El trabajo se propone investigar los distintos significados de Estado de derecho en algunos países occidentales (Alemania, Francia, países de Common Law), resaltando que todavía no hay una experiencia ni unívoca ni dogmática en este sentido, comparandolos después con el Fazhi de la RPC, a través de un enfoque histórico, lingüístico y cultural de los procesos jurídicos.

**Palabras clave:** Estado de derecho, República Popular China, Occidente.

**Abstract:** The study aims to investigate the different meanings of Rule of Law in some Western countries (Germany, France, Common Law countries), noting that there is still an experience neither unequivocal nor dogmatic in this regard, comparing them with the Chinese Fazhi through a historical, linguistic and cultural approach to legal processes.

**Keywords:** Rule of Law, People's Republic of China, Western Countries.

**Resumo:** O estudo pretende investigar os diferentes significados do Estado de Direito em alguns países ocidentais (Alemanha, França, países do Common Law), notando que ainda existe uma experiência nem inequívoca nem dogmática a este respeito, comparando-os com a teoria legal chinesa Fazhi através de uma abordagem histórica, linguística e cultural aos processos legais.

**Palavras-chave:** Estado de Direito, República Popular da China, Países Ocidentais.

*"Le combat spirituel est aussi brutal que la bataille d'hommes; mais la vision de la justice est le plaisir de Dieu seul".*

*Une Saison en Enfer, Artur Rimbaud*

## Introducción

En la actualidad, muchos autores tratan el tema del Estado de derecho de la RPC, más precisamente utilizan la expresión "Estado de derecho socialista con características chinas" a través de un "enfoque-gueto", es decir de estricta dependencia de una mitificación del prototipo occidental. Acaso por eso nace una búsqueda exasperada de las diferencias entre los elementos de la experiencia china en contradicción con el "modelo" occidental, sin poner en duda el hecho de que el mismo espécimen occidental no es homogéneo y representa el resultado de peculiares procesos históricos, políticos y culturales, que justifican ciertos significados del Estado de derecho y, de alguna manera, han condicionado la difusión de esta expresión en la RPC contemporánea. Por lo tanto, este enfoque puede resultar "occidentocéntrico" si consideramos, por un lado, las varias experiencias en el mismo mundo occidental con referencia al Estado de derecho, cuestión todavía no resuelta, y por el otro, la larguísima y diversa ontología de la cultura jurídica que se ha desarrollado en el Imperio Celeste.

El Estado de derecho implica una estrecha relación entre legalidad y legitimidad, en la cual la legalidad representa el fundamento del poder legítimo moderno. En esta expresión figuran dos elementos claves: el Estado y el derecho juntos en un concepto complejo, por muchos definido como un oxímoron (Pintore, 2011). En este concepto complejo se habla de un Estado que pertenece a una actuación política, en el cual el derecho corresponde a una normatividad. Según la visión occidental, el Estado de derecho es un concepto político que se basa en el Derecho, destacando por un lado la autonomía de lo político, y por el otro la reglamentación jurídica. La relación problemática entre la autonomía del Estado moderno (Hobbes) y la del derecho (Kelsen), entendido como sinónimo de ordenamiento jurídico, genera una dicotomía muy compleja.

El análisis se complica si pensamos que los conceptos de Estado, Derecho, gobierno, tienen raíces antiguísimas, y surgen en Occidente con Platon (V sec. a.C.) y Aristoteles (IV sec. a.C.), y en China con Confucio (V sec. a. C.) y la escuela de los Legistas (III sec. a. C.). En ambos sistemas, occidental y oriental, el concepto de imperio de las leyes era presente y se ha evolucionado semioticamente, en línea con ciertas tradiciones culturales. En Occidente solo en el siglo XVIII la definición ha empezado a tener una relevancia cada vez mayor, debido a la conexión entre Estado de derecho y Estado democrático. En la RPC el Estado de derecho es una estrategia de implementación de la política del gobierno, una forma de realización de un sistema socialista con características chinas, que pueda dialogar con la comunidad internacional.

Este trabajo se propone investigar los distintos significados de Estado de derecho en algunos países occidentales, resaltando que todavía no hay una experiencia ni unívoca ni dogmática en este sentido, comparándolos después con el Fazhi de la RPC, a través de un enfoque histórico, lingüístico y cultural de los procesos jurídicos.

## El Estado de derecho en Occidente

El Estado de derecho, en oposición al Estado de los hombres, ahonda sus raíces en la antigua Grecia con la polis, que representaba la ciudad-estado en la cual era vigente una isonomía, es decir la condición de que todos los ciudadanos libres estaban sometidos a la ley, aunque esta representaba una ley natural universal (nomos basileus). La evolución positivista del concepto de gobierno de las leyes, según el cual las leyes actúan según y contra los hombres, lleva al reconocimiento de una antítesis entre hombres y leyes. Este concepto es desarrollado en una notable tragedia griega de Sófocles, Antígona, en la cual la fuerza coercitiva de la ley choca contra los rituales tradicionales, en un enfrentamiento entre Creonte (la ley) y Antígona (los ritos), con una victoria trágica de la ley, según el principio resumible en *dura lex sed lex*. Justo esta concepción condenará a Socrates, y Platon tratará elaborar una filosofía política basada en leyes éticas. Aristoteles continua en este trayecto analizando la polis como forma de gobierno donde era vigente el "buen vivir" a

través la politeia, es decir la forma recta de gobierno en la cual la mayoría gobierna pero las leyes son soberanas, buscando un equilibrio en la fórmula “in medio stat virtus” 1.

El mismo concepto de Estado, que involucra el concepto de gobierno, genera problemas semánticos: el Estado, según las fuentes clásicas, es el “status rei publicae”, que Cicerón describía como una condición neutra de la cosa pública. Esta concepción neutral del Estado nace del participio pasado “status” que implica una condición, una esencia, una vida. Por otras fuentes, se habla del Estado como relación entre eros y polemos, es decir un equilibrio entre placer y dolor, que se caracteriza para ser continuamente inestable, negativo, paranoíco, del cual no podemos liberarnos, una stasis (de la palabra griega) que incorpora la idea de inestabilidad de una forma dramática (Hölderlin). La stasis, de hecho, involucra la imposibilidad de evolución, de cambio.

Estas primeras reflexiones acerca del Estado se consideran lejanas a una forma moderna de concebirlas, como si estos conceptos antiguos no fuesen la causa primera de su constitución semántica en clave moderna, como si la modernización del lenguaje hubiera podido liberar a estos términos de su origen, como si esta base normológica no constituyera una funcionalización significativa de la construcción lógica e ideológica de este concepto<sup>2</sup>. De todas maneras, se piensa que, en una teoría política moderna, el primero que adoptó una concepción de Estado coincidente con nuestra visión contemporánea sería Niccolò Machiavelli, que en el incipit de su obra *El Príncipe*, en el 1513 escribe “Tutti gli stati, tutti i domini che hanno avuto et hanno imperio sopra gli uomini, sono stati e sono o repubblica o principati”. Machiavelli entonces conecta el Estado con la política, así como Sócrates, Platón y Aristóteles, en una connotación del Estado como forma de gobierno (dominio que tiene imperio sobre a los hombres). El Estado es una forma de dominio (de dominus, señor en latín) que gobierna: es una comunidad política caracterizada por una forma de gobierno. Aquí se empieza avizlumbrar una evolución del significado de Estado como aparato, sistema, organización, por un lado, y comunidad, por el otro (Mortati).

Sin embargo, en 1744, otro gran pensador, Gian Battista Vico, en su *La ciencia nueva* pregunta: “¿Que hoy solos pocos profesionales de gobierno se entienden de Estado?”. Vico entiende que paulatinamente se está empobreciendo el significado amplio del término Estado, a través de una tecnificación del lenguaje jurídico, excluyendo a la sociedad civil de la dimensión del Estado, en un sentido de pasión civil, y canalizándola en el marco de estudios de derecho público. Vico, de hecho, entiende que “las sociedades siempre son dobles, constituidas en la igualdad y en la desigualdad”, y por eso el Estado es aquel lugar que, a través de sus leyes, debe restablecer la justicia para los ciudadanos (civilis aequitas). El Estado, entonces, sería el encargado de realizar la equidad civil, representando al mismo tiempo la institución y el ordenamiento jurídico, que se concretan en reglas para el Estado. De hecho, Kant hablará del Estado como aquella comunidad política que vive sub-*legem*, bajo la ley, y no per-*legem*, a través de la ley, pensando en la superioridad del derecho, que se manifiesta en la sumisión del Estado a la ley en su actividad concreta.

No obstante, la concepción del Estado ha sido tan investigada que llegó a obtener autonomía científica como “doctrina del Estado”, independizándose del Derecho Público, del Derecho Constitucional, de la Filosofía Política, y en este camino ha seguido evolucionando hasta llegar a algunas definiciones claves: Estado-nación; Estado como empresa política racional; Estado de devoción. El Estado-nación es la respuesta teórica de los constitucionalistas post-Pax de Westfalia a mediados del 1600 a la cual se conecta la idea de Estado de derecho: el Estado es el dominio ejercido sobre un territorio, de cualquier forma, “en el bien o en el mal” (Resta). Esta definición está actualmente en fuerte crisis si pensamos en los ordenamientos sobre-estatales que gobiernan la acción de los Estados naciones, por ejemplos la Unión Europea, y también si consideramos el fuerte proceso de internacionalización de los derechos nacionales hacia unas normas fundamentales comunes y homogéneas, por ejemplo las normas de *ius cogens* o las costumbres internacionales.

El Estado como “empresa política racional” implica un Estado de derecho que se reglamenta a sí mismo para una finalidad precisa, que es constituir una pertenencia política alrededor de una empresa racional (Weber). La acción política del Estado de derecho sería equivalente a la idea del emprendedor capitalista: los dos tienen en común, como base de sus acciones, la idea de la racionalidad encarnada, por un lado, en el capital (del emprendedor), y por el otro en la legalidad (para el Estado de derecho). Esto genera un monopolio del Estado, en dirección de las decisiones – válidas para toda colectividad-, y de la fuerza (legítima). Este monopolio involucra una monopolización por el Estado que, gracias a este poder, produce un inter-

cambio con los ciudadanos en el cual el Estado les da seguridad – asegurada a través de servicios públicos que garantizan el gozar de derechos, como el ejército, el fisco, la escuela, etc.- mientras los ciudadanos le aseguran lealtad, llegando así a un “Estado de devoción” (Weber).

El Estado se presenta entonces como una comunidad política que trabaja en la base del reconocimiento de la dimensión estatal sea como aparato sistémico, sea como comunidad. Es en este sentido que se le reconoce en Occidente una fuerte legitimación legal racional al Estado de derecho.

Con referencia al análisis del término Derecho emerge un dato lingüístico que no puede dejarse de lado, si no se quiere que haya malentendidos. En una ejemplificación del concepto de Rule of Law, el término Law no tiene el mismo valor semántico que Droit, Diritto, Derecho. Estos implican un concepto más amplio y asimismo prefiguran un conjunto de valores morales considerados como preceptos cogentes que conceptualizan determinados principios de una conducta ideal (Cao, 2007). El término derecho viene de directus, del verbo dirigere, el “poner en línea”, es decir en la forma correcta, e implica un “principio de justicia del cual deben tomar norma y medida los hechos de la libertad humana”, llegando a suponer “lo que a cada uno le corresponde según la ley, natural o positiva” (Bonomi, 2008). Distinto del derecho es el *ius* de justo o de justicia, jurídico: acá *ius* viene de la raíz Yu, que significa “unir, juntar”, de lo cual vienen también *jugum* (yugo), *jurare* (jurar), *jubere* (comandar, obligar a hacer), entonces con un sentido de vínculo, obligación. Acá la idea de *ius* se une con la de justicia que se realiza como un “complejo de leyes y costumbres en un sentido de racionalidad” y representa “lo que es justo para el otro” (Bonomi). En cambio, el término ley viene del latín *Lex*, *Legem*, del verbo *Ligare*, es decir ligar, obligar, o del griego *legein*, elegir o leer, decir. Pero lo que acerca el término ley a Law es probablemente una conexión de la palabra latina *Lex* de Law, como concepto surgido en época pre-romana en el mundo anglosajón, de la raíz céltica *Lagh*, *Legh*, que significan poner, que dan a la palabra el sentido de regla puesta, positiva (Bonomi). Entonces, en la palabra derecho, la dirección legal promana de principios-guía presupone un orden moral de justicia que puede fundarse en un origen divino o natural, mientras que el término ley se une necesariamente a un valor de ley positiva, escrita, puramente humana. Es importante subrayar la asimilación de los dos términos en el lenguaje contemporáneo, que pierden sus peculiaridades etimológicas, llegando a expresiones como Estado de derecho e Imperio de la ley, usadas impropia y como homólogas.

El Estado de derecho ha manifestado distintas características según la tradición jurídica de referencia, así como demuestran las diferencias substanciales adentro del *Rechtsstaat* alemán, el *État de droit* francés y la Rule of Law de matriz anglo-americana (Rosenfeld, 1996: 118). Asimismo, el Estado de derecho no puede erigirse como prototipo de garantía en términos de democracia constitucional, considerando que está en duda, hasta adentro de la misma tradición cultural, el carácter fundamental de eso, procedural o substancial, o si se deba encenrar en la certidumbre del derecho o en la equidad (Rosenfeld, 1996: 119).

La primera noción occidental de Estado de derecho en la historia moderna es la alemana de *Rechtsstaat*. Esta definición implica una simbiosis entre Estado (*Staat*) y Derecho (*Recht*): el Derecho representa la única modalidad con la cual el Estado pueda ejercer su poder (Rosenfeld, 1996: 126-127). Esta expresión nacida en la filosofía kantiana, sin embargo, ha evolucionado de una manera muy distinta. Para Kant, el *Rechtsstaat* era un “poder estatal racional” que incluía la protección universal de los derechos fundamentales con un orden jurídico unificado entre leyes y jurisdicción. Para Kant la justicia era el único elemento capaz de entregar legitimidad al orden jurídico. El Derecho, simplificando, hubiera tenido que representar la autonomía individual, que se encontraba en la libertad, en la igualdad y en el derecho de propiedad, pensando en el individuo como a una finalidad y no como a un instrumento (Reiss, 1991: 74-79).

Posteriormente el concepto de *Rechtsstaat* evolucionó en clave positivista en el siglo XIX, conectándose cada vez más a elementos de garantías formales y destacándose de lo substancial, debido al fracaso de la revolución liberal del 1848 en Alemania, en el intento de dejar abierta la posibilidad de una pluralidad de concepciones de Bien, con una neta separación de los valores éticos, religiosos o trascendentes. Este nuevo *Rechtsstaat* es distinto también del actual régimen jurídico alemán, porque concebido como una estructura garantista que limite al poder estatal, ejercible a través de las leyes, respaldando así el apogeo de la estructura administrativa. Entonces, en esta visión prevalece el aspecto procedural y formal que termina por marginalizar el contenido de las reglas jurídicas, favoreciendo su estabilidad y certidumbre. La fase positivista del Estado de derecho alemán demuestra cómo el Reich estaba buscando una eficiencia de la certeza del

derecho, que venía de la legalidad formal, sin enfocarse en la equidad. Este enfoque se caracteriza por una estabilidad de las expectativas, generando una burocracia administrativa que controla los intereses en juego cada vez más complejos. Terminando siendo vacío de los connotados de justicia, el Rechtsstaat contemporáneo de postguerra se enlazará con los principios fundamentales expresados en la Constitución del 1949, donde es preminente la dignidad humana, desarrollada como herencia postnazi. Por esa razón el Rechtsstaat de hoy en día se dice que está constituido por el Verfassungsstaat, es decir un poder estatal ejercido a través de la Constitución (Verfassung). Además, esta evolución del Estado de derecho idealista de la Ilustración de Kant ha llegado a otra transformación del Rechtsstaat en Sozialer Rechtsstaat, es decir un Estado social a desarrollar a través del Derecho. Esta finalización del Rechtsstaat de Alemania pasa por una teorización muy interesante del Estado de derecho que se puede interpretar como un sistema de reglas y procedimientos jurídicos que, de acuerdo con los principios constitucionales, tiene como finalidad suprema la de realizar un bienestar social colectivo. Entonces, podemos llamar a esto como el “Estado de derecho con características alemanas”.

Muy distinto del sistema alemán es el État de droit de Francia, conocido como el concepto típico de Estado de derecho, en el sentido de reivindicar una supremacía del Derecho que limite al poder. De hecho, según la teoría jurídica francesa, el Derecho es el medio usado para reclamar al Estado derechos fundamentales. De aquí se entiende como el Estado de derecho del État de droit representa el Estado constitucional que actúa como custodio legal de los derechos fundamentales contra posibles violaciones por leyes aprobadas por el parlamento (Rosenfeld, 2004: 135), que representa entonces el État Légal. Este último sí es comparable con el poder estatal, asimilable al concepto de Rechtsstaat positivista alemán. No es una casualidad que el concepto de État de droit haya sido elaborado en la primera posguerra (1920) y no se refiera, por lo tanto, a todo el sistema legislativo sino sólo a los derechos fundamentales (liberales) con fuerza jurídica, y que entonces ponen límites al État Légal. La realización del État de droit se concretó con la institución del juicio de legitimidad constitucional de las leyes. El desarrollo del concepto del État de droit en Francia se debe a la filosofía política de Jean-Jacques Rousseau que piensa en la teoría del contrato social como oposición contra el Ancien Régime caracterizado por el poder absoluto del Rey, aristócratas y eclesiásticos, y la total explotación del pueblo. Rousseau entonces imagina un acuerdo entre gobernantes y gobernados, los cuales son ambos ciudadanos que representan la expresión jurídica de una voluntad general, y capaces de autolimitarse en nombre de un superior interés colectivo.

El Estado de derecho en estas experiencias de Civil Law que hemos analizado (alemana y francesa) son muy distintas de aquellas de países con un sistema jurídico de Common Law, que tienen por lo menos el éxito de la fórmula Rule of Law. El Estado de derecho en países del Common Law está caracterizado por su flexibilidad en la creación normativa, basada en las decisiones judiciales. Esto implica que los integrantes del pueblo no tengan una noción cierta de las reglas jurídicas que gobiernan su vida. De esta falta de certidumbre en el momento de formular abstractamente las reglas de derecho, viene que el juicio, que representa entonces la verdadera fase creativa de las normas jurídicas, sea “justo” (due process), es decir reglamentado por un procedimiento cierto, y que tenga una motivación coherente con las otras decisiones. Por otro lado, a estas garantías fundamentales de un proceso justo se suma una institucionalización de un sistema judicial de tipo acusatorio, inductivo. Como la única fuente de derecho es la decisión del juez, sólo un conflicto genera una solución jurídicamente válida. Tan fuertes y profundas eran estas características de incertidumbre y conflictividad, que algunas Grundnorm fueron necesarias también en el sistema de “case-law”, como por ejemplo el Bill of Rights. Sin embargo, algunos movimientos<sup>3</sup> critican al sistema de Rule of Law de los países de Common Law, porque, siendo preminente la importancia del momento judicial, esto muchas veces está sometido a una fuerte presión política, no solo de los jueces sino de la opinión pública y de la clase política, que puede reducir la producción jurídica a una decisión política.

Si por un lado el Estado de derecho de los países del Common Law tiene una falla en garantizar la certidumbre de las reglas, por otro lado, el de los países de Civil Law a veces sufre una falta de flexibilidad en el juicio, no asegurando equidad en las decisiones. Esto fue bien visible en el État de droit francés post revolucionario en el cual el juez era la “bouche de la loi”, que no podía interpretar el derecho según el caso concreto, sino en base a un rígido silogismo. Entonces, mientras el Common Law parece coherente con la idea de Estado de derecho sólo si es capaz de satisfacer expectativas bien enraizadas a nivel de valores y principios (Rosenfeld, 2004: 148), la experiencia del Civil Law tampoco parece perfectamente adherente al pro-

totipo de Estado de derecho, si consideramos la imposibilidad de juicios deductivos perfectos en el momento de un crecimiento enorme de las reglas jurídicas y las relativas excepciones.

De estas experiencias tan distintas, surge un choque con la concepción-estereotipo “tradicional” del Estado de derecho occidental, que profetizaría una importante supremacía del Derecho contra el poder político de los gobernantes aunque expresado por el Derecho mismo. Entonces el Derecho sería por un lado expresión del poder y, por el otro, limitación de sí mismo, a través de algunos principios básicos imprescindibles, como la separación de los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), capaz de generar un equilibrio gracias a los checks and balances entre ellos. Es claro como esto represente una fictio iuris que depende de una determinada teoría del Estado, en el sentido de que siempre el derecho, en cuanto producto del poder, aunque democrático, es la elaboración de una precisa experiencia histórico-política. Cierta coerción hacia las minorías democráticas no es eliminable. Asimismo, cierta ficción acerca de la eficacia del Estado de derecho en términos de democracia occidental ha sido prácticamente confirmada por la internacionalización de los ordenamientos jurídicos contemporáneos 4, que en este momento histórico son cada vez más objeto de críticas y protestas por los pueblos. Estas tensiones se justifican en la “incompatibilidad” del sistema del Estado de derecho occidental en la era actual bajo el perfil de la igualdad y la equidad, y en su clausura autopoietica frente a situaciones fácticas en donde los derechos fundamentales han sido aplastados (derecho de los inmigrantes, derecho del trabajo, derecho a la educación, derecho a la salud). De hecho, “estabilizar las expectativas en un mundo cada vez más complejo es una de las funciones primarias del derecho contemporáneo” (Luhmann, 1988).

## El Estado de derecho en China

Una expresión interpretada como “Estado de derecho” en la cultura china empieza con Confucio (551-479 a.C.) que habla de 法治 (Fǎzhì), el gobierno por la ley, en oposición al 人治 (Rénzhì), el gobierno por el hombre. Para Confucio, y después su discípulo Mencio (372-279 a.C.), es el sentimiento de humanidad (Rén) lo que gobierna las acciones y las relaciones de los hombres, y por eso se oponían a las nuevas corrientes de pensamiento que en aquella época (el período de los reinos combatientes) trataban de superar los valores tradicionales a través de una burocratización del poder, con leyes escritas. Muchos estudiosos han interpretado la doctrina confucianista del “gobierno por los hombres” como la causa originaria de la dictadura de los Emperadores, que de hecho fue criticada y se trató de destruir durante la Revolución Cultural de los años 1966-1976 (Costa-Zolo, 2002: 739). Esta interpretación del concepto de 人治 (Rénzhì) es totalmente equivocada si pensamos en la actividad estrictamente filosófica que desarrollaban Confucio y sus discípulos, hacia una teorización política, social y moral del Estado. El concepto de 人治 (Rénzhì) es confrontable con la “política del hombre bueno” de Platón, es decir un hombre virtuoso, cuya virtud estaba representada por el “justo medio”, un equilibrio, una justa medida del justo y del bueno en la política (Kramer, 1996). Lo que auspiciaban Confucio y Mencius era el gobierno por un hombre bueno, valioso, que tuviese un sentimiento de benevolencia hacia sus ciudadanos y no de fuerza, a expresarse a través de penas y sanciones establecidas por leyes. Lo que propone la escuela del Confucianismo, y que por largo tiempo fue implementado porque elegido por varios Emperadores en la historia de China, es un “gobierno de la virtud” de los “rituales”, que se inspiraban en el “bien común” del pueblo, a sus intereses. El “amor hacia el pueblo” signa entonces un movimiento político intelectual, que todavía se estudia como “humanismo” chino (Costa-Zolo, 2002: 747).

Los ritos o rituales ahondan sus raíces aún antes que en el Confucianismo: nacieron en las ceremonias primitivas de los clanes tribales antes de la dinastía Xia, en el 2100 a.C. Después de un uso sólo ceremonial, los Li se difundieron en las dinastías Xia y Shang, implementándose como sistema político y social omnicompreensivo, llegando a su máxima fuerza bajo la dinastía Xi Zhou (1100-771 a.C.). En la dinastía Xi Zhou los rituales representaban todo: regulamentaban ceremonias culturales, ordinamientos, penas, costumbres, ética, relaciones familiares y jerarquía social. A partir de la dinastía Han los rituales entran en la ley escrita y son adoptados en las decisiones jurisdiccionales. Bajo la dinastía Tang, se redactó un entero Código jurídico en línea con los ritos, y esta tradición jurídica se mantuvo inmodificada hasta la última dinastía Qing. No obstante, cabe remarcar que durante la dinastía Han el Confucianismo y el Legismo convivieron bajo el

principio “gobierno por los hombres a través de la ley” (Costa-Zolo, 2002: 754). Esto significa que los ritos dominaron la escena jurídica y política de China desde el I siglo hasta el final del siglo XIX, para 1900 años: este fenómeno todavía es visible en las relaciones sociales en China<sup>5</sup>.

Hoy en día el sistema jurídico chino se inspira en valores culturales tradicionales que se originan en la ética confucionista y de los cuales no se puede trascender para llegar a un conocimiento profundo de la realidad jurídica de la RPC. Estos valores todavía actúan en la vida jurídica de la RPC con la naturaleza de costumbre, llamados Li (禮). Los Li se oponen a la ley, entendida como ley positiva, nombrada Fa (法): cuando hay un conflicto entre posiciones jurídicas el primer elemento que se aplica es el Li y solo si no se alcanza una resolución de la disputa con el uso de estos se aplicará el Fa. El Fa es entonces un recurso secundario que señala el fracaso de las partes en desacuerdo en la aplicación de los valores tradicionales, es decir de los valores humanos.

Estos valores se inspiran en una precisa jerarquía entre los principios morales hacia un equilibrio armónico. Pero la característica del sistema de valores tradicionales de la RPC es que se basan en la desigualdad de las fuerzas, la primacía de los derechos colectivos con respecto a los derechos individuales, de la armonía social con respecto a la libertad individual, del deber de trabajar con respecto al derecho de trabajar, del control estatal de la economía con respecto al libre mercado, del respeto de la leadership política con respecto a la desafección política, de las relaciones familiares con respecto a la desintegración de la familia.

A estos rituales hoy los llamamos “Valores asiáticos”, a partir de la Declaración Regional Asiática celebrada en Bangkok en 1993 (Sen, 1997). La importancia de los ritos es evidente si pensamos que sobrevivieron a etapas históricas radicalmente distintas del Humanismo chino de Confucio. Por ejemplo, Confucio pensaba que los ritos representaban una herramienta fundamental para el sistema político, y lo que proponía era básicamente la virtud de los gobernantes, la importancia de la educación, después de una mejora económica de las condiciones de los ciudadanos (Costa-Zolo, 2002: 750-755). Estos ejes fueron seguidos por Mao Zhi Dong y Deng Xiaoping aunque según modalidades distintas, hacia una modernización de la política interna e internacional para llegar a una salida de la pobreza extrema y del atraso agrícola y cultural que estaba viviendo China, a veces a través de políticas estrictas y duras, como el “gran salto en adelante” o la política demográfica del hijo único<sup>6</sup>.

Asimismo, en oposición a la ley, Confucio decía que las sanciones y las penas no tocan el espíritu de las personas, sino que guiando al pueblo con la leyes las penas uniforman al pueblo, sin un sentido de involucración personal; en cambio, guiando el pueblo con las virtudes, los rituales uniforman al pueblo, generando un sentido de vergüenza colectiva. El sentimiento de “vergüenza” es todavía visible en China no sólo a nivel de las relaciones interpersonales, e internacionales, con las típicas expresiones “perder la cara” o “poner la cara”<sup>7</sup>, sino a nivel de ejemplo de las virtudes de los gobernantes, si pensamos en la campaña anticorrupción que se está llevando a cabo en la RPC, y que representa uno de los ejes principales de la política de Xi Jinping intimamente relacionada con la implementación del Estado de derecho.

De este breve análisis se puede deducir cierta coherencia en el seguir de una manera cultural milenaria unos principios difícilmente abandonables, desde la escuela confucianista antes, y comunista después —a través del materialismo histórico y el socialismo científico— que manifiestan una muy limitada posibilidad a que se le puedan dar reglas al ejercicio del poder: sólo la moral parece tener este papel. Por eso, en la larga tradición histórico-jurídica de China, la ley no es interpretable como un límite al poder, sino como una herramienta del poder.

Este enfoque, así como correspondiente en términos generales a los principios que se desarrollaron en la antigüedad, está cristalizado en el art. 5 de la actual Constitución de la RPC, que dispone: “La República Popular China gobierna el país en conformidad con la Ley y construye un país socialista gobernado por medio de la Ley”. Este artículo fue introducido con la reforma del 1999, que proclamó el principio de legalidad con el primer párrafo (La RPC gobierna el país según la Ley) y lo que está definido como el Estado de derecho (“con la intención de construir un Estado socialista gobernado por el derecho”).

Con referencia al Estado de derecho en la China contemporánea, se puede mencionar como en 1997, durante el XV Congreso Nacional del PCC, se habla de fazhi como “estrategia básica” a desarrollar para alcanzar el objetivo de “construir un país socialista”. Esto representa, entonces, el medio elegido y usado hacia la

modernización socialista. Se puede deducir que este año signa una nueva etapa de transición hacia una legalización de la RPC: la estrategia implementada estaba representada por el Derecho, una herramienta que si bien existía en la cultura china no estaba desarrollada de forma común con las tradiciones extranjeras. Aquellas prácticas nacidas como experimentos piloto en las Zonas Económicas Exclusivas inauguradas por Deng Xiaoping en el 1978 para dialogar con las empresas extranjeras, ahora se convertían en una necesidad estructural interna, en un método de estabilidad social, de desarrollo y de internacionalización de China en el mundo.

Después de este Congreso, en 1999, se modificará la Constitución, incluyendo el párrafo 1 en el artículo 5: "La RPC gobierna el país conforme a derecho y con la intención de construir un país socialista de derecho". Sin embargo, para la RPC la implementación del fazhi no representa solo un icono, sino el principio de un largo proceso (Li Lin). De hecho en el XVI Congreso del PCC del 2002, los objetivos se concentraron en: a) mejorar la democracia socialista y el sistema jurídico; b) gobernar el país a través del Derecho; c) crear una sociedad moderadamente próspera. Siguió importantes reformas de la Constitución, sobre todo en el art. 33 en el cual se establece que "El Estado respeta y garantiza los derechos humanos". El respeto de los DDHH es el corolario-clave al concepto de Estado de derecho, que en cada tradición jurídica ha representado el límite que el Estado tiene en relación con los ciudadanos: claro signo de la necesidad de la RPC de ser reconocida como interlocutor que respeta los mismos cánones de los demás integrantes de la comunidad internacional. Tan fuerte es este nuevo impulso reformador que en el XVII Congreso del PCC del 2007, se impone la aceleración de la construcción de un país socialista bajo un Estado de derecho. A esta tarea se le asocia, finalmente, en el 2010, la de construir un sistema legal socialista con características chinas. Esta especificación del fazhi con las características chinas se ha destacado para involucrar algunos elementos típicos del sistema chino con las nuevas tendencias económicas y sociales del país. De hecho, se piensa en la económica como base necesaria para la edificación jurídica (Constitución económica), como se había descrito en la etapa primaria del socialismo, que tenía la finalidad de enriquecer el sistema con características chinas distintas.

En este sentido, cabe destacar el principio de la nueva normalidad, que implica la importancia de la transición de la economía de un crecimiento de alta velocidad a un crecimiento de medio-alta velocidad, hacia una mejora de las condiciones del medioambiente y de la calidad de la vida de los ciudadanos. Este eje resulta una de las cuatro tareas integrales nueva política general de la RPC brindada por Xi Jinping en marzo 2015.

En la evolución del proceso de proposición e implementación de la ley como estrategia del gobierno, se puede afirmar entonces que el sistema jurídico coincide con el desarrollo económico y el progreso social del país, porque otorga garantías jurídicas para el avance científico y el desarrollo armónico y pacífico. El sistema jurídico se presenta caracterizado por una estructura "verticalista", es decir que el poder estatal representa el elemento fundamental y la producción de las normas jurídicas se basa en la legislación estatal. Sin embargo, más allá de este poder normativo centralizado, hay otra tipología de normas que no pertenece a una producción estatal, sino que tiene una matriz "social", de derecho consuetudinario. Entonces, se puede afirmar que de un lado formal el derecho chino está constituido por una construcción sistémica completa; pero, del lado de la aplicación, se nota una cierta distancia entre la realidad de la vida social y la proporcionada por la ley oficial, ya que en algunas zonas el derecho social parecen funcionar mejor en las relaciones entre los individuos. Esto sigue a aquella tradición de la cultura jurídica que no permite una implementación de las leyes occidentales en China como en una tabula rasa. Desde este punto de vista, en cambio, en China en los últimos tiempos, se está criticando el "modernismo legal" y la visión de la ley estatal como fuente más poderosa, buscando la cooperación entre esta y el derecho social. Esto no es subestimar la importancia de la ley como un instrumento de control social, sino hacer hincapié en que es necesario utilizar también diferentes sistemas más flexibles. De hecho, hay algunas fuentes "indirectas" del Derecho, que son las políticas y las directivas del Partido Comunista. También la fuente jurisdiccional se está convirtiendo en una fuente más importante, sobre todo en las materias que todavía no tienen una reglamentación precisa.

En este marco, el 15 de marzo de 2000 fue aprobada la Ley sobre la legislación<sup>8</sup> que, de conformidad con los principios establecidos por la Constitución de 1982, establece por primera vez la jerarquía y la compe-

tencia de las fuentes escritas del Derecho, contribuyendo, al menos en términos formales, a ordenar esta materia. El sistema jurídico chino se basa en 3 niveles (Leyes, reglamentos administrativos, reglamentos locales, con la Constitución como columna vertebral) y 7 áreas: Leyes civiles, comerciales, económicas, sociales, penales, procedimiento litigioso, procedimiento no litigioso. A estas divisiones se suman las distinciones administrativas del territorio, y las peculiaridades jurídicas de las Zonas Económicas Especiales, la Zonas de Libre Comercio, así como de algunos programas de desarrollo económico implementados por el gobierno en determinadas áreas<sup>9</sup>. Esta fragmentación jurídica de China, que ha sido descrita como “geometrías variables” (Castellucci, 2012), es el resultado de una superposición de experiencias históricas y políticas únicas, que se ha cruzado con elementos occidentales sobre todo en los últimos 38 años, con la política de reforma y apertura de Deng Xiaoping.

Asimismo, es importante entender la portada general de la última reforma constitucional del 2004, con la cual se introdujo el principio fundamental del artículo 33: “El Estado protege y garantiza los derechos humanos”. Esta nueva formulación se caracteriza por la ausencia de reservas y esto es sin duda un cambio brusco de dirección con respecto al pasado. Algunos investigadores afirman que puede marcarla transición de una concepción “asiática” o “china” de los derechos humanos a una visión más “universal” de la cuestión. Otros dicen que esta norma podría ser interpretada como una verdadera “norma abierta”, capaz de extender las garantías para los derechos no mencionados en la Constitución, y en particular los derechos consagrados y garantizados en los convenios internacionales que formalmente China ratificó. El nuevo texto del art. 33 parece asumir, potencialmente, un rol fundamental en un contexto de profundos cambios en la sociedad china, que podría llegar a una revisión real de su propia escala de valores y principios. Este artículo representa sin duda la necesidad para China de enganchar el Estado de derecho a los derechos fundamentales, con un enfoque que marca cada vez más la transición de China hacia un “Estado constitucional de derecho”, quizás porque todos los observadores extranjeros miran al Estado socialista de derecho como imposibilitado de lograr implementar todas las estructuras típicas de los sistemas de Estado de derecho, sobre todo en el tema de separación de los poderes y de Check and Balances (Supiot; Granet; Castellucci; Juárez Aguilar; Ajani). Asimismo, los derechos humanos representan un dato significativo como una de las metas del Estado de derecho, funcionando en China como pioneros de la globalización jurídica (Liu Hua-wen, 2011).

Entonces, se puede afirmar cierta originalidad de la noción de Estado de derecho en el contexto de la RPC, no solo en cuanto a las fuentes de legitimación de las reglas, considerando la moralidad de los documentos políticos del PCC, la eficiencia económica que funciona como estabilizadora del poder, la transferencia de las responsabilidades del PCC a las Instituciones del Estado (Ajani), sino también con referencia a las bases de su sistema jurídico: sus tradiciones propias, las mejores experiencias extranjeras, las disposiciones internacionales, las costumbres internacionales (Li Lin). El desafío que China se está proponiendo hoy en día es la creación de una legislación de alta calidad a favor del pueblo, es decir con una orientación democrática, y una orientación científica, mejorando la técnica legislativa: el objetivo de la Ley es la erradicación de la pobreza, garantizando los derechos humanos, hacia la subsistencia y el desarrollo (tierra, propiedad, calidad de la vida). La legislación representa la unidad orgánica del liderazgo del PCC, la institucionalización en línea concreta de los principios y las políticas del PCC, capaz de sistematizar una coherencia entre PCC, población y orden legal (Li Lin).

Sin embargo, más allá de la funcionalización política y económica (Ajani; Oropeza García) de las leyes actuales, que sirven no solo como instrumentum regni sino como diálogo internacional con los países extranjeros, es interesante notar cierta comunalidad de valores asiáticos y occidentales (Sen).

## Conclusiones

En este análisis se ha tratado de demostrar la ambigüedad y la variabilidad del concepto de Estado de derecho, como preciosa experimentación intelectual contra el absolutismo y la tiranía de los gobiernos autárquicos, pero que, como cada producto humano, no es perfecta. Pensar que el Estado de derecho ha nacido en Occidente con un sentido absoluto sin una orientación ética, política y social, donde la fuerza de la ley restrictiva del poder es perfecta, con una implementación del principio de legalidad impecable, es un error metodológico que tenemos que considerar en el momento de analizar el sistema chino. En cambio cierta

vocación a la “violencia” en el concepto de derecho griego-romano, explicada en su corporalidad moderna por Foucault, es común a aquella del Fa de los Legistas. La misma función del derecho se pone hoy en día en discusión, siendo superada por la técnica del capitalismo (Severino). Con referencia al Estado, podemos hablar de la experiencia democrática occidental como un esquema en profunda crisis acerca de la legitimidad del poder y de los mecanismos de creación del consenso (Habermas). Entonces, como nos alertaba Max Weber, nuestra libertad está amenazada con ser sofocada por una “jaula de acero”, es decir la opresión autoritaria que viene sea del capitalismo, sea del socialismo. Llegar entonces a la conclusión que el Estado de derecho en la RPC haya un significado que mistifique y, de alguna manera, traicione la esencia o el espíritu de esta expresión es un “gran salto detrás” en el proceso de conocimiento de la cultura jurídica china.

La unicidad del Estado de derecho en China está incorporada no tanto en las fuentes políticas del Derecho, o en las modificaciones e invenciones que el legislador chino ha desarrollado para que la RPC fuese involucrada a nivel internacional, sino en su sistema autopoietico pre-jurídico, enfocado en una cierta “insoprotabilidad de cualquier forma de coerción, que define a las costumbres chinas mediante la formula: Ni Dios ni Ley” (Granet, 1988: 475-476; Supiot, 2012: 78).

Entonces, cabe destacar la exigencia, hoy en día cada vez más profunda, de volver a una “poética del derecho”, en un sentido de simplificación del lenguaje jurídico, de los principios-guías de las leyes no tanto inspiradas por la ley natural o al derecho divino (como en pasado) o por el capitalismo, la democracia o el socialismo (en la actualidad), sino por los principios comunes a los pueblos que luchan unidos hacia los mismo objetivos de justicia e igualdad.

## Notas

- 1 Para un interesante análisis más detallado y las fuentes antiguas: De Federicis N., La democrazia come valore, en Bollettino telematico di filosofia politica, 2003.
- 2 Vease la profunda revolución que ha inaugurado Ludwig Josef Johann Wittgenstein en la filosofía del lenguaje.
- 3 Se hace referencia sobre todo a los Critical Legal Studies, que critican a los juicios de Common Law porque, pasando por la decisión de personas-jueces que no tienen vínculos jurídicos escritos, interpretan los casos según sus creencias, terminando siendo juicios políticos. Para profundizar el tema, entre la vastísima literatura: R.Unger, The Critical Legal Studies Movement, in Harvard Law Review, vol. 96, 1983, pp.561 y ss.
- 4 En Europa se habla mucho de Europeización e Internacionalización del derecho nacional, para entender como el Estado de derecho ya no existe más en una concepción dinámica del derecho, Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Report 2012-2014. Además, se habla de un turismo de los derechos, para identificar como algunos derechos fundamentales no se incorporan en la ciudadanía, tomando una dimensión global, que no se ejercen entonces solo adentro de los límites territoriales estatales. Por lo tanto lo que se estaría desarrollando es una coincidencia de derechos a nivel global, donde la importancia del Estado de derecho como formalización del poder pierde su importancia frente a los contenidos globales que les corresponden, en forma de derechos, a los hombres. Rodotà S., La vita e le regole: tra diritto e non diritto, 2009, Feltrinelli.
- 5 Para una explicación profundizada sobre el tema, que ahora no es posible por la finalidad de este trabajo, Costa P. – Zolo D., Lo stato di diritto: storia, teoria, critica, 2002, Feltrinelli.
- 6 Para profundizar el tema: Staiano M.F., El ordenamiento jurídico de la República Popular China en el marco del Derecho Internacional: planificación familiar, migraciones y cooperación, 2014, Instituto de Relaciones Internacionales- UNLP.
- 7 Para un análisis de la influencia de estos conceptos culturales tradicionales en las relaciones internacionales de la RPC, Staiano M.F., Las recientes evoluciones de las relaciones entre China y Latinoamérica: el caso Argentina, en MercosurABC, 2016.

8 Ley sobre la legislación (Zhōnghuá rénmín gònghéguó lǐfǎ fǎ), aprobada el 15 marzo de 2000 por la Tercera Sesión de la IX Asamblea Popular Nacional, promulgada por el Orden del Presidente de la República Popular China n. 31 de 15 marzo de 2000, en vigor desde el 1° julio de 2000.

9 Para profundizar el tema, Staiano M.F., ¿Cómo lidiar con las diferencias legales y culturales al momento de hacer negocios con empresas chinas? , en Dang Dai Revista, 2015.

## Bibliografía

Ajani G.-Lüther J., *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Jovene, Napoli, 2009.

Bonomi F., *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, 2008.

Cao D., *Translating Law, Multilingual Matters*, 2007.

Castellucci I., *Rule of Law with Chinese Characteristics*, en *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 13, pp. 35-92.

Castellucci I., *Rule of Law and Legal Complexity in the People's Republic of China*, Trento, 2012.

Chen Jianfu, *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Costa P. - Zolo D. (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002.

De Federicis N., *La democrazia come valore*, en *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2003.

Di Plinio G., *Rule of Law/Fazhi: Il Diritto in Cina tra WTO e Asian Values*.

UDA-DSG Working Papers, N.2, 2011.

Foucault M., *Potere e strategie*, Mimesis, Milano 1994.

Granet M., *La Pensée chinoise (1934)*, París, Albin Michel, 1988.

Guzzardi L. (a cura de), *Il pensiero acentrico*, Elèuthera, 2015.

Habermas J., *Fatti e norme*, Laterza, 2013.

Habermas J., *Questa Europa è in crisi*, Laterza, 2012.

Habermas J., *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, 2007.

Hobbes T., *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 1996.

Hölderlin F., *Sul tragico*, a cura di R. Bodei, Milano, 1989.

Juárez Aguilar B., *¿Estado de derecho liberal o socialista? Perspectivas desde la teoría socialista y del Partido Comunista de China*, en 5° Simposio Electrónico Internacional sobre Política china, 2015.

Kelsen H., *Che cos'è la giustizia?*, Quodlibet, 2015.

Kramer H.J., *Dialettica e definizione del Bene in Platone*, Vita e Pensiero, 1996.

Li Lin, *Historia del Derecho Chino y su Sistema Jurídico Contemporáneo*, China Academy of Social Sciences Press, 2008.

Locke J., *Due trattati sul governo*, a cura de L. Pareyson, Utet, Torino 1982.

Luhmann N., *The Unity of the Legal System*, in Teubner G. (a cura de), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1988.

Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, Report 2012-2014.

Mortati C., *Le forme di governo*, Cedam, 1973.

Oropeza García A., *México-China, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2008.

Pintore A., *Dizionario del Liberalismo italiano*, Rubbettino Editore, 2011.

Reiss H., *Kant's Political Writings*, Cambridge U.P., 1991.

Resta E., *Diritto e sistema politico*, Torino, Loescher, 1982.

- Resta E., *L' ambiguo diritto*, Milano, FrancoAngeli, 1984.
- Resta E., *Poteri e diritti*, Torino, G. Giappichelli, 1996.
- Resta E., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma-Bari, Laterza, 1996.
- Rodotà S., *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, 2009, Feltrinelli.
- Rosenfeld M., *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, Vol. 4, 2004, pp. 117-152.
- Sen A., *Derechos Humanos y Valores Asiáticos*, Cambridge University, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35 (2001), pp. 129-147.
- Severino E., *Téchne*, Mimesis, 2013.
- Staiano M.F., *El ordenamiento jurídico de la República Popular China en el marco del Derecho Internacional: planificación familiar, migraciones y cooperación*, 2014, Instituto de Relaciones Internacionales- UNLP.
- Staiano M.F., *Las recientes evoluciones de las relaciones entre China y Latinoamérica: el caso Argentina*, en *MercosurABC*, 2016.
- Staiano M.F., *¿Cómo lidiar con las diferencias legales y culturales al momento de hacer negocios con empresas chinas?*, en *Dang Dai Revista*, 2015.
- Supiot A., *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI Editores, 2012.
- Unger R., *The Critical Legal Studies Movement*, in *Harvard Law Review*, vol.96, 1983.
- Vico G.B., *La scienza nuova*, Rizzoli, 1977.
- Weber M., *La scienza come professione*, en *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1977.
- Wittgenstein L., *Lecture on Ethics*, (a cura de) Zamuner E.; Di Lascio V.; Levy D., *Quodlibet*, 2007.
- Wittgenstein L., *Tractatus Logio-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, (a cura de) Conte A.G., Einaudi, 2009.
- Documento publicado en la revista *REVISTA CAMINHOS DA HISTÓRIA*, Vol. 21, Núm. 1, de 2016, del Departamento de História Centro de Ciências Humanas de la UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MONTES CLAROS.