

CAPÍTULO 1 EL DERECHO CHINO

437. Orden cósmico y armonía. La concepción del orden social, que se mantiene dentro de los cánones de la tradición china, que se desarrolló al margen de toda influencia extranjera hasta el siglo XIX y difiere sustancialmente de la concepción occidental. El postulado de sus fundamentos, al margen de todo dogma religioso, sostiene que existe un orden cósmico, que consiste en una recíproca interacción entre el cielo, la tierra y los hombres.¹ Cielo y tierra obedecen a reglas inmutables; por su parte los hombres son los arquitectos de sus propios actos; de la manera en que se conduzcan va a depender el orden o el desorden en el mundo.

La armonía de la que depende el equilibrio del mundo y la felicidad de los hombres comprende un doble aspecto. Es en primer término una armonía entre los hombres y la naturaleza. El comportamiento de los hombres debe estar coordinado con el orden de la naturaleza. Resulta de una gran oportunidad, para evitar epidemias, malas cosechas, inundaciones, terremotos, considerar el ciclo de las estaciones, la posición de los astros, los acontecimientos de la naturaleza para lograr los actos de la vida pública y privada. Los gobiernos en particular deben dar el ejemplo de una vida conforme al orden de la naturaleza, esa es su función esencial. La virtud y la moralidad son más relevantes para los servidores públicos que los conocimientos técnicos.

La armonía es necesaria en segundo término entre los hombres. Es necesario, en las relaciones sociales, identificar inicialmente la idea de conciliación y buscar el consenso. Toda condena, toda sanción, toda decisión de la mayoría deben ser evitadas. Los cuestionamientos deben ser “disueltos” más que resueltos y ejecutados, la solución propuesta debe ser libremente aceptada por cada quien ya que cada uno la considera justa; nadie debe tener, por este hecho, el sentimiento de haber sido derrotado. La educación, la persuasión deben estar situadas en primer plano, no así la autoridad y la amenaza.

438. Función secundaria del derecho. Esta manera de percibir el mundo conduce a la sociedad china a percibir con gran reticencia nuestra idea del derecho, con todo lo que tiene de rigor y abstracción.² El hombre no debe procurar afirmar el derecho; el deber de cada uno es el de

¹ J. Gernet, *Le Monde chinois*, 1972. Esta misma concepción prevaleció en un momento diverso de su historia en Occidente, al recurrir al juicio de ordalía como medio de prueba: H. Coing, *Die historischen Grundlegen der europäischen Reichseinheit*, J.B. der Max-Planck Gesellschaft zur Forderung der Wissenschaften, 1973, pp. 24-36.

² El vocablo mismo de “derecho”, observa R. Dekkers, evoca *per se* una cierta rigidez; la línea recta. La justicia, en su representación simbólica, tiene los ojos vendados: no ve a los litigantes.

fomentar la conciliación y el de desvanecer el derecho, de ser necesario, en beneficio del interés general. Se desconfía mucho de los juristas. Los juristas incurren constantemente en el riesgo, al referirse a reglas abstractas, de suscitar obstáculos en la consecución de fórmulas de compromiso; sea o no voluntario, alientan con ello comportamientos reprobables que resultan contrarios al interés de la sociedad. La solución dada debe en cualquier caso estar conforme, fuera de cualquier esquema jurídico, con la equidad y el sentimiento de humanidad: la evaluación de daños y perjuicios, debe evitar arruinar al autor del hecho perjudicial y reducirlo junto con su familia a la miseria.³

Las leyes no constituyen el medio natural en la solución de controversias entre los hombres. La ley puede tener una función útil al proponer modelos de conducta a los hombres o que formular amenazas contra quienes tuvieran una conducta antisocial, pero no por ello debe concluirse que la ley deba obedecerse a la letra; una gran discreción debe ser ejercida en su aplicación y en su ejecución. El ideal consiste en que las leyes jamás deban ser aplicadas, y que los tribunales no tengan jamás que pronunciar resoluciones.

En la concepción china tradicional el derecho no está excluido, pero es, como se nos dice, bueno para los bárbaros;⁴ para quienes es irrelevante todo interés en la moral y en la sociedad, para los criminales incorregibles, así como para las tribus alógenas al igual que para los extranjeros que no participan de la concepción de la civilización china. El pueblo chino vive normalmente al margen de derecho. No se interroga cuales reglas son formuladas por las leyes, no recurre a los tribunales; regula sus relaciones con sus semejantes conforme a su noción de lo que es conveniente, sin reivindicar derechos, pero con el ánimo de la conciliación y de la armonía. El restablecimiento de la armonía se ve enormemente facilitado por el hecho de que unos y otros, conforme a la educación que han recibido, están naturalmente inclinados a buscar el origen de las controversias en sus propias faltas, en su incuria y en su torpeza, más que atribuirlo a la mala fe o a la incapacidad del adversario. Es sintomático, en este contexto, la conducta observada por los servidores públicos cuando, al constatar disturbios al orden social en su provincia, se inculpaban ante el emperador e incluso se suicidaban, después de interrogarse si eran o no ellos mismos los verdaderos culpables.⁵ En tal contexto, donde cada uno está presto a reconocer sus propias faltas, es relativamente sencillo conducir a la gente a hacerse concesiones, y a aceptar la intervención de un mediador; el temor de la opinión pública le confiere adicionalmente a esta aceptación un carácter de fuerza obligatoria.

La aversión por el derecho se incrementó por diferentes factores, entre los que pueden mencionarse en primer término la mala organización, quizá propiciada deliberadamente, pero

³ Tché-Hao Tsien, "La responsabilité civile délictuelle en Chine populaire.", *RID comp.*, 1967, 875-882. Adde Wen-Yen Tsao, "Equity in Chinese customary Law", *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, 1962, 21-43: "Es una tradición venerada en China que las controversias deben ser resueltas considerando en primer término el sentimiento de humanidad (*ch'ing*), en segundo término los ritos (*li*) y la razón (*li*), en último término se recurre al derecho (*fa*)"; precedentes característicos están citados en el mismo artículo.

⁴ Según la leyenda, el derecho (*fa*) fue inventado por un pueblo bárbaro, los *Miao*, en tiempos del sabio *Shun* (XXIII siglo a.C.); Dios exterminó acto seguido a los *Miao*: O. Bodde, C. Morris, *Law in Imperial China*, 1967.

⁵ Vu Van Mau, "Influence du bouddhisme sur le droit", *Rev. asiennne de droit comparé*, 1964, pp. 3-26: T'ung-Tsu Ch'ü, *Law and Society in Traditional China*, 1961, pp. 226 y ss.

siempre festinada de los poderes públicos y de la justicia.⁶ El servidor público a quien incumbía la administración de justicia estaba alejado de los justiciables; no era jurista, y se le reclutaba en principio en otra provincia; ignoraba el dialecto y las costumbres locales; sus subalternos, entre los cuales el justiciable tendría que convivir, estaban corrompidos y hacían alargar el proceso, del cual se nutrían; al justiciable se le sometía a múltiples humillaciones, y el resultado de todo proceso siempre era altamente cuestionable. “De diez razones que pueden explicar la decisión del juez, nueve son desconocidas por el público”, proclama la sabiduría popular, mientras que otro adagio dice: “Proceso ganado, dinero perdido”. Todo ello ha contribuido a desviar a los chinos de los tribunales, y a obligarlos a resolver sus controversias a través de procedimientos extrajudiciales.⁷

439. El confucianismo: preeminencia de ritos. La clase de sociedad que se ha esforzado de organizar y de mantener en China durante siglos, ha sido aquella que proponía el confucianismo.⁸ La célula básica estaba constituida por la familia que se organizó jerárquicamente bajo la autoridad casi absoluta del jefe de familia. Las colectividades públicas, el Estado mismo, estaban concebidos conforme al modelo de la familia, y evitaban involucrarse en el amplio ámbito reservado a ésta. En las comunidades o colectividades de cualquier especie el deber era el de convivir según los ritos que imponían a cada uno su estatuto en la comunidad. La observancia de los ritos, prescritos por la costumbre, substituía en China, a la ley.

En esta concepción esencialmente estática de la sociedad, la idea de piedad filial, la de sumisión a los superiores jerárquicos, la prohibición de todo exceso y de toda revuelta, constituían sus fundamentos. La autoridad se cuidaba ser arbitraria; y también se ejercía apegada con respeto a los ritos, y era atemperada por una moral que trataba de explicar antes que ordenar, arbitrar antes de juzgar, prevenir antes de servir.⁹

China pudo vivir de esta forma, durante siglos, sin tener una profesión jurídica organizada. La justicia era impartida por administradores que se habían erigido en su función a través de exámenes esencialmente literarios, era poco versado en el derecho, y abrevaban de los consejos de los ilustrados que pertenecían a una casta hereditaria.

440. La escuela de los legistas. En forma excepcional, la percepción tradicional fue cuestionada. El periodo más característico fue el relativo al denominado “reinos combatientes”. En esa época conflictiva, que data del siglo III antes de nuestra era, la escuela de pensamiento de los legistas insistió en que más que acentuar la virtud de los gobernantes (que es un gobierno de los

6 Un gran emperador del siglo XVII, *K'ang His* lo proclamó abiertamente: “Los procesos tenderían a multiplicarse de manera tenebrosa si las personas perdiesen el temor de recurrir a los tribunales y ello les generase confianza de encontrar siempre una justicia fácilmente accesible y perfecta. El hombre está expuesto a hacerse ilusiones en lo que resulta bueno para él, se multiplicarían los cuestionamientos sin fin y la mitad de los súbditos de nuestro Imperio no bastarían para resolver las controversias de la otra mitad de los súbditos. Es mi deseo expreso en consecuencia que los que se dirijan a los tribunales sean tratados sin ninguna piedad, de tal manera que se les aparte del derecho y que se estremezcan con la sola idea de comparecer ante un magistrado” (Citado por S. Van Der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China*, 1962, p. 77).

7 J.A. Cohen, “Chinese Mediation on the Eve of Modernization”, 54 *California L.R.*, 1966, 1201-1226.

8 Kung-fu-tse o Confucio (552 AC) propuso su *Weltanschauung* sobre bases seculares, más que sobre consideraciones supra naturales. Se le puede equiparar más a Sócrates que ha Jesucristo.

9 Tchê-Hao Tsien, *loc.cit.*, p. 432.

hombres), se debía puntualizar en la necesidad de acatar las disposiciones de las leyes (gobierno de las leyes). Las teorías de los legistas, expuestas particularmente en la obra de Han-Fei-tseu, afirmaban la necesidad de leyes permanentes, que los funcionarios deberían conocer, y al imperio de las cuales los individuos estarían inexorablemente sometidos. Estas teorías expresaban una concepción de la ley y del derecho próximo al que prevaleció en Occidente, y constituyen a nuestros ojos, como observa J. Escarra, “lugares comunes no exentos de cierta ingenuidad”.

Estas teorías sin embargo permanecieron extrañas a la mentalidad de la mayoría de los chinos, ya que se alejaban dramáticamente de las ideas prevalecientes; la escuela de los legistas gozó de un éxito fugaz. Se vio imposibilitada de acreditar en China la noción de reglas permanentes y de la concepción de ley soberana.

Una vez restablecido el confucianismo bajo la dinastía de los Han (206 a. C.) ha prevalecido a partir de esa época en el pensamiento chino. Los mongoles expresaron, en el siglo XIII, su profesión contra el confucianismo, y remitieron las letras confucianas junto a las prostitutas y a los mendigos a la décima y última clase de la población. Esta actitud oficialista fue solamente pasajera y careció de influencia; el pensamiento confuciano ha prevalecido hasta el siglo XX, y el derecho continúa careciendo de interés para los chinos que intentan buscar en vías alternas el medio de administrar justicia. La ley tenía una función complementaria, al servicio de un orden social, cuyo fundamento es el rito.¹⁰ Para conocer las reglas que efectivamente eran aplicadas en la China tradicional, en lo que bien se puede llamar derecho privado o derecho civil, es necesario eliminar del análisis la ley y considerar exclusivamente la costumbre.¹¹ Los códigos chinos, cuyo éxito proviene de la época de los “reinos combatientes”,¹² contienen exclusivamente disposiciones de orden administrativo o de orden criminal; el derecho civil adquiere cierta relevancia en la medida en que la trasgresión de ciertas reglas consuetudinarias, se les sanciona, como penales.¹³ Aquel que pretendiera obtener, en materia de derecho privado, la intervención del Estado debía previamente incriminar a la otra parte de haber cometido un crimen; la opinión pública condenaba de manera general en este caso su comportamiento y se exponía a ser severamente castigado si no probaba su acusación.

10 T'ung-Tsu Ch'ü, *Law and Society in Traditional China*, 1961: “La ley se interesa en mantener el estatuto de cada uno en su familia, no a determinar lo que está bien y lo que está mal”.

11 H. Mcleavy, “Chinese Law”, in J.D.M. Derrett, ed., *An Introduction to Legal Systems*, 1968, 105-130, p. 115.

12 El primer código chino es el “*Fa jing*”, puesto en marcha desde el inicio del siglo VI a.C. por *Li Kui* del Reino *Wei* en la época de los “Reinos Combatientes”. Véase Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, *La réforme du droit chinois par la codification*, *RID comp.*, 2000, p. 531.

13 Los ejemplares de los primeros códigos se perdieron. En 1975, se encontró una parte del código de la Dinastía de *Qin* (221-206 a.C.). El código más antiguo que ha sido conservado es el de la Dinastía *T'ang*, y data del siglo VII de nuestra era. La estructura de los códigos ulteriores puede ser perfectamente analizada. El Código está dividido en dos partes, la primera concierne al derecho criminal (*lü*), la segunda contiene disposiciones de orden administrativo (*ling*). El Código en vigor en el momento de la caída del Imperio, llamado *Ta-Ts'ing lü li*, había sido publicado en su 1ª edición en 1646; su primera parte contenía 457 reglas de principio (*lü*), completadas o modificadas por aproximadamente 1 800 reglas complementarias o de aplicación (*li*). Las reglas estaban agrupadas en seis títulos, según correspondiera a una u otra de las seis Oficinas que componían la administración imperial. Las ediciones completas del Código incluían glosas, comentarios, y ejemplos ilustrando el sentido del texto (Maleavy, *op. cit.*, pp. 119-122). Un resumen del *Ta-Ts'ing lü li* fue publicado en francés por G. Boulais, *Manuel du code chinois*, 1924. Véase igualmente Philastre, *Le code annamite*, 2a. ed. 1909; este código, el código de los *Lè*, reproduce casi textualmente el código chino.

441. El sistema judicial de la antigua China. El sistema judicial en la antigua China se caracterizaba por la confusión de los poderes administrativo y judicial, de los procedimientos penal y civil y por la alta dependencia del Poder Judicial al poder administrativo. Durante la dinastía Xia, China instituyó órganos centrales judiciales, que fueron conservados por las subsecuentes dinastías, pero estos órganos desempeñaban una función de consejo ante el Emperador. En las instituciones locales, no existían instancias judiciales: los gobernadores y sus administradores, legos en derecho, eran los encargados de resolver las controversias en asuntos del orden civil y penal; el procedimiento era puramente inquisitorio, no había necesidad de abogado, ni de debate contradictorio. Los órganos judiciales se sometían prácticamente al control del poder administrativo. La administración de justicia jamás gozó de un estatuto independiente. El derecho chino tuvo una gran influencia en el Japón, en Corea y en el Vietnam.

442. La codificación moderna. El ideal de una sociedad, carente de derecho fue puesto en predicamento poco antes de la Revolución de 1911. El gobierno de la Dinastía Qing (1644-1912) por una parte, intentó resolver los problemas de derecho surgidos con motivo de la extraterritorialidad,¹⁴ cuyo régimen se impuso a China por las potencias occidentales, después de la derrota de esta dinastía durante las guerras del Opio (1840-1860). Por otra parte, los intelectuales chinos conscientes del retraso económico y militar chino, exigieron que el sistema jurídico fuese reformado. La codificación moderna comenzó así al final de la Dinastía Qing. Es una codificación que tomó como modelo el europeo, y por lo tanto tuvo una gran influencia de códigos extranjeros. De este proceso emergieron tres códigos: Un Código de Comercio en 1903, un Código Penal en 1910 y un Código Civil en 1911; se redactaron adicionalmente proyectos de Códigos de Procedimientos Penales y de Procedimientos Civiles, pero la Revolución de Octubre de 1911 y la fundación de la República de China suspendieron estos trabajos.

El deseo de aproximarse a Occidente condujo a la República de China, proclamada el 2 de diciembre de 1911, a continuar con los trabajos de codificación. Una Constitución y seis códigos fueron adoptados bajo el gobierno nacionalista: Un Código Civil, un Código Penal, un Código de Procedimientos Civiles, un Código de Comercio y un Código de Procedimientos Penales. En el Código Civil de 1929 puede observarse una clara influencia del derecho alemán. Así, el derecho chino en apariencia se europeizó, y se aproximó a la familia de los derechos pertenecientes al derecho romano-germánico; estos Códigos vigentes todavía en Taiwán,¹⁵ dejaron de aplicarse en el continente chino con el advenimiento de la República Popular China en 1949.

14 Es en el tratado (de *Nanjin*) adicional al tratado de 1843 en el que se adoptan las primeras reglas de derecho relativas a la extraterritorialidad (Los ciudadanos británicos estaban excluidos de la jurisdicción china y únicamente podían estar sujetos a la jurisdicción de su propio país). La jurisdicción consular y la creación de las primeras concesiones (*Zhuji*) abrieron las primeras brechas que permitieron a los países occidentales, debido en gran medida a su constante progreso en el poderío militar y económico, de tener, una mayor presencia que se fue paulatinamente fortaleciendo en China y de limitar su independencia y soberanía. Las potencias occidentales mostraban una gran insatisfacción por el estado que guardaba el derecho y la organización judicial china de los Mandchous; sin embargo asumieron el compromiso de renunciar al derecho de extraterritorialidad cuando la dinastía *Qing* mejoró su sistema jurídico y judicial.

15 Sobre el sistema político y el derecho constitucional de Taiwán, véase J. P. Cabestan, *Le système politique de Taiwan*, PUF, 1999, en la colección "Que sais-je".

443. Persistencia de las ideas tradicionales. Bajo esta fachada, sin embargo, las concepciones tradicionales subsistieron y, salvo algunas limitaciones, continuaron gobernando la realidad de la vida social china. La obra de algunos hombres, preocupados por occidentalizar su país, no pudo tener por efecto transformar súbitamente la mentalidad china y aclimatar en pocos años, a los juristas y al pueblo chino a la concepción romanista de derecho, desarrollado por un trabajo de más de mil años desarrollado por los juristas cristianos de Occidente. Los códigos y leyes se aplicaron en China en la medida en la que respondían al sentido popular de la equidad y de las conveniencias. La práctica los ignoraba cuando éstos se confrontaban con la tradición; no se recurría a los tribunales, porque se ignoraba cuáles eran sus derechos o porque no se deseaba incurrir en la desaprobación de la sociedad; las relaciones sociales continuarían estando reguladas de facto al igual que antaño. ¿Qué sucedía cuando, excepcionalmente, se acudía ante los tribunales? Con frecuencia los jueces chinos seguían sentenciando según los cánones confucionistas, que continuaban desplazando las reglas de derecho escritas: los jueces rechazaban desahuciar a un inquilino por ser miserable, cuando éste no hubiere cometido falta alguna, en tanto que el propietario estuviere en ascenso y no necesitare de su propiedad; de la misma forma los jueces proveían plazos de gracia al mutuuario, cuando se constituyese en mora, en la medida en la que el mutuante fuese un hombre rico. La promulgación de códigos nuevos tuvo sin embargo por resultado, como se temía, una multiplicación de procesos, que en la percepción china era sintomático de decadencia. El retorno al confucianismo parecía deseable, incluso para los espíritus más avanzados.¹⁶

444. La China comunista. China devino el primero de octubre de 1949, mediante la victoria del partido comunista dirigido por Mao-Tsé-Tung, en una república popular. A partir de entonces se adhirió, como la URSS, al dogma marxista-leninista.

El estado que guardaba la República Popular de China era en todo caso profundamente diferente al que existía en la antigua Unión soviética. La URSS y las democracias populares de Europa se habían resignado con cierta facilidad a aceptar, en una fase de transición, el principio de legalidad. En el pretérito inmediato se le había siempre asignado una función de primer orden a la ley; no se experimentó graves obstáculos al recurrir a esta técnica para construir y organizar una sociedad de un nuevo tipo, que fuese igualitaria y sin clases. La República Popular de China de tradición diferente, parecía no ser hostil al principio de legalidad.¹⁷

Pero la República Popular de China se encontraba más preparada y dispuesta, que la URSS, a dar preeminencia a la fundación moral y a la educación cívica de los ciudadanos sobre la coerción, inclusive si el vínculo que se hubiere establecido entre la armonía social y el orden de la naturaleza, no fuese reconocido.

16 Chu-Chong, *On the Reconstruction of the Chinese System of Law*, 1947; X. Li, *La civilisation chinoise et son droit*, *RID comp.* 1999, p.505.

17 Shao-Chuan Leng, *Justice in Communist China*, 1967.

445. Los primeros años: la vía soviética. El “Programa común”¹⁸ que fue implementado en 1949 abolió en bloque, en su artículo 17, todas las leyes, todos los decretos, y todos los tribunales existentes. Acto continuo la reconstrucción era urgente.

En los primeros años que siguieron a la toma por los comunistas del poder, pareció que para este fin, como en la antigua Unión soviética, se reconocería el primado del derecho y de la ley, porque se veía en este principio el medio más eficaz y más rápido para transformar completamente a la sociedad y prepararla para el advenimiento de la sociedad comunista.

Las leyes orgánicas, promulgadas a partir de 1949, emprendieron una obra de reorganización sobre el modelo soviético. Una Suprema Corte Popular estuvo encargada de dirigir el trabajo de todas las nuevas jurisdicciones; se estableció igualmente una Prokouratura, cuya creación parecía anunciar el triunfo del principio de legalidad. Leyes de una gran importancia fueron promulgadas en 1950 (leyes sobre el matrimonio, sobre la reforma agraria, sobre los sindicatos) y en 1951 se promulgaron un reglamento provisional sobre la organización judicial, una ley sobre la sanción de los contra-revolucionarios, entre otros. Una comisión de codificación fue constituida en el seno del gobierno central; esta comisión comenzó, en 1950, la redacción de diversos códigos.

Ante la ausencia de juristas suficientemente confiables,¹⁹ la implementación de nuevas instituciones encaró grandes y graves dificultades. Los órganos de policía y de seguridad pública asumieron con frecuencia las responsabilidades propias de los tribunales; tribunales de excepción funcionaron paralelamente a los tribunales populares, que resultaban ser los normalmente competentes, y que se encontraban bajo el dominio de los soviets; la Prokouratura pudo organizarse con muchas dificultades y discierne mal ante la ausencia de leyes, lo que debe hacer. El principio de legalidad terminó por ser cuestionado severamente; numerosos ataques que se formularon entre 1952-1953 resultaron devastadores; verbi gratia en contra de la separación del derecho y de la política, en contra de la independencia de los jueces, en contra de la igualdad de todos ante la ley, en contra del formalismo, en contra del principio de la irretroactividad de la ley, en contra del principio nulla poena sine lege, en contra del principio de la prescripción.

El modelo soviético no obstante lo expuesto, debe ser seguido y el principio de legalidad socialista deber triunfar. En 1954, se promulga una Constitución, que reproduce prácticamente verbatim la Constitución soviética de 1936, confirma esta tendencia.²⁰ A partir de ese año se inicia la normalización de la actividad jurídica. Los tribunales y la Prokouratura se reorganizaron en septiembre de 1954: se instalaron más de 2 700 tribunales populares en 1957, y 94 000 “corresponsales” asisten a los procuradores a partir de septiembre de 1956; en diciembre de 1954 se promulgó un reglamento que intentaba establecer ciertas garantías contra las medidas de arresto y de detenciones.

446. El Abandono de la vía soviética: los postulados marxistas-maoístas. La Revolución china tomó un nuevo curso a partir de 1957, año en que diversos sucesos hicieron que emergieran las

18 El “Programa Común” desempeña una función equiparable a una constitución provisional en los primeros años de la República Popular China.

19 En 1952 y 1955 tuvo lugar una importante purga en el personal de la administración de justicia: 80% aproximadamente de los jueces fueron eliminados, 6,000 (de un total de 28 000) de los cuales, habían ejercido su función jurisdiccional bajo el régimen anterior; 6,500 nuevos jueces fueron reclutados entre los “activistas”.

20 La Constitución contenía una Declaración de Derechos. Su artículo 78 garantizaba la independencia de los jueces.

primeras dificultades con la antigua URSS, que desembocaría en la ruptura total en 1960. La República Popular de China se enfilaba con determinación a un modelo diferente del soviético, para construir una sociedad comunista.

Aun cuando las críticas chinas se hubieron concentrado en la burocracia soviética que en la URSS sucedió a Stalin, fue cuestionado y rechazado todo el proyecto político implementado en ese país después de 1917. Los bienes de producción habían sido colectivizados en la URSS; esta colectivización resultó ser fundamental, conforme a la doctrina marxista, y por consiguiente fue igualmente adoptada en China. Sin embargo esta colectivización no resultaba suficiente, y quizá tampoco era lo esencial. Marx y Lenin lo visualizaron correctamente y también así lo consignaron: la clase obrera no puede limitarse a tomar el poder; debe destruir todo aparato de producción que está firmemente vinculado a la dominación de la clase burguesa y en el cual la función de la clase trabajadora, se reduce a ser un “accesorio vivo aislado”, destinado para generar riqueza. En sus cavilaciones circunscritas para incrementar la producción, los dirigentes soviéticos descuidaron las profundas reformas que resultaban necesarias en la gestión misma de los bienes de producción, y la URSS perpetuó en su esencia la ideología de la producción capitalista. China supo alejarse de este modelo, que finalmente derivó en un capitalismo de Estado; China se rehusó a sustituir la lucha por la emancipación total de la clase obrera y por la liberación de la humanidad, que postula el marxismo; China rechazó el modelo de la “lucha por un plato de goulash” que habían introducido los soviéticos “revisionistas”.

El crecimiento económico no fue la prioridad china, sino las transformaciones sociales: nuevas relaciones debían crearse entre los hombres, para terminar con toda posibilidad o intento de explotación. China no antepuso, como en la Unión Soviética, el desarrollo de un sector específico, la industria pesada, en detrimento de los campesinos. Para China resultaba fundamental que los campesinos, que constituyen la gran masa de su población, se percataran que el estado de cosas había cambiado sustancialmente y que no serían explotados en lo sucesivo. No se permite que una “elite” de intelectuales (profesiones liberales, ingenieros o burócratas) prevaleciera por encima del proletariado; no solamente los obreros deberían de participar en la gestión de las empresas, sino también los directores de empresas y los ejecutivos deberían igualmente participar en el trabajo de la producción; de esta forma se pretendía desvanecer la distinción entre el trabajo intelectual y el trabajado manual. Conforme a esta preocupación igualitaria se rechazó también el sistema de remuneración de piezas o por atribución de puntos de trabajo, practicado en la Unión Soviética; al criterio económico de la productividad lo sustituyó un criterio político subjetivo, que ponderaba la devoción que cada asalariado ponía en la realización del trabajo, que se efectuaba en común: la remuneración de cada asalariado se determinaba por cada colectividad, después de que cada trabajador hubiere expresado, en un acto de conciencia, a cuanto estimaba tener derecho.

Entre 1949 y 1978 se reafirmó el comunismo chino y la preeminencia del Estado. En ese periodo de tiempo se sucedieron tres diferentes Constituciones en 1954, en 1975 y 1978. La República Popular de China es un Estado ideológico y burocrático. En sus primeros años el modelo soviético prevaleció, al que le sucedió un periodo aproximado de veinte años, donde la política del Partido Comunista Chino reemplazó el derecho. A pesar de ello, algunas leyes fueron promulgadas (leyes fiscales, leyes proveyendo sanciones por actos contrarrevolucionarios o de corrupción). Es en ese periodo cuando acaecerá la llamada “Revolución Cultural”, que fue un movimiento violento, cuyo objetivo fue desterrar totalmente el confucianismo; este movimiento se enderezó igualmente contra los intelectuales que serían marginados totalmente de la sociedad china, y pretendía acentuar la lucha de clases y reafirmar la vía socialista. Este movimiento quiso oponerse al peligro del capitalismo y de la agresión imperialista.

447. La evolución del comunismo chino. En 1976 se arrestó a “la Banda de los Cuatro”, compuesta por Jiang Qing, esposa de Mao, Yao Wen Yuan, quien fue el gran ideólogo de la Revolución Cultural, Zhang Chunqiao, uno de los líderes de la Revolución Cultural y Wang Hong Wen, jefe de la Guardia Roja de Shanghai. El proceso judicial de “la Banda de los Cuatro” se inició el 20 de noviembre de 1980 y se terminó el 25 de enero de 1981 ante un tribunal especial creado por la Asamblea Popular Nacional. Este suceso se califica por la literatura jurídica china, como el símbolo de la victoria del principio de legalidad en China. Al final de 1984 se iniciaron cambios sustantivos; veinte millones de chinos reencontraron la libertad. Los intelectuales, después de muchos sufrimientos y humillaciones, reencuentran espacios en los que su competencia y su sapiencia podían ser utilizadas.

A partir de 1979, se elabora una nueva política: la política de reforma y de apertura de Deng Xiao Ping; esta política se caracterizó por ser pragmática y flexible, que queda resumida en su frase célebre: “Poco importa que el gato sea blanco o negro al momento en que atrapa al ratón”. Ciertamente es que los principios socialistas, la función del partido comunista, la centralización del Estado, la colectivización de la economía quedaron incólumes. Pero ante la constante debilidad económica a la que había conducido la política de Mao, las reformas resultaban ineludibles. Era todo un imperativo mejorar la economía; para ello había que realizar igualmente cambios políticos que se iniciaron a partir de septiembre de 1980, tanto en la política educativa, como en la administrativa. El nuevo proyecto político consistió esencialmente en abandonar la idea de que la “Revolución Cultural” y la lucha de clases eran los principales fundamentos de la construcción del socialismo chino. Deng Xiao Ping puso su énfasis en la modernización de cuatro sectores fundamentales: la agricultura, la industria, la defensa nacional, la ciencia y la tecnología.

A fin de asegurar el nuevo proyecto político de apertura económica, el sistema jurídico chino fue “rehabilitado” en 1978; la inversión privada extranjera requería de seguridad jurídica. Desde el inicio de la década de los ochenta, el derecho chino registró avances notables; desarrolló su legislación, en particular la legislación económica, que le reconoce poder al juez y favorece la internacionalización del derecho chino.

Con el fin de mejorar la economía china, se adoptaron diversas medidas para atraer inversiones extranjeras. Una nueva legislación se promulgó (como la ley sobre los Joint Ventures promulgada en 1979) para inducir a países extranjeros a invertir en las empresas chinas. De la misma manera y a este efecto se crearon cuatro zonas económicas especiales. En la Isla de Hai-nan se admite toda clase de inversión extranjera, catorce ciudades costeras fueron habilitadas como zona especial de desarrollo, y una reglamentación se promulgó para crear condiciones de recepción favorables a las participaciones financieras extranjeras.²¹ A partir de 1993, el proyecto chino tiene como objetivo construir una “economía de mercado socialista” y para su consecución implementó una serie de medidas necesarias. Con el ánimo de reducir el desequilibrio económico entre el Este y el Oeste del territorio chino, en 1998 fue puesta en marcha una política de valorización del Oeste de China. Después de quince años de grandes esfuerzos, la República Popular de China, que deseaba formar parte del mercado internacional, se adhirió a la Organización Mundial de Comercio, a fines de 2001.

21 J. Tao, *Le commerce avec la Chine*, 1987.

Simultáneamente, y para favorecer este desarrollo económico, China en la actualidad alienta la recepción de expertos y de cuadros de personal extranjeros, propicia la mejoría de la calidad de la enseñanza en las escuelas secundarias y favorece los periodos de estudio en el extranjero. China ha emprendido un desarrollo en la formación de la educación superior. En 1973, solamente cuatro facultades de derecho existían en China que se encontraban muy poco desarrolladas. En 2001, se pueden contabilizar cinco universidades de ciencias jurídicas, y 230 facultades o departamentos de derecho. Este número debe todavía incrementarse.

La enseñanza para la obtención de la maestría en derecho requiere de cuatro años e incluye un gran número de temas de los que algunos son obligatorios y los otros opcionales. Después de tres años de enseñanza jurídica, el estudiante obtiene un Master degree en derecho (equivalente al Diploma de Altos Estudios francés) y requiere todavía de tres años adicionales de estudios, y la defensa de una tesis, para poder acceder a un diploma de doctor en derecho. Desde el inicio de los años noventa, un número creciente de jóvenes chinos, que habían estudiado el derecho o ejercido una profesión jurídica en Occidente, han regresado a China para continuar con su carrera.

448. La Constitución. La Constitución china actualmente en vigor fue promulgada el 4 de diciembre de 1982. Esta Constitución de China, que es la cuarta después de la Revolución, contiene las principales ideas de la reforma emprendida por Deng Xiao Ping. El Preámbulo integra los “Cuatro Principios fundamentales” cuyo epígrafe corresponde a las ideas de Deng Xiao Ping: La afirmación del proyecto socialista, el mantenimiento de la dictadura democrática popular, la referencia específica al marxismo-leninismo a través del pensamiento de Mao Zedong y la función atribuida al Partido Comunista Chino (PCC). La Constitución postula también en su preámbulo el esfuerzo que China deberá desarrollar en los años venideros para alcanzar la modernización de la industria y de la agricultura, de la defensa nacional, de las ciencias y de la tecnología.

Para este fin, el artículo 18 autoriza a las empresas extranjeras o a los inversionistas individuales extranjeros a invertir en China y a cooperar, cualquiera que sea la forma adoptada, con las empresas chinas y con todo organismo económico. Los artículos del 6 al 12 afirman el primado de la economía de Estado y de la economía colectiva. La tierra pertenece al Estado o a los organismos colectivos, pero está permitido al cultivador, miembro de una granja colectiva, bajo los límites previstos por la ley, cultivar la tierra para su uso privado. Desde la reforma de 1988, el derecho de uso de las tierras puede ser objeto de transacciones y comercializado bajo ciertas condiciones. Se reconoce la posibilidad de explotaciones individuales en la ciudad y en el campo, conforme a los límites fijados por la ley; estas explotaciones completan así la economía pública socialista predominante.

Los artículos 55 al 56 afirman los derechos de los ciudadanos, tales como la libertad de expresión, de prensa, de reunión, de asociación y de manifestación. Todo ciudadano tiene derecho al trabajo, al descanso, a la instrucción, a interponer recursos contra cualquier servidor público del Estado, a obtener indemnización en caso de daños ocasionados por la trasgresión de un derecho fundamental por un organismo de Estado o por un funcionario. Los artículos 57 al 155 describen las estructuras del Estado con mayor precisión de cómo lo venían haciendo las constituciones precedentes. En esta forma los tribunales populares deberán, de acuerdo con la ley, ejercer el Poder Judicial de manera independiente; la Constitución es explícita en proveer que estos tribunales no deberán ser dependientes de ningún órgano administrativo o político.

La Constitución ha sido reformada en tres diferentes momentos: en 1988, en 1993 y 1999, con el propósito deliberado de cambiar de orientación y darle cause a la realización de “la economía

de mercado socialista” anhelada por Deng Xiao Ping. La última reforma pareciera ser decisiva ya que el artículo 11 dispone que: “en el desarrollo de la economía de mercado socialista”, la economía “no pública constituye una parte importante”. La reforma es de sustancia ya que en la reforma de 1988, estaba solamente previsto que la economía privada no constituía más que un “complemento” de la economía pública. Las diversas formas de propiedad y la importancia de una economía privada, paralela a la economía del Estado, se expresaron enfáticamente en un texto constitucional escrito. La Constitución protege por lo tanto expresamente, los intereses y los derechos de las empresas privadas. La reforma de la Constitución no hizo más que legislar la realidad de la situación de las empresas privadas en China. En 1999, las empresas públicas únicamente contribuyeron en la producción industrial china con un 26% del total. La economía privada, bajo la forma de joint ventures, de empresas cooperativas o individuales, ya había conquistado una posición dominante antes incluso de que fuera legalmente reconocido.²² Un nuevo concepto jurídico emerge en la última reforma constitucional: la noción del Estado de derecho. “La República popular China”, dispone la reforma, “gobierna al país de conformidad con la ley y construye un país socialista gobernado por la ley” (artículo 5 de la Constitución).

La Constitución china pudo haber sido considerada por ciertos autores como un texto carente de sustancia; sin embargo el estado de cosas ha variado en forma importante. En una controversia reciente, el juez de la provincia de Shangdong aceptó la opinión de la Suprema Corte popular del 24 de julio de 2001 e invocó el artículo 46 de la Constitución en su veredicto, al estimar que la parte demandada había trasgredido el derecho de la parte actora al negarse a acatar un mandamiento que ésta última le había formulado.

449. Las instituciones políticas. Conforme al texto de la Constitución de 1982, todo poder pertenece al pueblo que lo ejerce por conducto de las asambleas populares nacionales y locales. La Asamblea Popular Nacional, elegida por sufragio indirecto, es el órgano supremo del Estado. Éste debe deshogar una sesión por año y se le atribuye poderes importantes. Ejerce, junto con el Comité Permanente el poder legislativo: la asamblea vota y en su caso, aprueba, las leyes fundamentales y el Comité las leyes ordinarias. El Comité Permanente, que precisamente trabaja en forma continúa, sesiona seis veces anuales y le asiste una función más relevante que la Asamblea nacional.²³ El presidente de la República promulga las leyes. A las Asambleas populares locales se les atribuye un poder normativo en cada nivel de las divisiones territoriales.

El Consejo de Asuntos del Estado constituye el gobierno central y el órgano ejecutivo supremo del Estado. Está presidido por el Primer ministro, y se le atribuye un considerable poder reglamentario. Los tribunales populares y los fiscales ministeriales populares son órganos judiciales del Estado. La comisión militar central tiene de igual manera una función importante.

450. La existencia de tres zonas jurídicas. Con la reintegración a la República Popular China de Hong Kong y Macao, existen hoy en día tres regímenes jurídicos: el primero tiene como ámbito espacial de validez el territorio de China continental, dentro de las fronteras definidas en 1949; el

22 A. Chieng, Point sur la situation économique en Chine: le dilemme chinois, en *Gazette du Palais*, suplemento del 2 al 4 de julio de 2000, p.11.

23 P. LI, Lan Comisión du travail législatif du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale, en *RID comp.* 1998, p. 873.

ámbito espacial de validez del segundo, se refiere a la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong, a partir del 1o. de julio de 1997, y el tercero comprende la Región Administrativa Especial (RAE) de Macao, a partir del 20 de diciembre de 1999. La “Ley fundamental de la RAE de Hong Kong” y la “Ley fundamental de la RAE de Macao”, entraron en vigor respectivamente el primero de julio de 1997 y el 31 de diciembre de 1999 y tienen rango constitucional; estas leyes fundamentales previeron que todas las leyes existentes, antes del primero de julio de 1997 y el 20 de diciembre de 1999 en estas dos Regiones Administrativas Especiales permanecerían en vigor, salvo aquella que el Comité de la Asamblea Popular declarara contraria a las leyes fundamentales. El sistema jurídico de Hong Kong forma parte de la familia del *common law*, y el de Macao del derecho continental europeo (derecho portugués). Estas dos Regiones Administrativas Especiales gozan de una autonomía judicial y disponen de un sistema judicial completo e independiente; cada región tiene su propia Corte Suprema.²⁴

451. La jerarquía de las normas y el control de constitucionalidad. El alcance de las reglas jurídicas en China varía, según la autoridad de donde emanan. Se puede establecer así la jerarquía de las normas: La Constitución; las leyes fundamentales adoptadas por la Asamblea Nacional Popular (APN); las leyes adoptadas por el Comité Permanente de la APN; los reglamentos, adoptados por el Consejo de Asuntos de Estado; los reglamentos locales, adoptados por las asambleas de diferentes niveles; las circulares ministeriales;²⁵ los decretos, adoptados por los gobiernos provinciales de las ciudades y de las grandes ciudades.

La Corte Suprema Popular tiene una función, cada vez más importante en China, como fuente de derecho. Por una parte puede adoptar circulares interpretativas o explicativas para llenar ciertas lagunas jurídicas; estas circulares tienen efectos generales, que se imponen al conjunto de los tribunales. Por otra parte, la trascendencia de la jurisprudencia se ha incrementado considerablemente en estos últimos años. La Suprema Corte Popular publica con regularidad ciertas resoluciones pronunciadas por los tribunales chinos, cuyo contenido es aprobado por la propia Suprema Corte Popular, y al hacerlo le confiere un valor superior a estas resoluciones. Únicamente se atribuye este poder a la Suprema Corte Popular. El fiscal supremo ministerial popular, tiene también entre sus objetivos un poder de interpretación de los textos legales. En caso de conflictos interpretativos emitidos por estos dos órganos, el Comité permanente de la APN es el que resuelve la controversia.

El problema de la jerarquía normativa es complicado por la ambigüedad que prevalece en el sistema competencial de los diferentes poderes.

La delimitación del sistema competencial de ambos órganos legislativos, la asamblea popular nacional y su comité permanente, dista mucho de ser clara: la repartición de poderes entre los órganos legislativos y ejecutivos (la APN y su Comité Permanente y el Consejo de asuntos de Estado) participa de la misma complejidad. Se observa también un ámbito conflictivo entre los

24 Nota del Traductor. Se puede consultar el excelente artículo escrito por los Profesores Chenguang Wang y Goubin Zhu, “A Tale of Two Legal Systems: The interaction of *Common law* and Civil Law in Hong Kong, en “*L’Avenir du Droit Comparé. Un Défi pour les Juristes du Nouveau Millénaire*”. Société de Législation Comparée. Paris. 2000, p. 181

25 La jerarquía entre las circulares ministeriales y los reglamentos locales no está claramente delimitada, véase Liu Hainian y Li Lin (bajo la dirección de), *Yifazhiguo yu falutixi fiaangou* (l’État de droit et la construcción du système juridique), 2001, p. 26.

poderes de órganos legislativos y los poderes de órganos judiciales (la APN y su Comité Permanente y la Corte Suprema y el fiscal supremo popular). Finalmente se perciben actualmente todavía disonancias entre los poderes centrales y locales, y entre los diferentes ministerios y administraciones.

Estas ambigüedades perturban la jerarquía de las reglas de derecho y conduce a la proliferación de textos legales contradictorios y forzosamente a una dispersión y a una fragmentación de las fuentes del derecho. Para resolver estos problemas, deberá ser reforzado el control de constitucionalidad de las leyes y debe ponderarse la adopción de una codificación creativa.²⁶

452. El control de constitucionalidad de las leyes. No obstante que de una manera general, se haya fomentado la creación de Cortes constitucionales en los países de Europa del Este y de Europa central, China ha permanecido en este ámbito, cautelosa. Sin embargo la Constitución china, para asegurar la unidad de la legalidad socialista, prevé una cierta forma de control de constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos administrativos. Todo acto del Comité Permanente puede ser sometido a la ANP, que tiene facultades de control de la constitucionalidad. La Asamblea legislativa tiene el poder de modificar o anular de pleno derecho, las decisiones que tengan visos de inconstitucionalidad, adoptadas por el Comité Permanente (artículo 62 de la Constitución). Sin embargo, no existe ningún control de la constitucionalidad de las leyes votadas por la misma ANP. El control de la constitucionalidad está circunscrito para actos que provengan de otros órganos, tales como los reglamentos administrativos del Consejo de Asuntos de Estado y sus reglamentos y decisiones de carácter local.

453. Organización judicial. En China conforme a su Constitución, el Poder Judicial se ejerce por los tribunales populares. Los tribunales en cuanto a su organización están regidos por la ley orgánica de los tribunales populares de 1979. El sistema jurisdiccional chino comprende cuatro grados de jurisdicciones: una Suprema Corte Popular, y tres niveles de tribunales locales (31 cortes superiores a nivel de provincia, 380 tribunales intermedios de grandes ciudades y de prefecturas, 3000 tribunales de primera instancia a nivel de distrito). Estas son jurisdicciones del orden común; existen de igual forma jurisdicciones de excepción, tales como los tribunales militares, marítimos, ferroviarios, entre otros. El orden judicial chino es unitario: los asuntos administrativos se resuelven por salas administrativas en el seno de tribunales ordinarios. En el ejercicio de su Poder Judicial, las jurisdicciones son independientes.

En el curso de estos últimos años, se ha podido identificar una mayor especialización progresiva de los tribunales.²⁷ Es por lo tanto frecuente encontrar que los tribunales estén dotados de salas penales, civiles, y administrativas distintas; en ciertos tribunales existen salas que conocen de asuntos relacionados con menores, de propiedad intelectual, especialmente en las regiones costeras donde se han multiplicado las controversias sino-extranjeras, vinculadas a los derechos de autor y a las marcas.

²⁶ X.Y. Li-Kotovtchikhine, La réforme du droit chinois par la codification, *RID comp.* 2000, p. 529.

²⁷ J. P. Cabestan, Chine: un État de lois sans État de droit, *Revue Tiers Monde*, t. XXXVII, 147, julio-septiembre 1996, pp. 656 y 657.

A partir de 1978, la función de los tribunales se ha vuelto cada vez más importante. Se puede constatar fácilmente un cambio en la función de los tribunales. Si durante un tiempo considerable los tribunales fueron herramientas al servicio de la dictadura del proletariado y de los órganos de represión, en la actualidad los tribunales son competentes para conocer de controversias civiles, económicas, penales y administrativas. Si bien el número de asuntos penales tiende a disminuir, se puede constatar cada año, en los demás ámbitos, un incremento en el número de resoluciones emitidas. La sociedad china acude con mayor frecuencia a su sistema jurídico para dirimir sus controversias. El número de controversias en su conjunto resueltas en todos los ámbitos por los tribunales de primera instancia en 1996 se aproximaba a cinco millones; un número siete veces mayor que en 1980 (que fue de 768 000 controversias resueltas). Es importante subrayar que, en un país donde tradicionalmente el derecho tenía una función marginal, el cambio de mentalidad es notable y puede válidamente sostenerse que el incremento del número de procesos puede atribuirse a la difusión de la generalización del derecho, que han impulsado el Ministerio de Justicia chino.

El ritmo en el incremento de los asuntos judiciales, impulsó un aumento súbito en el número de jueces y de fiscales ministeriales. En 2001, eran aproximadamente 200 000 (contra 70 000 en 1988). Por otra parte, a partir de 1995, el personal judicial se recluta por concurso. En marzo de 2002, deberá ser abierto un concurso nacional jurídico único en su género para reclutar más funcionarios judiciales.

Los Fiscales ministeriales populares que fueron suprimidos durante diez años durante la revolución cultural, fueron restablecidos desde hace veinte años. Desde su restablecimiento su competencia se amplió, principalmente para combatir la corrupción y para controlar la observancia de las leyes.

No debe omitirse que la magistratura enfrenta aún muchos obstáculos, particularmente la corrupción de los magistrados y las dificultades en la ejecución de las resoluciones judiciales.

454. La profesión de abogado. La profesión de abogado había sido suprimida a inicios de la década de los años cincuenta, y se restauró a partir de 1979. Los abogados chinos eran funcionarios y sus respectivos estudios dependían estrechamente del origen al que pertenecieran en la administración pública y del Ministerio de Justicia. La función del abogado fue precisada en la ley sobre los abogados, que entró en vigor el primero de enero de 1997. Esta ley por los diferentes aspectos que regula, es la expresión de una evolución significativa hacia el ejercicio de una profesión liberal. A partir de su entrada en vigor, los abogados dejan de ser considerados como “trabajadores jurídicos del Estado” y se convierten en “profesionistas del derecho”; los abogados están facultados para crear estudios “cooperativos” (privados) y han visto ampliarse sus prerrogativas, particularmente en materia de acopio de pruebas. Sin embargo, Ministerio de Justicia, por intermediación del director local de la oficina de Justicia, quien está legalmente facultado para expedir las licencias para el ejercicio de la profesión de abogado.

A partir del reestablecimiento de la profesión de abogado en 1979, el número de abogados no ha dejado de crecer: 41,000 en 1990, 110,000 abogados en 1999, y ciertamente alrededor de 150,000 en 2005. Los abogados se involucran cada vez más en un mayor número de procesos: 11% de los asuntos civiles (contra el 6% en 1985), 7% de los asuntos económicos (contra el 6%

en 1985), 43% de los asuntos penales (contra el 30% en 1985) y 47% de los asuntos administrativos.

Para terminar con este análisis, debe mencionarse que se ha establecido un sistema de ayuda judicial para parte de la sociedad más desfavorecida, sistema que fue instituido en 1996 por el Ministerio de Justicia.²⁸

455. El movimiento legislativo. Se ha registrado un gran movimiento legislativo en la República Popular China, y se han aprobado leyes muy importantes durante estos dos últimos decenios.²⁹ Al día diez de noviembre 2001, fecha en la cual la República Popular China accedió como miembro de la Organización Mundial de Comercio, la APN y su Comité Permanente habían adoptado 407 leyes. Es esencialmente a través de estas leyes y de otros actos legislativos, o reglamentarias, que el sistema jurídico de la economía de mercado socialista ha sido establecido. Para mejorarlo se necesitará desde luego de tiempo. El quinceavo congreso del PCC, que se ha propuesto darle plena vigencia al principio “gobernar el país por la ley”, ha dado muestras indubitables en su voluntad de introducir, en este país socialista, el principio del Estado de derecho y para tal efecto programó el diseño de un sistema jurídico socialista propio para la República Popular de China antes de 2010. Está previsto en los próximos diez años, la aprobación aproximada de una centena de leyes. Al mismo tiempo que la economía planificada se orienta hacia una economía de mercado socialista, también ha mutado la situación política, económica y social. La República Popular de China ha modificado profundamente su legislación para adaptarse a esta nueva situación, y por otra parte, para adaptarse a las reglas de la Organización Mundial de Comercio.

La Constitución, adoptada en 1982, como se ha venido reseñado, ha sido reformada en tres ocasiones. Estas reformas tuvieron como objetivo adoptar el texto constitucional al nuevo estado de cosas, y hacer posible la modernidad socialista. Nuevas leyes han complementado estas nuevas disposiciones constitucionales, como es el caso de leyes orgánicas de las asambleas populares y de su comité permanente, la ley sobre la judicatura y la ley sobre los fiscales ministeriales de 1995, reformadas en 2001, la ley sobre la policía de 1995, la ley sobre los abogados de 1997, y disposiciones que concieren las elecciones, entre otras..

China carece de un Código Civil; pero existe un texto fundamental llamado “Principios generales del derecho civil”, adoptado en 1986, que comprende 156 artículos. Este texto tiene los visos de un Código Civil clásico. Está fundado en dos conceptos fundamentales: los derechos civiles y la responsabilidad. Es alrededor de estos dos conceptos, que gravitan por una parte, los sujetos de derechos civiles (personas físicas y personas morales) y el grado de sus derechos por otra parte, las reglas relativas a la responsabilidad, destinadas a proteger y permitir la aplicación de estos derechos civiles. Pueden identificarse cuatro tipos de derechos civiles que están previstos por la ley: el derecho de propiedad, el derecho de las obligaciones, el derecho de propiedad intelectual y los derechos de la persona.

El derecho de la familia ha sido objeto de diferentes disposiciones. Una ley sobre el matrimonio fue adoptada en septiembre de 1980, que reemplazó a la de mayo de 1950. Después de más de veinte años en que entró en vigor fue modificada en abril de 2001, para adaptarse a las

28 J.P. Cabestan, *op. cit.*, p. 657.

29 Baikang XU, Panorama du droit chinois en vigueur, *RID comp.* 1990, p. 885; J. Tao, *Le droit chinois contemporain*, 1991; C. Zhang, Le procesus législatif en Chine, *RID comp.* 1998, p. 865.

mutaciones sociales, teniendo en cuenta, particularmente, los problemas que se suscitan por la bigamia o por la violencia intrafamiliar. La ley sobre el derecho de sucesiones entró en vigor en abril de 1985. La ley sobre la adopción data del 19 de diciembre de 1991, y fue modificada en 1998.

Una ley sobre marcas fue promulgada en 1982 y sobre patentes en 1994; la ley sobre los derechos de autor proviene de 1990, modificada posteriormente en 2001. En este espacio es importante hacer mención a la ley sobre los seguros de 1995 y la ley sobre los contratos de 1999. Una ley sobre la propiedad está en curso de preparación. Se ha previsto elaborar un verdadero Código Civil que reagrupe todas estas disposiciones dispersas.

El legislador igualmente ha intervenido en el ámbito de las leyes mercantiles. Diversas e importantes leyes han sido promulgadas: ley sobre sociedades en 1993, ley del comercio marítimo en 1992, ley sobre insolvencias de sociedades mercantiles en 1986, ley sobre los efectos del comercio y sobre los bancos comerciales en 1995, ley sobre los bancos populares de China, ley sobre los seguros en 1996, ley sobre las empresas en cooperación (partnership) en 1997, ley sobre los títulos de crédito en 1998, ley sobre la empresa unipersonal en 1999.

Diversas leyes con propósitos para asegurar la protección de intereses específicos fueron igualmente promulgadas. Así *verbi gratia*, la ley relativa a la lucha contra la competencia desleal, la ley sobre la calidad de los productos, la ley relativa a la protección de los derechos y de los intereses de los consumidores, la ley sobre la publicidad. Una ley sobre el arbitraje fue adoptada rigiendo el arbitraje interno y el arbitraje “que contenga un elemento extranjero”. En 1995, se multiplicaron muchos otros textos, como la ley sobre los bancos comerciales, en los que China incursionó en ámbitos hasta entonces poco explorados. Otras leyes importantes como la ley sobre las acciones y las obligaciones mercantiles y la ley sobre los mercados a término debían, promulgadas en 1996-1997, contribuir en la consecución de esta nueva obra al paso de estos años; otros ámbitos del derecho fueron reglamentados, tales como la lucha contra la contaminación y el derecho del trabajo. Finalmente, la legislación fiscal fue casi enteramente renovada o revisada después de 1989, cuyo objetivo era unificar, en cierta medida, las reglas impuestas a los extranjeros y aquellas impuestas a los chinos.

En derecho administrativo también se han promulgado una cantidad muy vasta de textos legales: la ley sobre la indemnizaciones del Estado de 1994, la ley sobre las sanciones administrativas de 1996, la ley sobre las inspecciones administrativas de 1997, la ley sobre los recursos de revisión administrativa de 1993 y la Ordenanza provisional sobre los servidores públicos del Estado de 1993. La ascensión del derecho administrativo constituye a partir de entonces uno de los grandes avances en la reforma política. Como parte integrante del derecho administrativo, el legislador chino se ha interesado en la organización penitenciaria (ley sobre las prisiones de diciembre de 1994). En esta materia, la Suprema Corte Popular ha promulgado algunos textos importantes para la aplicación concreta de estas leyes.

En el ámbito del derecho económico también el legislador chino ha tenido una actividad de una gran febrilidad; en este orden fueron promulgadas, particularmente, la ley sobre los contratos económicos del primero de julio de 1982, la ley de 1985 sobre los contratos económicos que conciernen a los extranjeros y la ley sobre los contratos tecnológicos de 1987. Estos tres textos fueron re-fundados y codificados por la importante ley sobre los contratos de 1999. Esta ley que contiene 428 artículos, es considerada como una construcción jurídica monumental. De mencionarse son la ley sobre las empresas mixtas de capital chino y extranjeros (Joint Venture) del 8 de julio de 1979, la ley sobre las empresas de capitales extranjeros del 12 de abril de 1986, la ley sobre las empresas de cooperación sino-extranjera del 13 de abril de 1988 (éstas tres últimas fueron revisadas en de 2001), la ley relativa a la lucha contra la competencia desleal de

1993, la ley sobre la venta a los oferentes de 1996 y finalmente, la ley sobre el comercio exterior que fue adoptada en 1994.

En materia penal, el análisis deja claro la vastedad de la legislación; un Código Penal fue adoptado en 1979 y entró en vigor el primero de enero de 1980.³⁰ Fue revisado completamente en 1997. El Código Penal de 1980 contenía 192 artículos y el Código revisado, 452 artículos. Su estructura responde al siguiente esquema: Se divide en una parte general y una parte especial. El objetivo del derecho penal está definido en el artículo segundo en su versión de 1997. La sanción penal, relata este precepto, debe ser “utilizada para luchar contra todos los actos criminales, a fin de salvaguardar la seguridad del Estado, de defender el régimen de la dictadura popular democrática y el régimen socialista, de proteger la propiedad estatal, la propiedad colectiva, y la propiedad privada, de proteger los derechos de los ciudadanos en su persona, los derechos democráticos y los otros derechos, de mantener el orden social, el orden económico, y de salvaguardar la tarea de la construcción del socialismo”.

El Código Penal define diferentes tipos de infracciones (que corresponden a las nociones de delitos y de crímenes de derecho francés, a las contravenciones se les atribuye sanciones administrativas) y prevé las diferentes sanciones, que pueden ir desde la vigilancia bajo el control del pueblo, hasta la pena de muerte. A las cárceles se les concibe como una readaptación, en la que subyace la noción educativa, que se asemejan a escuelas o a fábricas especiales, cuyo propósito es reeducar a los prisioneros o darles una nueva formación.

Las recientes reformas del derecho penal revelan progresos notables. Tres principios a partir de ahora gobiernan al Código Penal: la legalidad de los delitos y de las penas (y su corolario la supresión del razonamiento por analogía), la igualdad entre los justiciables y la proporcionalidad de las penas. El reconocimiento de estos principios marca una importante etapa en el derecho penal chino. El Código Penal traduce un verdadero esfuerzo de armonización del derecho penal chino con los principios internacionales.³¹

El derecho social no ha sido descuidado por el legislador. Una ley relativa al derecho del trabajo fue adoptada el 5 de julio de 1994, y una ley sobre los sindicatos en 1992. Esta ley fue modificada en octubre de 2001 con el fin de adaptarla a las obligaciones internacionales asumidas por la República Popular China. Sin embargo, existen numerosas lagunas en el ámbito de la protección social.

El procedimiento contencioso fue también objeto de la actividad legislativa. El Código de Procedimientos Penales de 1979 fue modificado sustancialmente en marzo de 1996. Por esta reforma, se introdujo por primera vez en China, el principio de la presunción de inocencia, que contiene el beneficio de la duda, si bien fue reconocido indirectamente, se hizo en forma explícita al disponer que nadie puede ser reconocido culpable sin un juicio previo que haya sido deshogado conforme a la ley ante un juez (artículo 12). El nuevo código mejoró sensiblemente los derechos de la defensa, ya que permite a los abogados entrevistarse más rápidamente con sus clientes y tener acceso a su expediente. Reforzó de la misma manera los derechos de la víctima, al introducir al momento de la fase de la resolución, reglas controversiales, imponiendo adicionalmente con ello al juez una cierta neutralidad.

30 Wang, *Les sources du droit de la République Populaire de Chine*, pp. 73 y ss.

31 M. Delmas-Marty, *Le droit pénal en Chine: Avancées des textes et résistance des pratiques. Gazette du Palais*, del 2 al 4 de julio de 2000, pp. 43 y ss.

La ley sobre el procedimiento civil de 1986 se promulgó provisionalmente y muy pronto fue remplazada por la ley de 1991. Esta ley contiene ante todo disposiciones generales sobre la competencia, la organización del tribunal, las partes en el proceso, las pruebas, la conciliación, y las medidas precautorias, entre otras. Acto continuo enuncia, de manera detallada, las reglas que rigen el proceso, las modalidades de ejecución de las resoluciones, así como algunas disposiciones especiales relativas a las controversias que implicasen un elemento de parte extranjera. La ley contiene en la misma forma principios útiles sobre el arbitraje.

Promulgada en 1989 y que entró en vigor el primero de noviembre de 1990, la ley de procedimiento administrativo, por primera vez desde 1949, permite a los ciudadanos chinos controvertir ante los tribunales, los actos de la administración pública.

Para perfeccionar la calidad de la legislación y preservar la noción unitaria del derecho en China, se promulgó una ley sobre la legislación en 2000. Esta ley tiene por objetivo definir los efectos, el procedimiento y el control de la legislación. A pesar de este esfuerzo, esta ley no ha sido exitosa para resolver la problemática de la jerarquía de las reglas de derecho en el sistema jurídico chino.³²

Este nuevo interés por el derecho, no debe olvidar la tradición milenaria china, conforme a la cual el derecho desempeñaba una función marginal. Aún cuando se constata la tendencia para abandonar la mediación, como vía alterna para resolver las controversias (5 millones de controversias en 2000 contra 9 millones de controversias en 1987), la mediación continúa siendo enormemente recurrida para las controversias de índole familiar y de otros asuntos del derecho civil. Según encuestas sociológicas, existe actualmente una gran diferencia entre las ciudades y la China profunda. En forma por demás frecuente en la provincia china, las leyes de Estado se marginan para darle curso a las soluciones tradicionales e informales, previstas en las normas pueblerinas.

456. China y el derecho internacional. En la actualidad el primado de las normas internacionales sobre el orden interno está claramente admitido en China.

La República Popular de China, se ha adherido a numerosas convenciones internacionales en diversos ámbitos para favorecer su desarrollo económico, *verbi gratia* a las convenciones en materia de propiedad intelectual e industrial, a la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercaderías, a la Convención de Nueva York sobre la ejecución de las sentencias arbitrales. Por otra parte, China ha firmado numerosas convenciones bilaterales en el campo de la fiscalización, y de la protección de las inversiones.

China, novena potencia económica del mundo, fue aceptada formalmente el once de noviembre de 2001 en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC) por el consenso de los 142 Estados miembros. Es pues hoy en día un miembro activo. La adhesión de China a la OMC debería tener una gran influencia en el desarrollo económico del país, pero está claro que su adhesión a la OMC, no se dará sin conflictos, sin desafíos y sin riesgos, incluso si ésta debiera tener efectos favorables. La primera solicitud de adhesión de Pekín se remontaba a 1986 y concernía entonces al GATT (General Agreement on Tariffs and Trade). Desde entonces, China negocia los términos de su entrada con sus principales socios comerciales, introduciendo al mismo tiempo en su legislación nacional y local las reformas necesarias para adaptarse a las

32 X.Y. Li-Kotovtchikhine, *op. cit.*, pp. 529-552.

reglas de la OMC. Con este objetivo ratificó, estos últimos años, un gran número de tratados internacionales. Se puede sostener que su sistema jurídico en materia económica está en conformidad con las reglas comunes de comercio internacional. Adicionalmente a lo anterior las leyes que se han venido promulgando a partir de 1992 buscan integrar las principales reglas del juego de los intercambios internacionales: la adopción de las reglas del comercio mundial, la utilización de conceptos jurídicos, que tienen vocación universal, la consideración de las reglas positivas deducidas de las convenciones de Nueva York y de Washington para la solución de controversias, la liberalización de la circulación de los individuos y de las mercaderías, entre otros muchos aspectos. Para los inversionistas extranjeros, la entrada de China en la OMC agrega una seguridad jurídica suplementaria: China va a deber aplicar las reglas que son comunes e inherentes al comercio internacional.

El arbitraje también se ha reconocido en China. Si la conciliación resulta ser un principio secular en China, la conciliación no resulta menos deseable en el plano del derecho internacional.³³

En el ámbito de las relaciones del comercio internacional, a partir de 1954 habían sido ya instituidas en China, comisiones de arbitraje del comercio exterior, las comisiones de arbitraje de la China International Economy and Trade Arbitration Commission (CIETAC), que estaban esencialmente encargadas del arbitraje comercial internacional, en el seno del Consejo chino para la expansión del comercio internacional.³⁴ En los términos de la ley de 1994 sobre el arbitraje, existen en China dos categorías de comisiones de arbitraje. La primera está compuesta por comisiones de arbitraje del orden común, esencialmente encargadas del arbitraje comercial interno, constituidas a nivel provincial y en las grandes ciudades. La segunda categoría está constituida por comisiones de arbitraje de la CIETAC. Estas comisiones de arbitraje son competentes para tratar las controversias que contienen un elemento de internacionalidad. A partir de la década de los años ochenta, la CIETAC ha hecho esfuerzos notables para adaptarse a las reglas y usos generalmente practicados en el plano internacional. Actualmente, la CIETAC conoce de la apertura y resolución de 700 a 800 asuntos, lo que coloca a China en el primer rango mundial por el número de asuntos resueltos anualmente.³⁵

El Código de Procedimientos Civiles, adoptado en 1991, incluye, en el libro IV, disposiciones particulares relativas al procedimiento en materia de derecho internacional privado. El arbitraje está reglamentado en el capítulo XXVIII de ese ordenamiento. Si la parte china y la parte extranjera así lo convienen, todas las controversias relativas al comercio internacional, a los transportes, al derecho marítimo, se someten a un organismo de arbitraje. El laudo arbitral tiene autoridad de cosa juzgada; las partes no podrán, a partir de que el laudo arbitral haya sido pronunciado, recurrir ante un tribunal popular.

China tiene actualmente un Juez en la Corte internacional de Justicia, y un juez en el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia. Al final 2000, China se habría adherido en el ámbito de los derechos del hombre, a 19 tratados internacionales; firmó los dos pactos de los derechos del

33 Sobre la concepción china del derecho internacional público, véase Hungdar Chiu, "Communist China's attitude toward International Law", *60 Am.J. of Int. Law*, 1966, p. 245-267.

34 G. Crespi-Reghizzi, "Legal aspects of Trade with China: The Italian Experience", *9 Harvard Int. Law Journal*, 1968, 85-139.

35 J. Sagot, ¿Comment aborder l'arbitrage dans les relations d'affaires avec la Chine ? *Gasette du Palais*, suplemento del periódico del 2 al 4 de julio de 2000, p.83.

hombre de la ONU, y ratificó el pacto internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales en 2001.