

## Derechos humanos en la República Popular China: explicaciones de la diferencia\*

ANDREAS PIEROTIC MENDÍA\*\*

*César: (Recobrando la calma) Dispénsale, Teodoto;  
es un bárbaro y se imagina que las costumbres de  
su tribu son leyes de la naturaleza.  
César y Cleopatra, Acto II  
George Bernard Shaw*

El siguiente artículo se concentra en la práctica de los derechos en China, su relación con la constitucionalización de los mismos, el contraste con la concepción occidental y los sustentos filosóficos que pueden afirmar dicha práctica desde el punto de vista occidental y el confucianismo chino.

### I. Los Derechos Humanos y el confucianismo

Si nos presentamos la tarea de aproximarnos escrupulosamente a la condición de una sociedad respecto de un conjunto de valores -jurídicos, morales o como quiera se los considere en nuestro debate-, parece que el fiel cumplimiento de ese cometido no puede sino pasar por el examen de la historia y filosofía estructurantes de la condición de dicha sociedad. Nos parece que esas herramientas serán las más ajustadas para localizar las definiciones y explicaciones de la postura que China ha acogido frente a los derechos humanos.

Lo primero que debemos señalar -pues será la guía de argumentación de este trabajo- es que el *ethos* del pueblo chino lo constituye el pensamiento de Confucio<sup>2</sup> a lo largo de su historia. Por lo mismo, también la concepción del derecho que tiene aquel -el pueblo chino- se encuentra imbuido de su espíritu.

\* Agradezco las exposiciones de los profesores Pablo Ruiz-Tagle y Bernardino Bravo que he tenido el privilegio de atender en el transcurso del año y medio que he estado estudiando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Sin las herramientas que me han entregado habría sido imposible realizar este trabajo. Agradezco también los consejos de Joaquín Trujillo, Francisco Vergara y Alberto Pino, quienes hicieron valiosas críticas a un primer borrador a pesar de no compartir mis puntos de vista. A Pablo Jiao que hizo unas significativas aclaraciones respecto de la dificultad de traducción de ciertos términos. También estoy en deuda con Pablo Marshall por haberme impulsado a participar con un tema que a primeta vista parecería estar lejos de ajustarse a los marcos de este Congreso. Finalmente agradecer a Tania Pierotic por su ayuda y paciencia en la recopilación de material bibliográfico y al equipo de bibliotecarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

\*\* Estudiante, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

<sup>1</sup> Confucio (551-479a.c.) fue casi contemporáneo de Platón (429-347a.c.). Su más notable sucesor Mencio (372-289a.c.) fue contemporáneo a su vez del sucesor de Platón: Aristóteles (384-321a.c.). Coinciden así el nacimiento del pensamiento occidental y oriental que más ha perdurado.

El confucianismo recogió un sistema moral práctico que ya existía en China<sup>2</sup>, pues antes de Confucio, los chinos ya habían situado los intereses colectivos de la familia, la comunidad y la sociedad por sobre los del individuo. En base a esta institucionalidad histórica, Confucio postuló una organización de la sociedad sobre una jerarquía de relaciones entre superiores e inferiores<sup>3</sup>, siendo el gobernante superior al súbdito, la esposa estando sujeta al marido, y el hijo estándolo al padre<sup>4</sup>. En este orden confuciano cada persona tiene un rol que cumplir pues en la medida que cada uno asume su condición el orden social se mantiene. Este modelo social definitivamente no ha desaparecido, sino que ha sido objeto de interpretación y acomodo, cohabitando con los cambios sociales y políticos que viene experimentando China con el transcurso de su historia, y esperamos que así podamos mostrarlo en nuestra exposición.

En el código confuciano, nos explica el profesor Fairbank<sup>5</sup>, destaca la idea del comportamiento apropiado según el status (*lí*) dado por la educación, siendo éste y no otro, el principal fundamento para exigir del emperador la conducta correcta (en la que se basaba la efectividad de su mandato). Por lo tanto, la dinastía dependía de la impresión moral que tenía la corte imperial de ella, significando la pérdida de la venia de los letrados la precipitación del régimen de la dinastía y su reemplazo por el de otra, ocurriendo esto repetida y sucesivamente en la historia china. Extrapolamos ese dato al sistema político que hoy día encontramos en China, y tenemos la confianza necesaria para aseverar que no cabrá en su momento una solución distinta, pues la conspiración -desencadenada por la mala impresión moral de la corte respecto del regente- que es un elemento constitutivo del confucianismo imperial<sup>6</sup>, sigue constituyendo un factor fundamental de la política china. Dicho de otra manera, el régimen “comunista”<sup>7</sup> perdurará mientras logre guardar una adecuada conducta que lo legitime. Muchos se preguntan, legítimamente por cierto, cómo no habría de perdurar si en China no hay espacios para la disidencia, espacios que en Occidente vemos como fundamentales para la generación de cambios. Lo cierto es que en China nunca los ha habido porque la disidencia troncha la armonía; ello, sin embargo, no imposibilitó que cayera un régimen tras otro como certifica la historia. La clave es que los chinos han sido siempre maestros en el arte de fingir lealtad.

<sup>2</sup> EDKINS, JOSEPH. *Religion in China*. Routledge Taylor & Francis Group, 2000, págs. 5 y 6 (La primera publicación de su estudio, precursor en ese campo, data de 1893).

<sup>3</sup> Esta relación a diferencia de la organización estamental medieval europea no será en base al azar del nacimiento, sino a las aptitudes morales e intelectuales del individuo. Mencio, 1800 años antes que Rousseau lo hiciera, postuló que el hombre es bueno por naturaleza poseyendo un sentido moral innato. Reivindicaba así la igualdad natural del hombre en el nacimiento. De este modo, desde temprano fue promovida la disciplina moral en China a través de la educación, que se medía en la práctica con un estricto examen público para acceder a los cargos imperiales, no haciéndose distinciones sociales. Hay que aclarar que en China al igual que en Occidente, las mujeres no fueron incluidas en la esfera pública, de modo que la descripción hecha anteriormente las excluye.

<sup>4</sup> Estos son “los tres principios cardinales” que todas las actuaciones humanas debían observar. Para ilustrar el arraigo de éstos basta decir lo siguiente: el principio enunciado sucintamente por Confucio como *zǐ zǐ* (el padre debe comportarse como padre y el hijo como hijo) ha sido contemplado en el artículo 49 N° 3 de la Constitución de La República Popular China: “los padres tienen el deber de ayudar y educar a sus hijos menores de edad, y los hijos que han cumplido la mayoría de edad tienen el deber de mantener y asistir a sus padres” (traducción no oficial).

<sup>5</sup> FAIRBANK, JOHN K. *China, una Nueva Historia*. Editorial Andrés Bello, 1996, pág. 74-98

<sup>6</sup> EBER, IRENE. *Confucianism, the Dynamics of Tradition*. Editorial MacMillan, 1986.

<sup>7</sup> En el marco de nuestro trabajo que considera que el confucianismo sigue siendo hasta el día de hoy el sostén del sistema político; el comunismo no es más que una herramienta, o una etiqueta occidental que se utiliza al antojo interpretándose de acuerdo a las prácticas políticas confucianas milenarias. Ahora bien, la discusión acerca de por qué la adopción de una fachada comunista y no otra, escapa a los marcos de este trabajo; sólo podemos adelantar aquí que en una lógica no individualista como la china, la etiqueta comunista parece tener ciertas ventajas respecto de otras corrientes filosóficas occidentales, especialmente por el momento histórico en que se incorpora.

Ahora bien, el confucianismo y el concepto de derechos humanos occidental son inconciliables. Si bien ambos giran, por decirlo de alguna forma, en torno a una tradición humanista, parten de supuestos que se contraponen. Mientras en Occidente acentuamos la libertad, en China todo parte de la subsistencia. Se trata del individuo por la comunidad, debiendo los derechos servir a la supervivencia de aquella. Por lo tanto, el presupuesto es que el hombre no es primero una entelequia individual, sino antes un miembro de la comunidad, es decir, un ser social. Es por ello que son inconcebibles los derechos indispensables e inalienables de los individuos de Occidente, siendo nuestra concepción incompatible con la idea que ha trascendido las épocas: que el hombre debe sumarse absolutamente e incondicionalmente a una entidad mayor que es la comunidad. Esta diferencia fundamental con Occidente radica especialmente, en que las revoluciones democráticas occidentales estaban dirigidas contra un antiguo régimen bajo el cual las personas estaban privadas de sus derechos de libertad y equidad; en cambio en China el asunto más urgente e importante fue siempre, hasta mediados del siglo XX en que se logró expulsar a los japoneses, la preservación de la nación y la resistencia contra la agresión externa<sup>8</sup> (sin contar que en el siglo XVI se suma el problema de la superpoblación que incide en el fortalecimiento del espíritu confuciano tradicional). Entraremos en más detalles acerca de esta contraposición entre China y Occidente a propósito del tema de la universalidad de los derechos y la diversidad cultural que desarrollaremos más adelante.

Esas fueron las condiciones históricas que definen de entonces para adelante la concepción de los derechos en China. Lo que se levantaba como primario en Occidente podía sólo ser secundario en el caso de China, pues como destacado, las demandas imperativas de los sujetos integrantes de la comunidad política son distintas en uno y otro lugar. Sólo después que esta trama es comprendida, se puede caminar hacia la asimilación del desencuentro que se despliega y revela entre la concepción de los derechos china y la nuestra.

A pesar de la ilustración concedida, no faltarán quienes se pregunten -nuevamente de manera fundada por cierto- por las razones que truncaron que nuestra cultura Occidental influyera decisivamente en la cultura China, como efectivamente ocurrió por lo demás, en muchas regiones no occidentales del mundo; más aun estando concientes que tuvimos a los emisarios por antonomasia de la cultura europea -la Compañía de Jesús- largo tiempo asentados en esa nación<sup>9</sup>. Las respuestas a este entresijo creemos son por lo menos dos, ambas vinculadas entre sí. La primera y principal se refiere a las considerables diferencias lingüísticas: la lengua china rehuye los conceptos abstractos y los razonamientos contrarios a la practicidad y la naturaleza manifiesta de las cosas, esto porque a diferencia de la tradición cristiana de la que tributa, gústenos o no, la primera formulación revolucionaria de los derechos humanos en nuestra cultura, en China se forzó un humanismo que situó al hombre (en sociedad) y no a Dios en el centro del quehacer humano. Es por ello que el confuciano no temía a una vida posterior (estrictamente no pensaba, ni hablaba en términos trascendentales) y no razonaba representándose que la gloria o condena se encontraban en una vida futura, sino que ambas estaban en el palacio imperial pues allí residía Dios<sup>10</sup>. Esta propiedad de la figura imperial china, dicho palmariamente, es la segunda explicación de la desventura Occidental en China.

<sup>8</sup> La gran muralla es un ejemplo que permite vislumbrar la fuerza de la agresión y las descomunales medidas que tuvo que tomar la nación china para contenerla.

<sup>9</sup> DOUGNAC, ANTONIO, *El pensamiento confuciano y el jurista Juan Egaña (1768-1836)*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, N° XX, 1998, págs. 143-193. También DOUGNAC, ANTONIO, *En torno al conocimiento del derecho chino en la América española*. En Revista Chilena de Historia del Derecho N°18 (1999-2000), Departamento de Ciencias del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004, págs. 119 - 152.

<sup>10</sup> FAIRBANK, JOHN K. *Opus cit.*, pág. 98.

Hoy siguen habiendo dificultades lingüísticas, ellas impiden hacer una traducción comprensiva de los significados que involucran los términos en el tema de los derechos humanos. Para empezar no existe una palabra equivalente para “derecho”. Esta expresión es usualmente asimilada a poder (*quan*). Tampoco hay un término preciso para “humano”, se traduce en cambio como pueblo (*renmin*) o como ciudadanos (*gongmin*), careciendo estas palabras de la noción de individualidad. De modo que “derechos humanos” se traduce como *renquan*, esto es, poder del pueblo. Reparemos en cómo el sustrato colectivista es manifiesto hasta hoy día en la lengua de esa nación.

## II. La Ley en China.

El objetivo fundamental de la ley desde Confucio ha sido salvar la jerarquía de las relaciones: el orden social, actuando como un instrumento para la administración<sup>11</sup>. Se trata de preservar la armonía entre los hombres, siendo ello sólo posible en la medida en que éstos antepongan sus relaciones sociales a los intereses individuales; cuestión que la práctica en Occidente, en cambio, ha ido desestimando poco a poco desde el siglo XVIII a esta parte.

Para los chinos, afirma René David<sup>12</sup>, las leyes no constituyen el medio normal para componer los conflictos entre los hombres, por el contrario, son un obstáculo para la conciliación. Se sigue a Confucio en el sentido que si existen normas ellas deben ser ante todo modelos de conducta, que no deben ser aplicadas literalmente, sino con amplitud y flexibilidad pues el fin cardinal de ellas es la enseñanza, debiendo acomodarse a dicho objeto. Ese derrotero tenía el Fa Jing, que fue el primer sistema de leyes escrito en China y que valió para las reglamentaciones posteriores, no sólo en esa tierra, pues se extendió a Japón, Corea e Indochina<sup>13</sup> durante el siglo VIII, creando así una forma más o menos homogénea de concebir el Derecho en Asia hasta el día de hoy.

Como afirma el profesor colombiano Guillermo Puyana<sup>14</sup>, en la concepción tradicional china, el Derecho no se ve excluido, pero juega un papel menor. No es necesaria la aplicación de la ley para el pueblo en general, sino para los extranjeros, los bárbaros y los criminales<sup>15</sup>.

Se advierten de esta forma disensiones, diríamos casi totales, entre la aproximación china frente a la ley y la occidental. Se suman, por supuesto, otras también al conflictivo panorama: mientras en las democracias occidentales se concibe al ordenamiento jurídico como garantía de certeza y libertad, los derechos subjetivos a su vez como herramienta de protección ante el Estado desde el siglo XVIII, en China, si es que puede hablarse de ordenamiento de leyes, éste ha sido visto desde el mismo Fa Jing como una fuente de restricciones (mandatos y prohibiciones) y no de derechos<sup>16</sup>. Se verifica, por lo tanto, la

<sup>11</sup> *Ibid.*, págs. 226 y 227.

<sup>12</sup> DAVID, RENE. *Los Grandes Sistemas de Derecho Contemporáneo*. Editorial Dalloz, 1969, pág. 531.

<sup>13</sup> Ver *Rethinking Confucianism: Past and Present in China, Japan, Korea, and Vietnam*. Editado por Benjamin A. Elman, John B. Duncan y Herman Ooms. Publicado por UCLA Asian Pacific Institute, 2003.

<sup>14</sup> PUYANA, GUILLERMO. *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Chino*. Editorial Temis, 1988, Bogotá, pág. 2.

<sup>15</sup> Puede revisarse el libro del que fuera decano de la Facultad de Derecho de la Universidad la Aurora de Shanghai (de la Compañía de Jesús) para conocer un testimonio respecto de la aplicación de la ley a los extranjeros. BONNICHON, ANDRÉ. *El Derecho en la China Comunista*. Comisión Internacional de Juristas. Imprenta Trio S.A., 19- -, la Haya.

<sup>16</sup> Para señalar el camino de la moralidad, la ley China era principalmente penal. Se puede ver un estudio sobre el particular en THOT, LADISLAO. *Estudios Históricos de Derecho Penal Oriental: Historia del Derecho Penal Chino*. Revista de Identificación y Ciencias Penales de la Universidad Nacional de la Plata, No. 8, febrero de 1934.

consistencia del confucianismo en el sistema legal, pues lo que se concluye del examen del mismo es que la paz social debe gobernar por sobre la del individuo, es decir, la paz social permite y requiere, el sacrificio de bienes individuales en pro de la existencia y subsistencia de los de la comunidad. Es en ese contexto que, por ejemplo, los funcionarios que permitían ventilar escándalos en público o no eran capaces de contenerlos, eran considerados malos administradores y fueron reciamente castigados. El razonamiento era que afectaban con sus desaciertos la tranquilidad de la comunidad (un bien fundamental), debiendo ser sancionados al no cumplir con celo la central responsabilidad delegada en ellos. Un autor sostiene que “el desprecio por la ley escrita y por acudir a los jueces, abogados y tribunales pertenece a las tradiciones y a las claves de la mentalidad china”<sup>17</sup>. El asiento de dicha aseveración es la misma que deslizaríamos: la publicidad del conflicto fractura la armonía del grupo que es fundamental para una sociedad confuciana.

Siguiendo con Confucio, pueden colegirse otras dos diferencias principales respecto del concepto de ley de Occidente. El primer contraste es que en China no encontramos la carga en ésta de lo que se denomina iusnaturalismo escolástico o tomista y que influyó notablemente en los sistemas legales occidentales<sup>18</sup>. En otras palabras, el peso de una “ley superior” que condiciona la vida ultraterrena (y permite la salvación). La sanción moral en China se da en esta tierra. Tampoco encontramos el otro extremo que puede verificarse en Occidente: un dualismo sistemático entre la letra de la ley y los dictados morales de la razón, pues las leyes en China están siempre sujetas a la moralidad (modelos o ejemplos a seguir basados en la filosofía de Confucio)<sup>19</sup>.

### III. Los Derechos Humanos, los Derechos Civiles y la Constitución de 1982: una fachada constitucional.

En cualquier sistema jurídico se mantienen brechas entre los textos y la práctica, pero la fuerza normativa de la ley en China es sin duda hoy en día una de las más débiles del mundo. La ley como siempre ha sido considerada un instrumento para la paz social, los gobernantes se han preocupado de mantener las normas en un alto grado de ambigüedad e incluso de misterio, lo cual les otorga el poder de aplicarlas de acuerdo a los dictados de la conveniencia colectiva. Es en ese sentido que se argumenta que los chinos adoptan una posición de excesivo pragmatismo frente a la ley<sup>20</sup> y que se explique, por ejemplo, que el gobierno de la República Popular China (R.P.C.)<sup>21</sup> durante los primeros treinta años de su funda-

<sup>17</sup> MANGA, GERMÁN. *China, Primavera y Otoño de una Revolución*. Ediciones Gamma, 1990, Bogotá, pág. 129.

<sup>18</sup> Ver MERRYMAN, JOHN HENRY. *La tradición jurídica romano-canónica*. Traducción de Eduardo Suárez., Ediciones Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

<sup>19</sup> Ver FAIRBANK, JOHN K. *Opus cit.*, pág. 225.

<sup>20</sup> Un ejemplo ilustrando este aspecto puede ubicarse en CALDERÓN, MARIO. *China o la Revolución del Pragmatismo*. Tercer Mundo Editores, 1988, Colombia, Págs. 24 y 25. Se refiere a la política de “un país, dos sistemas” de Deng Xiaoping.

<sup>21</sup> La República Popular China fue fundada por Mao Zedong el 1 de octubre de 1949.

ción no dictara ni código civil, ni penal<sup>22</sup> (ciertamente no los consideraba necesarios para mantener el orden social).

No ocurrió lo mismo con el constitucionalismo. La R.P.C. siguió el precedente de la Unión Soviética, iniciando desde temprano el proceso de recepción del constitucionalismo, promulgado un total de cuatro en menos de cincuenta años. La vigente es de 1982, reformada en 1988, 1993 y 1999. La precedieron la de 1954, 1975 y 1978.

Como ha notado Karl Loewenstein, “la constitución escrita es un fenómeno común y universalmente aceptado en la organización estatal contemporánea. La convicción de que un estado soberano debe poseer una constitución escrita está profundamente enraizada”; agrega: “una constitución formal no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Estado constitucional”<sup>23</sup>. China no se queda fuera de esa declaración: se ha dado una y varias constituciones. Sin embargo, no es un Estado constitucional en el sentido europeo: desconcentración del poder mediante la asignación de tareas a diferentes órganos estatales y la protección de los derechos y libertades fundamentales mediante un catálogo de éstos; pero es, nos parece, un Estado constitucional en sentido institucional. El régimen de gobierno se mantiene a pesar de la seguidilla de constituciones que han tenido en medio siglo. Con régimen de gobierno nos referimos al ejercicio previsible del poder<sup>24</sup> que respeta las instituciones tradicionales.

Loewenstein, por su parte, denominaría a la constitución china realista-ideológica<sup>25</sup>, ya que se ocupa de entregar un verdadero “catecismo político”. Es así como puede encontrarse la naturaleza fundamental del sistema político chino recogida tanto en el preámbulo<sup>26</sup> como en el artículo 1º de la constitución que establece que “La República Popular China es un Estado socialista bajo la *dictadura democrática del pueblo...*”. Este principio ha sido recogido en todas las constituciones<sup>27</sup>, enlazándose no con una ideología comunista, sino con los hábitos dominantes en la China milenaria. El comunismo no es más que un formulismo que permite camuflar el verdadero estrato constitucional. Así, por ejemplo, la concentración en un órgano (Asamblea Nacional del Pueblo) de los medios para controlar el orden no es más

<sup>22</sup> El vice-decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tsinghua Dr. WANG ZHENMIN en su artículo *The Civil Tradition in China and Its Future Development* (se puede encontrar en *Legal Forum: The global network for Chinese and English Lawyers*); nos explica, sin embargo, que el método de compilación sistemática de leyes en China (codificación) fue adoptado primeramente -al modo europeo del siglo XIX - por el gobierno republicano y nacionalista del doctor Sun Yatsen (1867-1925, cantonés cristiano educado en Hawái) a principios de siglo XX. Esa codificación fue influenciada directamente por Japón (que tenía una codificación feudataria del liberalismo europeo alemán). Después de la revolución de Mao por influencia esta vez japonesa y soviética también se codificó.

<sup>23</sup> LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel, Barcelona, 1982, pág. 161.

<sup>24</sup> Ver BRAVO, BERNARDINO. *Régimen de gobierno y partidos políticos en Chile : 1924-1973*. Editorial Jurídica de Chile, 1978.

<sup>25</sup> LOEWENSTEIN, KARL. *Op. cit.*, págs. 211 y 212.

<sup>26</sup> Con la enmienda de 1993 se establece en el preámbulo que: “la tarea básica de la Nación es, de acuerdo a la teoría de construir un socialismo con características chinas, concentrar los esfuerzos en la modernización socialista. Bajo el liderazgo del partido comunista de China y la guía del marxismo-leninismo y el pensamiento de Mao Zedong, el pueblo chino de todas las nacionalidades continuarán adhiriendo a la dictadura democrática del pueblo...”.

<sup>27</sup> También ha sido recogido en los códigos. Por ejemplo, el Código Penal chino de 1980 en su capítulo I denominado “Guía Ideológica, Tareas y Campo de Aplicación del Código Penal” reafirma los postulados filosóficos y políticos que inspiran al Estado chino. Así el artículo 1º sostiene: “El Código Penal de la R.P.C. tiene como guía al marxismo-leninismo y el pensamiento de Mao Zedong... se formula de acuerdo con la política de... llevar a cabo la dictadura democrática popular”. Para un estudio del Código Penal chino, ver PUYANA, GUILLERMO. *Op. cit.*

que el reflejo de la institucionalidad -autoritaria- verdaderamente histórica. Aclaremos que para entender el concepto de dictadura democrática del pueblo -naturaleza jurídica del sistema político chino- es preciso entender que deriva de la etiqueta marxista: dictadura del proletariado. La palabra pueblo ha reemplazado a la palabra proletariado, pues después de 1949 aquella -pueblo- no incluía sólo a los últimos, también comprendía a la clase no proletaria que estaba a favor del nuevo gobierno socialista, mientras que excluía a los burócratas, imperialistas y otros opositores al socialismo. Hoy en día, por su parte, el pueblo incluye casi a todos los miembros del país porque las clases explotadoras en teoría han desaparecido como clases, pero todavía excluye a cualquier opositor al sistema político. De esta manera, se presupone que la democracia es del pueblo para el pueblo, y los opositores, como no son parte de éste, tienen derechos civiles limitados.

En China, en todo caso, la democracia no se entiende ligada a la libertad y representación de los ciudadanos. Si en Occidente entendemos la democracia como una forma de gobierno en que el poder soberano reside en el pueblo y es ejercido por la totalidad de ciudadanos libres directa o indirectamente a través de un sistema de representación<sup>28</sup>, China no sería para Occidente una democracia, pues si bien de los artículos 1, 2 y 3 de su Constitución de 1982 se desprende que entienden ciertamente por ella una forma de gobierno en que la soberanía reside en el pueblo y es ejercida directa o indirectamente por éste bajo un sistema de representación, es evidente que existe una dificultad insalvable que radica en lo que ilustráramos recientemente: que el pueblo no incluye necesariamente a todo el cuerpo de ciudadanos como en Occidente, y segundo, que el principio de libertad no tiene raigambre e importancia en la mentalidad china. Es por ello que su democracia tiende a parecerse anómala, por no decir enfermiza; sin embargo, este modelo es enteramente coherente con el trazado cultural de China que mostramos en nuestro trabajo.

Ahora bien, el sistema político chino sustituye el término “derechos humanos” por “derechos ciudadanos”. Esto se debe principalmente a que no admiten conceptos como “ley natural” o “derecho natural” que son idealmente superiores a las leyes positivas, y porque tampoco aceptan la noción de derechos fundamentales del liberalismo<sup>29</sup>, siendo consideradas por los chinos ambas construcciones netamente occidentales<sup>30</sup>. Aquello los lleva a desarrollar una noción propia de derechos civiles que derivan sólo de la constitución y otras leyes. Los derechos civiles, sin embargo, no restringirán el poder legislativo del gobierno como explicaremos a continuación, mientras que en los países liberales necesariamente lo hacen.

La Constitución de 1982 se encarga de consagrar un largo catálogo de derechos civiles, sin embargo el espectro concreto de esos derechos está determinado por la legislación. Esto se debe a dos razones centralmente. Primero a que la Constitución no establece concretamente la protección de cada derecho sino que dice “todo ciudadano goza de los derechos prescritos por la constitución y las leyes” (Artículo 33 N° 3), y segundo, a que sólo la Asamblea Nacional del Pueblo y su Comité Central tienen poder por sobre todos para interpretar la Constitución y, por lo tanto, determinar la inconstitucionalidad de las

<sup>28</sup> CAMPBELL BLACK, HENRY. *Law Dictionary*. West Publishing Co., 1991.

<sup>29</sup> Ver ALEXY, ROBERT. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

<sup>30</sup> Ver SHEN, BAOXIANG; WANG, CHENGQUAN y LI, ZERUI. *Derechos Humanos en la arena Internacional*. Revista China y el Mundo. Ediciones Beijing Informa, 1986, Tomo III, págs. 50-66

leyes (Artículos 62 N° 2 y 67 N° 1, 7 y 8). Si establecemos como referentes comparativos los principios que informan el constitucionalismo occidental, llegaremos a concluir, sin dudarlos dos veces, que el chino, es un constitucionalismo de fachada. El profesor Bernardino Bravo<sup>31</sup> denomina *Scheinkonstitutionalismus* al fenómeno, donde se produce una disociación entre el país legal y el país real. El caso de China tiene tintes propios, pues nos parece que se trata de un *Scheinkonstitutionalismus* mucho más radical y desmedido, pues la consolidación y legitimación del régimen, realmente no se ha hecho con la constitución. A diferencia de Occidente, el país legal es muchísimo más moldeable, siendo la constitución para ellos un mero papel que lo cierto es que es más importante por las cosas que omite que por las cosas que afirma.

#### IV. Reflexiones teóricas en torno a la universalidad de los derechos y la diversidad cultural

Que han existido y existen diversas culturas no es materia de discusión hoy en día<sup>32</sup>. La repercusión política de esta afirmación ha impregnado decisivamente el debate y la reflexión jurídico-constitucional y filosófica en torno a las pretensiones universales del modelo ético liberal-democrático del constitucionalismo clásico de Occidente (entendiendo por constitucionalismo clásico el que surge a partir de las revoluciones norteamericana y francesa).

La ley, como sabemos, no es independiente ni está separada de los fenómenos sociales; está entrelazada con el lenguaje, la filosofía, el conocimiento y muchos otros elementos que conforman lo que llamamos cultura. Al tiempo que existen variadas culturas, se entiende que la humanidad no practica toda la misma ley. La diversidad es entonces una característica de la realidad, por lo mismo, existe la contradicción y los conflictos interculturales.

El conflicto de la universalidad de los derechos humanos ha estado dado así, nos parece, por la tendencia que han tenido los Estados más poderosos de ampliar los espacios de su identidad. Esta ampliación "identitaria" (uniformidad y homogeneización cultural) va de la mano con la unificación global de las leyes, lo que es objetado por muchos países, especialmente los asiáticos, que son especialmente recalcitrantes frente a la pretensión universalista impulsada desde Occidente.

Como sostienen Urfan Khaliq y James Young<sup>33</sup>, el debate comienza con las respuestas que dan diversos sectores a la interrogante si existen valores fundamentales a los cuales todos los Estados del mundo debieran adherir, cualquiera sea su identidad cultural. Si no existen, no prosigue mucho más allá el debate. Y si, por el contrario, existen, se trata de determinar cuáles son esos valores.

---

<sup>31</sup> BRAVO, BERNARDINO. Entre Dos Constituciones, Histórica y Escrita. *Scheinkonstitutionalismus* en España, Portugal e Hispanoamérica. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Milán, N° 27, 1998.

<sup>32</sup> Especialmente desde que la tesis de Francis Fukuyama sobre el fin de la historia - en base a un supuesto triunfo definitivo del modelo capitalista liberal occidental a raíz de la caída de la Unión Soviética y la consecuente homogeneización cultural - fuese desacreditada con los acontecimientos del 11 de septiembre en los Estados Unidos de América, como ha argumentado Samuel Huntington entre otros.

<sup>33</sup> KHALIQ, URFAN y YOUNG, JAMES. *Cultural diversity, human rights and inconsistency in the English courts*. *Legal Studies*, Vol. 21, No.2, June 2001, págs. 192, 193 y 194.

Para propósitos de reproducir este debate, basamos la siguiente exposición fundamentalmente en las reflexiones hechas por Urfan Khaliq y James Young<sup>34</sup>, el profesor español Juan Antonio Martínez<sup>35</sup>, el también español, José Asensi<sup>36</sup> y el italiano Giovanni Sartori<sup>37</sup>.

Sin temor a dejar una fuera, pueden clasificarse las aproximaciones éticas a la diversidad cultural en tres categorías: la universalista, la relativista y la pluralista<sup>38</sup>.

Refiriéndonos primero a la aproximación universalista o monista que es la posición defendida con mayor fuerza en Occidente, se puede decir que está por establecer creencias morales únicas o valores aplicables apropiados para todos. Pueden identificarse con facilidad tres facciones del universalismo: las del Islamismo y del Cristianismo (al menos en sus formas fundamentales son universalistas) y la tradición del liberalismo occidental en su proyecto kantiano de entregar a las instituciones humanas una razón o verdad que tiene autoridad universal. En esta última línea han argumentado entre otros -con matices por supuesto- John Rawls<sup>39</sup>, Ronald Dworkin<sup>40</sup>, Steven Lukes<sup>41</sup>, Gregorio Peces-Barba<sup>42</sup>, entre otros. No nos queremos extender demasiado en este punto, sin embargo consideramos relevante para los propósitos que persigue la exposición, esbozar algunos rasgos de la propuesta iusracionalista, y a su vez destacar la crítica que ha surgido desde el mismo liberalismo (denominada genéricamente comunitarista) que recoge la importancia de la comunidad como factor de constitución de identidades.

John Rawls, en un enfoque hecho a partir de su *Teoría de la Justicia* (1971), y siguiendo a T.M. Scanlon<sup>43</sup>, ha manifestado la imposibilidad de introducir los derechos humanos a partir de una definición

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO. *Multiculturalismo y Estados Personales*. Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 2001, págs. 779-835.

<sup>36</sup> ASENSI, JOSÉ. *Cultura é Integración constitucional en Europa. La refundación de los derechos socio-culturales*. Revista Reflexión Política (enero-junio de 2001) Nº 3, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001.

<sup>37</sup> SARTORI, GIOVANNI. *La sociedad multicultural. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Traducción de Miguel Ángel Ruiz, Editorial Taurus, Madrid, 2001.

<sup>38</sup> Desde la introducción del principio de subsidiariedad con el *Tratado de Amsterdam, protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad*, se ha venido desarrollando una corriente argumentativa que expone las posibilidades de aplicar ese principio en el derecho internacional de los derechos humanos. Nuestra bibliografía sobre el enfoque es limitada. Puede verse CAROZZA, PAOLO. *Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law*. American Journal of International Law, January 2002, Vol. 97, No.1. Para una crítica a la promoción del concepto de subsidiariedad como principio constitucional ver RUIZ-TAGLE, PABLO. *Principios Constitucionales del Estado Empresario*. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Nº 62, 2000, págs. 54-57.

<sup>39</sup> Ver RAWLS, JOHN. *El Derecho de Gentes*. De los Derechos Humanos, las conferencias Oxford Amnesty de 1993. Editorial Trotta, 1998, Madrid, págs. 47-81.

<sup>40</sup> Véase DWORKIN, RONALD. *Taking Rights Seriously in Beijing*. The New York Review of Books, 26 de septiembre de 2002. El mismo. *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

<sup>41</sup> Ver LUKES, STEVEN. *Cinco Fábulas sobre los Derechos Humanos*. De los Derechos Humanos, las conferencias Oxford Amnesty de 1993. Editorial Trotta, Madrid, 1998, págs. 29-46.

<sup>42</sup> PECES-BARBA, GREGORIO y otros, *Curso de Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

<sup>43</sup> Citado por RAWLS, JOHN. *Op. cit.*, pág. 72.

de naturaleza humana<sup>44</sup>, por ello ha eludido dar cualquier definición de esta. Elaboró una teoría de los derechos “políticamente neutrales”, basados en una concepción de la justicia que se sostiene sobre conceptos como “buena fe”, “bien común” y el reemplazo del concepto de “ciudadanía” por el de miembros “activos y responsables de la sociedad”. Establece un “piso” mínimo de normas morales aplicables a cualquier conjunto de agentes racionales. La crítica comunitarista responde que el planteamiento rawlsiano no es satisfactorio pues los conceptos se originan en la comunidad, de tal forma que los derechos que se establezcan en la misma obedecerán necesariamente a los fines y valores de ella, por lo tanto, es un absurdo plantear un “piso” común de bienes. Por su lado, Dworkin, si bien también ha tratado, siguiendo a Rawls, de no dar una definición de naturaleza humana, entendiendo también las dificultades de tomar ese camino, fracasa rotundamente pues asume como natural el éxito que debe lograr el individuo en la materialización de su plan de vida, ello en base a su potencial; considera entonces que existe un potencial natural en el individuo para llevar a buen término su plan de vida con lo que contamina su diseño. Steven Lukes por su lado, se preocupa a partir de las tesis de los autores anteriores, de zanjar los argumentos que hacen a la tradición liberal la menos mala, sin embargo reconoce que existen grandes desavenencias en la misma respecto de cuáles son derechos fundamentales y la forma de protegerlos. Estos desacuerdos giran manifiestamente, a nuestro modo de ver, en torno a un *quid* común que es la concepción del yo. Si se levanta una postura en que el yo desestima un trasfondo institucional, social, lingüístico, etc. que lo conforma, se pasará innegablemente por un universalismo que desconoce criterios de validez y reprobación locales, viéndose esa postura, por lo tanto, resistida por aquellas posiciones liberales que estiman que el yo sí requiere de una vinculación con la comunidad para ser identificado, entre las cuales se encuentra la comunitarista<sup>45</sup>. Gregorio Peces-Barba, más cerca de una posición “naturalística” que los anteriores autores, ha planteado por su lado la universalidad de los derechos arrancando de la idea de dignidad humana, así sostiene: “... una afirmación sobre la universalidad se puede hacer desde la moralidad de los derechos, que es la idea de dignidad humana y de los grandes valores de libertad, de igualdad, de seguridad y de solidaridad, que en una forma u otra han estado siempre presentes en la historia de la cultura, aunque es *indudable* que las grandes formulaciones han aparecido principalmente, aunque no exclusivamente en la *cultura europea y occidental*”<sup>46</sup> (el énfasis es nuestro). Esta afirmación es considerablemente polémica, pues ni el concepto de dignidad humana, ni los así llamados grandes valores han sido considerados tales en China y en muchos otros países. La posición de Peces-Barba que además considera que esa moralidad se convierte en derecho tan sólo cuando se positiviza<sup>47</sup> no es de ayuda, pues en la práctica no existen derechos positivos que sean universales, esto se debe básicamente, como sostiene Francis Fukuyama<sup>48</sup>, a que no existen patrones universales de comportamiento político, por lo tanto, no puede

<sup>44</sup> Así afirma “esos derechos [humanos] no dependen de ninguna doctrina moral comprensiva o concepción filosófica de la naturaleza humana. Según la cual, por ejemplo, todos los seres humanos son personas morales y tienen igual dignidad u ostentan ciertos poderes morales e intelectuales particulares que los invisten de esos derechos. Esto requeriría una muy profunda teoría filosófica que muchas, si no todas, de las sociedades jerárquicas podrán rechazar como liberal o democrática o en alguna forma característica de la tradición política occidental y por tanto discriminatoria frente a otras culturas”. RAWLS, JOHN. *Op. cit.*, pág. 71.

<sup>45</sup> Ver BICK, MIMI. *El Debate entre Liberales y Comunitaristas*. Traducción de Malena Samaniego, Universidad Nacional Andrés Bello, 1995, pág. 58.

<sup>46</sup> PECES-BARBA, GREGORIO y otros. *Op. cit.*, pág. 311.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pág. 311.

<sup>48</sup> FUKUYAMA, FRANCIS. *El fin del hombre: consecuencias de la revolución biotecnológica*. Traducción Paco Reina. Editorial Barcelona, Santiago, 2002, pág. 188.

sostenerse que un procedimiento es válido y otro no en la medida que no se adopte primero una posición en que se reconozcan patrones trascendentales de lo que es bueno y lo que es malo, que sólo puede hacerse en definitiva desde el iusnaturalismo.

Por otro lado, la pretensión de universalidad de los derechos basados en la religión (o la naturaleza como se les disfrazan) no merece mayor análisis, pues no son reconocidos hoy en día como un factor que aglutine posiciones en pro de los derechos, sino todo lo contrario: las religiones impiden el consenso, en vista de que los principios de unas y otras no coinciden<sup>49</sup>.

Una segunda aproximación ética a la diversidad cultural es el relativismo que evita hacer comparaciones morales entre las culturas, oponiéndose de plano a los absolutos morales del universalismo. El relativismo cultural más extremo, que es aquel que afirma que la cultura es la mayor, sino la sola fuente de validez de las normas, generalmente se abraza y preconiza en los países que son ex colonias. Ello no tiene poca importancia histórica, pues en la memoria de éstas perdura la imagen de las potencias que abogaban rimbombantemente, casi, teatralmente por los “derechos humanos [en sus países de origen, pero] a la vez perpetraron la cruel opresión y saqueo abierto de vastas zonas coloniales, semicoloniales y dependientes de Asia, África y América Latina”<sup>50</sup> no concediendo voluntariamente derecho alguno a sus naturales. Todo ello no puede sino influenciar negativa y significativamente hasta hoy el afecto de estos países<sup>51</sup> hacia las potencias de Occidente. Desde este punto de vista, nos parece, a lo menos comprensible, que pongan en duda si acaso se tratará o no esta vez de una imposición ideológica de Occidente sin segundas intenciones.

Finalmente, una tercera aproximación ética a la diversidad cultural puede hacerse, como adelanté, desde el pluralismo. Este se contrapone al monismo o universalismo idealista y a cualquier teoría universal. Se enlaza con la tolerancia, respetando los valores ajenos (que es tolerancia), pero al mismo tiempo afirmando los valores propios (ambas conforman el pluralismo). Desde el enfoque pluralista como dice el profesor Martínez<sup>52</sup>, citando a Ferrajoli, se le da valor a todas las culturas y concepciones (tal vez podría sostenerse -de manera discutible en todo caso- que el pluralismo es una variante del relativismo, pues el relativismo, al rechazar la superioridad de una cultura sobre la otra, se inclinaría al pluralismo), pero se postula a la vez que dentro de un rango de bienes humanos muchos son inconciliables, de modo tal que se tendrá que elegir entre esos muchos bienes, sin que ello quiera decir que uno sea moralmente superior a otro<sup>53</sup>. A nuestro juicio esta es una aproximación seria al tema de la diversidad cultural y que permite vislumbrar una posibilidad más cierta de encontrar consensos en la delicada arena de los derechos fundamentales. Creemos que un enfoque pluralista-valorativo permitiría eventualmente fijar los límites de la tolerancia a través del diálogo y lograr el acuerdo político que fijara las reglas de coexistencia entre diversas culturas. Que se dé en definitiva un pluralismo cultural como forma de organización global y

<sup>49</sup> Este tema lo trató extensamente John Locke. Ver LOCKE, JOHN. *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Traducción de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990.

<sup>50</sup> SHEN, BAOXIANG; WANG, CHENGQUAN y LI, ZERUI. *Op. cit.*, pág. 55.

<sup>51</sup> Entre ellos figuran: Singapur, Malasia, Siria, Vietnam, Indonesia, los países africanos recientemente independizados, etc.

<sup>52</sup> MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO. *Op. cit.*

<sup>53</sup> Véase ORELLANA, MIGUEL. *Pluralismo: una Ética del siglo XXI*. Editorial Universidad de Santiago, 1996.

que se posibilite el reconocimiento del multiculturalismo. El pluralismo parece tener una textura abierta para el debate que exilia de alguna forma los fundamentalismos -tanto universalistas como relativistas-dañinos para el consenso. Nos parece que esa cualidad -la textura abierta- debiera ser considerada una fortaleza y no una debilidad de esta aproximación ética a la diversidad cultural. China parece estar realizando esfuerzos en este sentido. Trataremos el tema en el siguiente numeral.

## V. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en China.

Como hemos señalado en nuestra exposición, los chinos han antepuesto los derechos colectivos por sobre los individuales históricamente, y eso se ha reflejado también, como examinaremos, en su diálogo inter-naciones.

China fue admitido como miembro de las Naciones Unidas en 1971<sup>54</sup>, pasando a ser teóricamente desde ese año parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, no mostró interés en las actividades internacionales sobre derechos humanos hasta 1979, cuando comenzó a asistir a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en calidad de observador. En 1982, fue elegido formalmente miembro de la comisión y participa en ella hasta el día de hoy, donde ha promovido el derecho al desarrollo de los pueblos del tercer mundo.

Con la política de apertura al exterior impulsada por Deng Xiaoping en 1979<sup>55</sup>, que reconocía que la economía china sólo podía progresar con la incorporación de capital y tecnología del extranjero, se ha ganado para el pueblo chino un bienestar económico que era inimaginable en la década de los 50'<sup>56</sup>; que perdura hasta el día de hoy, y parece seguirá extendiéndose en el transcurso de este siglo<sup>57</sup>. Con esta política económica se ha afirmado entonces la voluntad del gobierno chino por estrechar los lazos y fijar una coexistencia respetuosa con los países occidentales. A su vez, esta voluntad se ha visto reafirmada en la segunda mitad de la década de los 90' con la firma el 27 de octubre de 1997 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el 5 de octubre de 1998 con la firma del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si bien, no fueron aprobados por la Asamblea Nacional del Pueblo, las firmas representan esta vez con más fuerza la aceptación de China al diálogo sobre temas de derechos humanos y su voluntad de lograr acuerdos políticos que permitan la coexistencia con Occidente.

China ha argumentado desde 1991 que un país en vías de desarrollo requiere tiempo para la plena materialización de los derechos<sup>58</sup>, pues éstos sólo pueden consolidarse cuando existe un progreso técnico

<sup>54</sup> Unos meses antes, el 15 de diciembre de 1970, Chile estableció relaciones diplomáticas con la R.P.C., convirtiéndose así en el primer país de América del Sur en reconocer al gobierno de dicho país.

<sup>55</sup> Ver DENG, XIAOPING. *Construir un Socialismo con Peculiaridades Chinas*. Traducción al español hecha por el Buró Adjunto al Comité Central del Partido Comunista de China para la compilación y traducción de las obras de Marx, Lenin y Stalin. Ediciones en Lenguas Extranjeras, Beijing, 1985.

<sup>56</sup> Pueden consultarse RICHARDSON, PHILIP. *Economic Change in China; c.1800-1950*. Cambridge University Press, 1999. También LARDY, NICHOLAS R. *Foreign Trade and Economic Reform in China, 1978-1990*. Cambridge University Press, 1991. También KLEINBERG, ROBERT. *China's "Opening" to the Outside World: The Experiment with Foreign Capitalism*. Westview, 1990.

<sup>57</sup> Véase *China puede ser el socio comercial N° 3 de Chile*. El Mercurio. Cuerpo B, B1, lunes 14 de julio de 2003. Se reporta un crecimiento de 7% del PIB en China los últimos cuatro años. Considera así al mercado de ese país el más "interesante del siglo XXI".

<sup>58</sup> Ver *Los Derechos Humanos en China*. Oficina de Información del Consejo de Estado de la República Popular China. noviembre de 1991, Beijing, China (éste es el mundialmente famoso documento blanco).

que los sustente. En esta dirección apuntan otros diez documentos emitidos por el gobierno chino en materia de derechos humanos<sup>59</sup>, que por lo demás se ajustan perfectamente con el artículo 2º N°1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece que los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser realizados sino progresivamente<sup>60</sup>.

Para lograr este progreso técnico, como señalamos anteriormente, China ha comprendido la importancia del intercambio comercial con el exterior y ha desarrollado una legislación comercial que les permite relacionarse con los extranjeros. Esto último concuerda por lo demás, con la mentalidad pragmática tradicional china frente a la ley<sup>61</sup> de no tenerla como una especialidad independiente -así como en Occidente-, sino como un instrumento para la administración en general. Es sólo a partir de mediados de la década del 80' que han aprendido en rigor que el comercio se sustenta sobre reglas claras. Philip Richardson<sup>62</sup> anota que el problema del retardo en el proceso de industrialización de China se debió a que jamás dieron importancia a los contratos, a la empresa privada (no había ninguna noción de personalidad jurídica), tampoco a la propiedad intelectual, entre otras materias poderosamente impulsadas en nuestra región, feudatarias del derecho común y más tarde también del liberalismo norteamericano y europeo. Recordemos que China inventó la pólvora, la imprenta, la brújula, el papel; pero no implementó políticas de intercambio que favorecieran el desarrollo económico en base a ellos. Los negocios eran básicamente gobernados por las relaciones personales de amistad y parentesco, siendo reacios además mucho tiempo a relacionarse con los extranjeros, pues la experiencia con éstos era de ciento cincuenta años de tratados desfavorables e invasiones<sup>63</sup>.

China es, por lo tanto, un país aún en vías de desarrollo, que tiene poco más de veinte años de haber abierto sus puertas al exterior. En vista de ello, la materialización total de los derechos económicos, sociales y culturales, que son los valores que consideran fundamentales, y los que permiten en todo caso que el debate intercultural entre Occidente y China tenga un sentido y exista, requiere tiempo.

Por otro lado, la introducción de los derechos humanos (individuales) en China, así como los entendemos en Occidente, ya sea desde una perspectiva iusnaturalista o desde una perspectiva liberal kantiana, es una tarea que se vislumbra mucho más difícil, casi imposible diríamos nosotros, si se consideran los supuestos esenciales que conforman la mentalidad china y que han estado arraigados por milenios como hemos tratado de informar a lo largo de este trabajo. Algunos estudiosos encabezados por el profesor estadounidense Michael Santoro<sup>64</sup>, sin embargo, han argumentado provocativamente que el capitalismo

<sup>59</sup> Entre ellos se encuentran: en 1992, Tibet: Su dominio y su situación sobre los derechos humanos; en 1994, La Situación de la Mujer en China; en 1995, La Planificación de la Familia en China; en 1995, El Progreso de los Derechos Humanos en China; en 1996, La Situación de los niños en China; en 1997, La libertad de Cultos en China; en 1998, Nuevos Progresos de los Derechos Humanos en la Región Autónoma del Tibet y en 2000, Cincuenta años de Progreso de los Derechos Humanos en China.

<sup>60</sup> Para una explicación de este punto puede verse CANÇADO, ANTONIO AUGUSTO. *La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Estudios Básicos de Derechos Humanos tomo I. Publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994, págs. 39-62.

<sup>61</sup> Ver YU, XINGZHONG. *Legal Pragmatism in People's Republic of China*. Journal of Chinese Law, N° 29, 1989.

<sup>62</sup> RICHARDSON, PHILIP. *Op. cit.*

<sup>63</sup> Ver LEE, ROBERT. *France and the Exploitation of China, 1885-1901: A Study in Economic Imperialism*. Oxford University Press, 1989. También DARBY, PHILLIP. *Three faces of Imperialism: British and American Approaches to Asia and Africa, 1870-1970*. Yale University Press, 1987.

<sup>64</sup> SANTORO, MICHAEL. *Profits and Principles: Global Capitalism and Human Rights in China*. Cornell University Press, 2000.

en el siglo XXI será la mejor herramienta para introducir los derechos humanos en China; pues a través del comercio y la inversión, las empresas extranjeras que se instalaran en China crearían una “meritocracia” que en definitiva haría que los ciudadanos chinos cambiaran sus intereses y relegaran sus raíces culturales. Es una idea interesante, pero la práctica de los chinos radicados en países capitalistas desde temprano parece insinuarnos que los acontecimientos no van a darse así como sostiene el profesor Santoro; pues aquellos grupos en el extranjero lo que han hecho es reproducir sus modos de vida en China, creando para esto ciudades enteras que satisfacen en todo sentido el contexto cultural del cual provienen.

Los únicos derechos que nos parecen llevaderos a la práctica son los económicos, sociales y culturales, es decir, de prestación, pues no se desavienen con los métodos y usanzas tradicionales de la cultura china, sino que son valores fundamentales que requieren la actividad y compromiso del Estado, en contraposición a los derechos tradicionales que señalan al Estado como un enemigo.

Siguiendo nuestro argumento, la posición moral de China frente a la diversidad cultural parece ser un pluralismo-valorativo que quiere y puede tratar como valores la concepción de algunos derechos occidentales, y que necesita a su vez vivir como valores su propia concepción de derechos<sup>65</sup>. El problema estará en dilucidar qué tan recíproca y consentida podrá a llegar a ser esta posición moral en Occidente.

## VI. Algunas consideraciones finales.

Hemos repasado he intentado hacer comprensiva la posición que China adopta frente a los derechos humanos en base a las evidencias histórico-filosóficas que modelan una base de pensamiento que tiene autoridad milenaria. Como nos señala Christina Cerna, a diferencia de las antiguas culturas nativas de África y de América Latina que fueron destruidas casi por completo por los europeos, China mantiene un vínculo directo e imperecedero con la cultura y tradición de sus antepasados. Los caracteres con que hoy escriben se trazaron hace miles de años, pero se han usado de forma continua. Es por este patrimonio cultural tan antiguo, la enorme población y su prosperidad económica reciente, que China siente la confianza de cuestionar los derechos humanos como una imposición ideológica de Occidente<sup>66</sup>, además, se consideran reafirmados en su postura por el espectáculo confuso que destapamos. Recordemos que recientemente se han librado guerras en nombre de los derechos humanos, existe un espíritu litigioso que promueve el conflicto en lugar de la armonía en Occidente, todo en base a un individualismo exacerbado que trabaja en contra de los valores familiares, colectivos. No hemos podido además controlar la brecha entre ricos y pobres; tenemos tasas de crímenes inaceptables para Oriente, el monopolio de las elecciones por aquellos que pueden costearlas y la escandalosa postergación social de las minorías<sup>67</sup>.

Por todo ello, parece correcto sostener que China no patrocina la versión más radical del relativismo cultural, es decir, la cultura como fuente de validez única de su derecho, sino la experiencia de otros - nosotros los occidentales- para reivindicar y afirmar lo suyo; y esto es, como argumentamos en nuestro trabajo, una forma de pluralismo, como también lo es el avance positivo y progresivo en lo referente a los derechos económicos, sociales y culturales.

<sup>65</sup> He tomado la idea de pluralismo en ORELLANA, MIGUEL. *Op. cit.*

<sup>66</sup> CERNA, CHRISTINA C. “La Universalidad de los Derechos Humanos y la Diversidad Cultural: la Realización de los Derechos Humanos en diferentes contextos socio-culturales”. *Estudios Básicos de Derechos Humanos* tomo II. Publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, pág. 381.

<sup>67</sup> CHING, JULIA. *Human Rights, a valid Chinese concept?* En *Confucianism and Human Rights*, Editado por Wm. Theodore de Bary y Tu Weiming, Columbia University Press, New York, 1998, págs. 67 - 82.

Consideramos también que un universalismo radical, como el que se pregona de manera casi delirante en Occidente, es ingenuo e irreflexivo, desde una doble perspectiva. Primero porque sostener que la cultura es completamente irrelevante para juzgar la validez del derecho no tiene asidero en nuestra propia cultura legal y tampoco en tradición alguna que quiera denominarse tal. Ningún jurista occidental podrá ignorar que existen manifiestamente diversas tradiciones jurídicas en nuestra propia región, y tampoco podrá negar que dichos sistemas legales discordantes, tributan de hábitos, costumbres y prácticas sociales también discordantes que informan la ley de cierto lugar y señalan la manera en que será aplicada e interpretada allí. Aquello se verifica porque la tradición legal es una construcción necesariamente cultural. Sin embargo, si se habla de la tradición jurídica Occidental, y de la formulación de los derechos humanos o fundamentales en su marco, debemos entender que el consenso en torno a ellos es posible y razonablemente espontáneo porque las tradiciones occidentales son feudatarias del derecho común europeo, es decir, tienen una raíz compartida que nace con el pensamiento helénico y pasa por el Derecho romano y el canónico<sup>68</sup>. Agreguemos una segunda perspectiva que permite ilustrar la insensatez de la academia occidental frente al conflicto de la diversidad cultural. Es casi pacífico sostener que domina hoy en los sistemas occidentales a partir de las construcciones dogmáticas de Hans Kelsen, una perspectiva positivista o formalista que presenta al derecho como un cuerpo coherente y sistematizado de leyes, que se construye e interpreta en base a principios, conformando así un sistema lógico de razonamiento y argumentación jurídicos. Pues bien, dichos principios o conceptos (por ejemplo, la autonomía de la voluntad, la buena fe) al ser trasladados de un sistema legal a otro, operarán de acuerdo a cómo son entendidos en cada cultura legal (en China recordemos que hemos ilustrado que el mismo lenguaje impide expresarse en términos individualistas y que lo que se considera bueno depende de una tradición filosófica específica contrapuesta a la práctica dominante hoy en día en Occidente).

Tomamos en cuenta todo ello, y así podemos señalar que si bien la globalización podría estar acercando a China según algunos, nos parece que en el largo plazo los derechos humanos no podrán ser introducidos, al menos en la forma en que Occidente espera y quisiera. Y en el caso, extremadamente poco probable, de que puedan alojarse, tendrán aquellos indudablemente peculiaridades chinas, básicamente por la envergadura que ha ido adquiriendo el aparato gubernativo, lo que es inconciliable como se nos enseña, con el fortalecimiento de las libertades individuales. El aparato gubernativo chino se ha transformado en un verdadero Leviatán a partir del espíritu confuciano tradicional y las demandas del individuo por la subsistencia nacional, devorando los derechos que en Occidente son considerados indispensables, indivisibles e inalienables; la dificultad está en que en China no son considerados tales, razón principal que continúe impidiéndose que se dé una configuración de derechos como la que tenemos en Occidente. Creemos que la introducción de los derechos humanos en China pasa inevitablemente por saber si este Leviatán es lo suficientemente grande para manejar la industrialización creciente en un país de mil trescientos millones de habitantes, y a su vez ser capaz de prolongar una conducta moral que lo legitime ante su pueblo, pues, a diferencia del Leviatán de Hobbes, sobre el Leviatán chino se despliega incesantemente el fantasma del derecho de rebelión confuciano.

<sup>68</sup> MERRYMAN, JOHN HENRY. *Op. cit.*