

Prolegómenos al estudio del Derecho penal en China Imperial

Dr. ISRAEL DRAPKIN S.

Profesor Emérito de Criminología de la Universidad Hebrea de Jerusalén

SUMARIO: Origen secular de las normas legales en China antigua. Relaciones entre «ley» y «magia». Características de la legislación penal en China Imperial. Los primeros «códigos» chinos. El trascendental debate entre «confucionistas» y «legalistas». La «confucionización» de la ley. Los cuatro principios fundamentales de los «códigos» imperiales. Otras peculiaridades extraordinarias de los mismos «códigos». Conclusiones.

ORIGEN SECULAR DE LAS NORMAS LEGALES EN CHINA ANTIGUA

En la historia de la Humanidad y de los numerosos tipos de cultura que existieron por doquier, se encuentra siempre una etapa de los orígenes del derecho en que la norma legal no se distingue de los preceptos divinos o religiosos. Períodos con estas características se constatan en los «códigos» (1) más antiguos, como aquellos de los sumerios, el de Hamurabi o de Manú, las leyes de Moisés o los demás de la antigua civilización occidental (2). Todas las primitivas leyes escritas reconocieron su origen divino en forma explícita y perentoria. La única excepción conocida es, muy probablemente, la que se encuentra en el Derecho de China milenaria. En efecto, esa relación tal vez nunca existió. En caso contrario, debe remontarse a la época prehis-

(1) Si por «código» debemos entender un cuerpo de leyes dispuesto según un plan metódico y sistemático, no cabe duda alguna que todos los «códigos» primitivos no son tal. Se usa la expresión para facilitar la redacción y comprensión del texto.

(2) Para análisis más detallado de este tema, ver el trabajo del mismo autor. «Los "Códigos" Pre-Hamurábicos», en el «Anuario del Derecho Penal y Ciencias penales», 1982, págs. 325-346.

tórica, por cuanto en los documentos existentes no se encuentra alusión alguna a conexión de este tipo. Nadie, en momento alguno, ha podido demostrar, ni siquiera insinuar, que la ley escrita china, incluso la mejor, pudo haber tenido origen divino. Los antiguos chinos jamás creyeron que las leyes les fueron otorgadas por la gracia divina o que la administración de justicia dependía, en cierta medida, del poder de la magia o de la religión. Ninguna de las antiguas leyes chinas conocidas incluye la maldición como una sanción o pena, como sucede en cierta legislación de Egipto faraónico e, incluso, en las Doce Tablas de Roma. Tampoco se estimaba —como en muchas otras sociedades primitivas— que los administradores de justicia eran hombres que poseían poderes sobrenaturales de tipo mágico. Las sanciones legales de toda la legislación china de tiempos históricos (3) fueron siempre independientes de las penas religiosas o rituales.

RELACIONES ENTRE «LEY» Y «MAGIA»

A pesar de lo aseverado, es posible constatar una «relación funcional» entre la ley, por una parte, y las prácticas mágicas y religiosas por la otra. Así, por ejemplo, se creía que los dioses premiaban al honesto e inocente y castigaban al perverso y culpable. El «crimen» y el «pecado» no estaban aún nítidamente diferenciados y sólo los dioses sabían distinguir entre lo «bueno» y lo «malo». Cuando los hombres eran incapaces de discernir entre uno y otro, se dejaba la decisión en manos de los dioses. Para ello, las antiguas prácticas chinas recurrían a las ordalías. En este aspecto, tanto las leyes de Hamurabi, como las de los hebreos y de los griegos, también se valían de distintos tipos de ordalías, para tratar de lograr los mismos resultados. Y no hay que olvidar que en Europa se aplicaba este mismo sistema incluso durante la Edad Media. Lo importante es el hecho que, hasta este momento, no existen pruebas documentales para demostrar que las ordalías fueron, alguna vez, un procedimiento legal o formal en la China milenaria. Por cierto que, cuando se podía identificar al autor de una infracción por medios racionales, la ordalía era prácticamente innecesaria, pero en los tiempos de las dinastías imperiales de *Ch'in* (221-207 a. d. C.) y de *Han* (206 a. d. C. —219 d. d. C.) se recurría con más frecuencia a la tortura que a las ordalías para obtener confesiones. En general, las ordalías se mencionan raramente y lo que se pretendía de las fuerzas supernaturales era tan sólo la ayuda para identificar a los culpables, por cuanto las conductas anti-sociales y sus castigos eran siempre de tipo secular y legal, sin involucrar jamás implicaciones u obligaciones religiosas. Por otra parte, las recompensas y los castigos de tipo super-

(3) Este trabajo excluye el Código Penal de la República Popular China, cuyo texto fue aprobado el 10 de julio de 1979, durante la segunda sesión de la Quinta Asamblea Nacional Popular, y que entró en vigor el 10 de enero de 1980.

natural estaban ligados también, en cierto modo, con la administración de justicia. Como es inevitable que en ella se produzcan ciertas injusticias, las quejas y los llantos de quienes las sufrían llegaban al cielo y despertaban la simpatía o el enojo de los dioses, quienes determinaban las buenas cosechas o las calamidades que sufría la población. En presencia de algunas de estas últimas —sequías, inundaciones, terremotos, etc.— los soberanos y los funcionarios las atribuían a alguna injusticia cometida por los magistrados. Para animarlas y hacerlas desaparecer, se promulgaban edictos determinando un nuevo estudio de todos los casos dudosos. No sólo se resolvían favorablemente algunos de estos, sino que también se dictaban amnistías generales, todo con miras a lograr el apaciguamiento de la ira divina.

En la antigua China, primavera y verano eran considerados como períodos de crecimiento y maduración, mientras que el otoño y el invierno eran etapas de destrucción y ocultamiento. De acuerdo en el «weltanschauung» chino, esto se estimaba como un principio inmutable del orden natural que regía el universo. Y como los circuitos humano y universal eran coincidentes, las penas de muerte se ejecutaban en otoño-invierno, con excepción de los casos relacionados con rebeliones en contra del emperador o cuando algún esclavo asesinaba a su patrón. En estas circunstancias la pena se ejecutaba de inmediato.

Por último, vale la pena mencionar las relaciones que existían entre magia y las prácticas penales en las sociedades primitivas, China incluida. En ellas, la magia servía de expediente para imponer las costumbres y los preceptos vigentes. Estos se respetaban no tanto por su valor intrínseco, como por temor a los castigos supernaturales que su violación podría involucrar. Con relativa frecuencia, la maldición era un procedimiento popular para evitar las conductas antisociales. Sin recurrir a los procedimientos mágicos, muchos jefes eran impotentes para hacer respetar las prácticas establecidas y así mantener el orden social. Desde otro punto de vista, la magia también se utilizaba para causar daños o desgracias a terceros, motivo por el cual su uso era considerado, por lo general, como un «delito» en contra de la seguridad pública. Brujos y hechiceros eran condenados a muerte, práctica que aún estaba vigente en Europa a comienzos del siglo XVIII (4). En China existía la convicción que la brujería, el «ku» (5) y las maldiciones podían causar enfermedades y también la muerte. En todas las antiguas dinastías chinas, la magia negra, el uso de imágenes, escritos misteriosos o imprecaciones con la intención de causar daño a terceros, eran severamente castigados. Magos y brujas eran, generalmente, quemados vivos (6).

(4) En Inglaterra, por ejemplo, esta pena fue abolida tan sólo en 1736.

(5) El «ku» era una mezcla de insectos venenosos, preparados con técnicas mágicas especiales, usada frecuentemente en ritos de magia negra.

(6) La literatura sobre este tema en idioma chino es impresionante. Obras publicadas en otros idiomas son menos abundantes. Bastaría con citar unas

CARACTERISTICAS DE LA LEGISLACION PENAL EN CHINA IMPERIAL

Todas estas prácticas de magia, brujería y hechicería, de influencias supernaturales y de «ku», no impiden insistir en el hecho fundamental que el origen de la legislación penal en China fue esencialmente secular, sin alusión alguna a inspiración o dictado divinos. En este sentido, la legislación china se distingue nítidamente de todas las primitivas legislaciones de Occidente.

Otra característica de la misma legislación consiste en ser totalmente autóctona, indígena, habiendo evolucionado independientemente de las tradiciones legales de Mesopotamia, como se indicará oportunamente.

Hay todavía una tercera idiosincrasia de la legislación china de antaño, que la distingue de todas aquéllas de Occidente. Estas últimas tuvieron siempre cierta relación con el desarrollo económico, el prematuro reconocimiento de la propiedad privada y con los derechos del individuo en relación a la sociedad a que pertenecía. En China, el estímulo legislativo inicial no fue ni religioso ni económico. Ciertamente que el crecimiento económico jugó un rol importante en la transformación de la China «feudal» y exigió el establecimiento de leyes escritas. Cuando éstas aparecieron, no tuvieron la intención de defender los valores religiosos tradicionales o de proteger la propiedad privada. Su propósito fue, básicamente, el de imponer rigurosos controles políticos sobre una sociedad que se podría llamar «anómica», pues comenzaba a perder sus viejos valores culturales, mientras que los nuevos no habían aparecido todavía.

Desde otro punto de vista, la antigua legislación china es importante para medir y apreciar su peculiar formación, especialmente en comparación con lo que sucedía por la misma época en Occidente, sobre todo si se toman en cuenta las fundamentales diferencias sociales y culturales entre ambas civilizaciones. Bastaría con mencionar la función tan específica que desempeñaban en el control social en China antigua una serie de organismos extralegales, como el clan, la corporación gremial y el consejo de ancianos, los cuales, si ya existían en Occidente, tenían una función muy diferente, considerados en el mismo nivel histórico.

pocas publicadas en inglés. Entre ellas se destacan las siguientes: T'UNG-TSU CH'U, «Law and Society in Traditional China», Taipei, Taiwan. Rainbow-Bridge Book Co., 1961 (Reimpresión de 1965); WOLFRAM EBERHARD, «A History of China», University of California Press, Cuarta edición, 1977 (Publicada originalmente en Suiza en 1948, con el título «Chinas Geschichte») y MARCEL GRANET, «Chinese Civilization. A Political, Social and Religious History of Ancient China», traducido del francés por Kathleen E. Innes y Mabel R. Brailsford, New York, 1964 (Cuarta Impresión).

LOS PRIMEROS «CODIGOS» CHINOS

El primer «código» chino cuyo texto se ha conservado, es el de la dinastía *T'ang* —que se mantuvo en el poder entre los años 618 y 906 d. d. C.— del año 653, que consta de 501 artículos. Los «códigos» anteriores a esa fecha, no se han encontrado hasta ahora y se sabe de su existencia tan sólo por algunas referencias, más o menos extensas, que aparecen en obras posteriores. De estos «códigos» cuyo texto se desconoce, el más conocido es probablemente el dictado por la dinastía imperial de HAN, la primera que se mantuvo por largo tiempo, algo más de cinco siglos. El «código» HAN, así como sus normas de procedimiento judicial, habrían sido promulgados en el tercer siglo a. d. C. Se presume que estarían basados en textos aún más antiguos, leyes que habrían estado en vigor durante los tres siglos anteriores. Al margen de estos «códigos» existen extensas colecciones de casos presentados y decididos por los tribunales de aquella época. Casi todos estos casos eran resueltos con gran énfasis en el aspecto penal, mientras que los de materia civil recibían un tratamiento superficial o eran ignorados del todo.

Los primeros «códigos» chinos eran, básicamente, una sistematización jurídica de las normas éticas prevalecientes en la sociedad china desde tiempos inmemoriales. Los chinos carecían de una orientación legal precisa —tal como sucedía, en la misma época, con varios pueblos de Occidente— a pesar que produjeron un cuerpo impresionante de leyes codificadas. Por lo general se recurría a los «códigos» y a las leyes muy de tarde en tarde y, casi siempre, después que las medidas de control menos punitivas habían fracasado. Las leyes se ocupaban principalmente de actos impropios o inconvenientes en materia de ritual o de ética, pero también de los casos de violencia criminal, todos considerados como serias alteraciones del orden social establecido. En presencia de este tipo de anomalías, era indispensable imponer el castigo adecuado al infractor, para así restaurar la armonía social e imponer al malhechor la necesaria retribución. Como ya se ha indicado, en el pensamiento chino, un trastorno del orden social involucraba, en realidad, una violación de orden cósmico en su totalidad. Se estimaba, en efecto, que las esferas de acción del hombre y de la naturaleza en que éste vive están tan íntimamente entretnejidas que forman una continuidad ininterrumpida.

Con anterioridad a la dinastía HAN y la de sus breves antecesores (7) no existió en realidad un imperio chino centralizado, sino que una cantidad de principados independientes, cuya función principal parece haber sido la de guerrear entre ellos mismos. Es durante esta época pre-imperial, que se extiende más o menos entre los años 480 y 222 a. d. C. —con frecuencia conocida como «China Feudal» por

(7) La dinastía CHIN ejerció el poder tan solo entre los años 221 y 207 a. d. C.

ciertas semejanzas con la Europa medieval (8)— donde se encuentran los comienzos formativos de la ley escrita en China. La más antigua de las referencias conocidas de estas primitivas leyes escritas, alude a la promulgación, en el año 536 a. d. C., de cierto «libro de castigos», precisamente en uno de aquellos principados combatientes.

«Fa» es la voz china que habitualmente expresa el derecho escrito o positivo. Significa modelo, norma o pauta impuesta por la autoridad superior y a la cual los individuos deben adaptarse. «Hsing» significa «castigo», pero más específicamente «castigo corporal». «Wu Hsing», que significa «cinco castigos» (9), estaban vigentes en China mucho antes de la promulgación de todo sistema de ley escrita. Cuando apareció esta última, los «Hsing» incluían también las prohibiciones escritas, cuyas violaciones implicarían la aplicación de estos mismos castigos.

Los «códigos» chinos prefieren explicar los actos humanos en términos racionales y no como fenómenos relacionados, en alguna forma, como elementos supernaturales. Como se mencionó previamente, la concepción general de la ley china es secular y, tal vez, esa es la razón por la cual, cuando recién aparecieron, fueron recibidas con franca hostilidad. Un mito —que data de alrededor del año 950 a. d. C.— atribuye la invención de «Fa» no a un rey, ni siquiera a otro chino, sino que a un pueblo «bárbaro» (10), llamado los «Miao» (11). Si-

(8) La dinastía CHOU, que reinó aproximadamente entre 1122 y 222 a. d. C., ejercía su autoridad, en aquella época tan remota, bajo un sistema político que ha sido frecuentemente comparado con el feudalismo europeo. En el vértice de la pirámide del poder estaban los reyes CHOU, con la soberanía sobre todo el mundo chino de aquel entonces. Bajo ellos estaban los Señores Vasallos, que controlaban, a manera de feudo de los reyes CHOU, una multitud de pequeños principados, subdivididos en «Estados», cada uno de los cuales era controlado y administrado por los Señores subordinados y otros funcionarios que ellos mismos designaban. El último estrato social estaba constituido por los labriegos y los siervos, hereditariamente asignados a los respectivos «Estados». Posteriormente los príncipes se independizaron de los reyes y encabezaron «Estados» soberanos. Alrededor del siglo VI a. d. C., una combinación de factores políticos, económicos, sociales y tecnológicos llevó a la rápida disolución del orden existente. El incremento de la población, el desarrollo del comercio, las nuevas técnicas agrícolas, el comienzo de una economía basada en dinero y no en trueque, las transacciones en terrenos agrícolas, con la parcial liberación de los siervos, la complejidad administrativa cada vez mayor en los «Estados», así como la aparición de diferentes escuelas políticas y filosóficas, fueron los fenómenos de mayor trascendencia. El belicismo terminó cuando el «Estado» de CHIN conquistó a todos los demás y estableció, en el año 221 a. d. C., el primer imperio centralizado de la historia china.

(9) Estos variaban de un «Estado» a otro y también por la acción del tiempo y las costumbres, pero, en general, se puede afirmar que fueron los siguientes: *tatuar*, es decir, poner una marca en la frente o en la cara; la *amputación de la nariz*; la *amputación de uno o ambos pies*; *castración*; y *muerte*.

(10) En China como en Occidente se designaba con el nombre de «bárbaro» a todo aquel que era diferente o extraño y que no formaba parte integrante del mismo grupo étnico.

(11) Se cree que los «Miao» florecieron durante el reinado del legendario

glos después, cuando la necesidad de la ley escrita se hizo más prevalente, aparecieron algunas explicaciones «sociológicas» para interpretar su origen (12). El pensamiento chino atribuye la creación de su civilización a sus antiguos sabios, pero jamás sugirieron que éstos fueron inspirados por la revelación divina.

En estas circunstancias aparecen los primeros «códigos» de la ley escrita hacia fines del siglo VI a. d. C. El más antiguo y cuya existencia es más digna de confianza, es el «libro de castigos» («Hsing Shu»), que *Tzun-Ch'an*, primer ministro del «Estado» de Cheng, ordenó inscribir en varios vasos de bronce, en forma de trípodes, en el año 536 a. d. C. Varios otros «Estados» procedieron en forma similar en el año 513 (en el «Estado» de Chin), 501 a. d. C. y aún más tarde. Si bien los textos de estos «códigos» no han sido encontrados todavía, hay constancia que su «promulgación» causó viva oposición, basada en los peligros morales y aún políticos que podrían derivar de la publicación de estas normas legales. No se conoce situación semejante a ésta en ninguna otra de las antiguas civilizaciones.

EL TRASCENDENTAL DEBATE ENTRE «CONFUCIONISTAS» Y «LEGALISTAS»

Los «confucionistas» (13) eran fieles defensores de la tradicional escala «feudal» de valores. Desde un comienzo se opusieron vivamente

sabio SHUN, alrededor del siglo XXIII a. d. C. Se les considera como un pueblo que carecía de la inclinación al cultivo espiritual, pero que controlaban la conducta individual y colectiva mediante castigos (Hsing). Fueron ellos los que habría creado los cinco severos castigos (Wu Hsing), que ellos llamaban «ley» (Fa). Por eso SHANG TI, el dios supremo de los antiguos chinos, tuvo piedad de los inocentes y exterminó a los Miao, en forma tal, que no dejaron descendencia alguna. Esta leyenda refleja la mentalidad predominante durante los siglos VI y V a. d. C., cuando la ley escrita era observada con mucho recelo.

(12) Cuenta la leyenda que, en aquella época, cuando la población había aumentado y la maldad y la depravación había aparecido en ella, los sabios tuvieron que establecer las leyes escritas («Fa»), para prevenir el desarrollo de estas tendencias negativas. La ley tiene su origen y se basa en la justicia social que se adapta a la mayoría, de acuerdo con la mentalidad de los hombres. Esta es la esencia de un buen gobierno. La ley no es algo que viene del cielo, ni es tampoco algo creado por la tierra. Brota de los mismos hombres. Los sabios, iluminados e inteligentes por naturaleza, supieron penetrar los secretos del cielo y de la tierra. Fueron ellos los que configuraron las reglas de la conducta correcta, quienes impartieron las enseñanzas e impusieron las leyes, instituyendo los correspondientes castigos, actuando siempre de acuerdo con los sentimientos del pueblo, modelándolas a las necesidades terrenas.

(13) Confucio (Kong-Fu-Tse) fue un filósofo y maestro chino del siglo V a. d. C. Nació en Tseu, pequeña aldea del principado de Lu, en el noroeste de China, en 551 y murió en 479 a. d. C. Propagó la devoción a los padres, a la familia y a los amigos, el culto de los antepasados y la mantención de la paz y de la justicia. Sus doctrinas fueron aceptadas por los emperadores HAN y sobrevivieron hasta 1911, cuando la dinastía CHING fue derrocada.

a la ley escrita, pero cuando después se convencieron que esa ley continuaría existiendo y funcionando, a pesar de todos sus esfuerzos por eliminarla, la aceptaron como un mal necesario. Según ellos, el gobierno regido por leyes debería ser siempre secundario a un gobierno basado en preceptos morales y del buen ejemplo. Por su parte, los que integraban la Escuela Legalista («Fa Chia»), eran ardientes partidarios de la ley escrita. Estos no eran pensadores teóricos, sino que rígidos hombres de negocios (14). Si bien se les podría considerar como «totalitarios», es justo reconocer que no eran políticos inescrupulosos ansiosos de poder. Creían sinceramente que tan sólo mediante métodos «totales» se podría lograr la paz y la unidad en el mundo de aquella época, destrozado por las guerras permanentes. Para los confucionistas, el individuo, la familia y la comunidad local eran las unidades de mayor importancia. Para ellos, la palabra clave era «Li» (15), como «Fa» era para los legalistas. «Li» fue un sistema de vida creado por los antiguos sabios. El desorden imperante en aquella época se debía al fracaso de los hombres para entender y para vivir de acuerdo con «Li» que es, en realidad, lo que el hombre intuye o siente instintivamente como correcto. Es por este motivo que el «Li» confucionista se puede comparar, en cierta medida, con el concepto occidental de «derecho natural», en oposición al «Fa» legalista que se asemeja más a la noción occidental de «derecho positivo».

En el extraordinario debate entre estas dos escuelas, que no tiene paralelo en la historia del derecho en Occidente, los argumentos más destacados de los confucionistas fueron los siguientes:

- 1) El hombre es, por naturaleza, bueno (16), como ya lo sostenía

(14) Los legalistas querían crear un aparato político-militar lo suficientemente capaz para suprimir los privilegios «feudales» de los príncipes, ampliar los territorios tanto como fuera posible y fundir todos los principados rivales en un solo imperio. Siempre estuvieron dispuestos a utilizar los mecanismos políticos, militares, económicos y diplomáticos disponibles. No tenían preocupación especial por lo que se entiende hoy por «derechos humanos», pues habían comprendido que la ley era un instrumento esencial para controlar las crecientes masas de la población dentro de su jurisdicción.

(15) «Li» tiene una gran variedad de significados. En el sentido original probablemente se refiere al cumplimiento correcto de los rituales religiosos (como, por ejemplo, ofrecer sacrificios en honor de los antepasados, en el lugar y en el momento oportuno). Por eso es que «Li» se puede traducir por «ritual» o «ritos». En un sentido más amplio, «Li» cubre toda la gama de conductas corteses y ceremoniales, tanto seculares como religiosas. «Li» tiene diversas reglas para situaciones diferentes: recibir una visita, adquirir una esposa, ir a la guerra, etc. «Li» también puede ser entendido como ceremonial, etiqueta y normas de buena conducta. «Li» se refiere también a instituciones políticas y sociales, lo que facilita una vida armónica en una sociedad confucionista, es decir, en un estado civilizado.

(16) Este es, en realidad, un concepto contrario al sostenido por los escolásticos de la Edad Media, concepto que recién vendrá a ser aceptado en el mundo occidental gracias a Jean Jacques Rousseau, a fines del siglo XVIII.

Meng-Tzu (17), o si es básicamente malo, como lo creía *Hsün Tzü* (18), como ser racional que es, puede, esforzándose, aprender la bondad y la benevolencia. Inculcando «Li», la sociedad configura al individuo en un ser humano socialmente aceptable. Sobre esta base, «Li» es preventivo, pues orienta al individuo en dirección opuesta a todo lo perverso, antes de tener la oportunidad de tentarse en su comisión. «Fa», en cambio, es punitivo, pues castiga al individuo por perversidades ya cometidas.

2) Un gobierno basado en la virtud puede ganar los corazones de la ciudadanía. Uno basado en la fuerza puede lograr tan sólo su aparente sumisión. Por lo mismo, «Li» es el instrumento de un gobierno virtuoso y, como las leyes son compulsivas, se transforman en instrumento de gobiernos tiránicos.

3) La validez permanente de «Li» deriva del hecho que fue creado por los sabios de la antigüedad, de acuerdo y en conformidad con la naturaleza humana. Las leyes no tienen esa validez moral, porque han sido establecidas por hombres del momento, con miras a crear los medios para establecer su poder político.

4) Las cinco relaciones fundamentales del confucianismo —padre e hijo; príncipe y vasallo; marido y esposa; anciano y joven; amigo y amigo— son instintivas en el hombre y son esenciales para un orden social estable. «Li» refuerza estas relaciones, mientras que la ley las limita, cuando impone una uniformidad obligatoria.

5) Los ritos y las ceremonias de «Li» contribuyen a darle a la vida un contenido de belleza y de poesía, pues expresan emociones humanas socialmente aceptables. La ley, automática y mecanicista, carece de contenido emocional alguno.

6) Un gobierno basado en «Li» funciona armoniosamente, porque siendo «Li» un derecho consuetudinario, puede ser lo suficientemente flexible como para adaptarse a toda situación particular. La ley, en cambio, sólo crea antagonismos y discordias porque la gente, sabiendo lo que establece la ley escrita, siempre encontrará los medios para evadirla, basando sus argumentos más en la letra que en el espíritu de la ley.

7) Las leyes no pueden ser mejores que los hombres que las crean y las aplican. La educación moral del príncipe y de sus representantes cuenta mucho más que el mecanismo legal más ingenioso. A medida que se promulgan más leyes y ordenanzas («*Lin*»), habrá siempre más ladrones y bandidos. Ciertamente que tan sólo la bondad, sin la cooperación de la ley, no es suficiente como para dirigir correc-

(17) Conocido en Occidente con el nombre de Mencio. Célebre filósofo chino, discípulo de Tse-Se, nieto de Confucio y continuador de sus enseñanzas. Después de revisar el «*Ching King*» (El Libro de los Libros), expuso sus propias ideas en el *Meng-Tzü-Chu*, que aún hoy es clásico en China. Habría nacido alrededor del año 371 y murió cerca del año 289 a. d. C.

(18) Filósofo chino que vivió aproximadamente entre los años 298 y 238 a. d. C.

tamente un gobierno, pero la ley rígida, sin el apoyo de la bondad, es menos efectiva todavía.

Los legalistas también tenían sus argumentos, que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1) La gran mayoría de los hombres actúan sólo en beneficio de su propio interés, por lo que es necesario imponer los castigos más severos. La ley se ocupa de la gran mayoría de los individuos egoístas y no de la insignificante minoría de hombres buenos.

2) Un buen gobierno debe combatir toda clase de privilegios y de grupos monopolistas, razón por la cual debe promulgar leyes y aplicarlas imparcialmente a toda la ciudadanía, sin tomar en consideración rangos o relaciones especiales, tratando por igual a quienes pertenecen a los estratos superiores o inferiores de la comunidad.

3) La ley es la base de todo gobierno estable, por cuanto constituye un instrumento exacto para medir la conducta individual. Como «Li» es un sistema no escrito que acepta estratificaciones particulares dentro del mismo grupo social, su interpretación es, con frecuencia, del todo arbitraria y caprichosa.

4) Un principio fundamental para la estabilidad de un gobierno es el de la «responsabilidad colectiva». De acuerdo con esta filosofía, la población se subdivide en unidades de cinco o diez familias y, dentro de ellas, cada individuo es igualmente responsable por las faltas cometidas por cualquier otro integrante de su unidad y será igualmente castigado si no informa oportunamente a las autoridades de lo que ha sucedido.

5) Debido a que la historia cambia, es natural que las instituciones humanas también se modifiquen conformemente. Con el continuo crecimiento de la población se ha agudizado la lucha por la supervivencia. Por ello, el arcaico «Li» ya no se adapta a las modernas condiciones sociales y debe ser reemplazado por un sistema de leyes que responda siempre a las cambiantes necesidades de los tiempos.

6) Un buen gobierno puede sostener una sola norma de moralidad. Todos los sistemas personales o privados deben ser suprimidos si no se adaptan a aquél prescrito por la ley.

7) El gobernante sabio debe establecer un idéntico sistema de premios y de castigos, tanto para funcionarios como para los demás ciudadanos.

8) Con un buen sistema legal hasta un gobernador mediocre puede lograr una buena administración, si se mantiene dentro del marco de las leyes establecidas.

9) Las leyes severas en realidad no se aplican en la práctica, pues su sola existencia es suficiente para desanimar a los malvados. Por lo tanto, las leyes duras, en último análisis, facilitan el funcionamiento de una sociedad libre de conflictos y de opresión.

Entre la infinidad de aforismos legalistas vale la pena mencionar los siguientes: «Mientras la ley se vaya adaptando a los requerimientos de los tiempos, habrá buen gobierno. Pero si cambian las condi-

ciones sin que, paralelamente, cambien las leyes, habrá desorden por doquier».

«Cuando todos respetan la ley, hay buen gobierno».

«Cuando los castigos son severos, la gente no se atreve a violar las leyes y, por lo tanto, no será necesario aplicar castigo alguno».

«En el gobierno de un Estado, las leyes escritas («Fa») y los castigos severos («Hsing») pretenden asegurar que los poderosos no abusen del débil, que los muchos no opriman a los pocos, que los ancianos completen sus años en paz y que los jóvenes y los huérfanos puedan alcanzar su madurez».

LA «CONFUCIONIZACION» DE LA LEY

El dinámico y eficiente pero despiadado programa de los legalistas fue adoptado, por primera vez, por el «Estado» nor-occidental de Ch'in, bajo la dirección de *Shih Huang Ti* quien, en el año 221 a. d. C. llegó a ser el brutal primer emperador de la dinastía Ch'in. En el año 213 a. d. C. la política legalista alcanzó su culminación con la infame «Quemadura de los Libros» —con excepción de los textos religiosos, médicos y agrícolas— ordenada por el gobierno con el propósito de destruir los textos clásicos de la antigüedad, que pertenecían a la escuela anti-legalista de los confucionistas, partidarios de la filosofía «Li». Este «triumfo» de los legalistas duró muy poco tiempo. *Shih Huang Ti* murió en el año 210 a. d. C. y dos años después su imperio cayó en manos de la rebelión y el desorden. Después de la inevitable guerra civil, afloró un nuevo imperio bajo la dinastía *Han*. Durante ella se vuelven a escribir los libros clásicos de los confucionistas que fueron salvados de la hoguera. Alrededor del año 100 a. d. C., la tendencia confucionista reemplazó al enfoque legalista como la ideología predominante, pero el sistema terminó por hacerse ecléctico, utilizando extensamente de las dos filosofías antagónicas.

El eclipse del legalismo como una escuela reconocida no significó, por cierto, la desaparición de las ideas y de las prácticas legalistas. En efecto, el legalismo continuó influenciando el pensamiento político de la dinastía *Han*, particularmente en lo que se refería a la uniformidad en materia de propiedad privada de terrenos agrícolas; a los monopolios gubernamentales de sal, hierro y de otros productos minerales; al sistema de examen de ingreso a la administración pública, en que prevalecían los conocimientos y no el rango de la cuna en que nacieron los diversos candidatos. El legalismo, por otra parte, dejó una huella imperecedera en la legislación china, con su fórmula clásica determinando que quienquiera que haga «X» recibirá el castigo «Y»; con su oposición al ejercicio de abogados privados; con el principio que todo sospechoso es considerado culpable, a menos y hasta que se compruebe su inocencia; con su insistencia en el uso legal de la tortura, dentro de ciertos límites, para lograr confesiones de sospechosos por-

fiados, que insisten en negar su culpabilidad, a pesar de las pruebas convincentes acumuladas en su contra; con su concepto de responsabilidad de grupo, especialmente en los casos de traición y otros similares.

A pesar de estas reminiscencias del legalismo, el hecho realmente importante de la legislación imperial de aquella época es lo que se ha dado en llamar —correctamente por lo demás— la «Confucionización de la Ley», es decir, la incorporación de la letra y del espíritu del «Li» confucionista dentro de los «códigos» legales. Este proceso comenzó durante la dinastía Han y continuó por varios siglos, hasta el «Código T'ang», del año 653 d. d. C., que cerró la laguna existente entre «Li» y «Fa». Y fue así como la moral consuetudinaria («Li») logró un reconocimiento oficial al incorporarse sus conceptos básicos dentro del marco de la ley positiva («Fa»). Dicho de otra manera, la ley positiva logró tener un contenido moral al incorporar los elementos esenciales de la ley natural («Li»).

LOS CUATRO PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LOS «CODIGOS» IMPERIALES

La diferencia básica entre el «Fa» legalístico y el «Li» confucionista, es la universalidad del primero y el particularismo del segundo. Este contraste se fue perpetuando en los «códigos» imperiales de acuerdo a cuatro principios fundamentales.

El primero de éstos se expresa en el aforismo: *el castigo debe ser proporcional al crimen*. Estos «códigos» chinos trataron de prever todas las variaciones posibles de un determinado delito, prescribiendo penalidades específicas para cada una de ellas. La argumentación para esta diferenciación tomaba en consideración tres hechos fundamentales:

1) *Motivación*: Se tomaba en consideración los casos de homicidio premeditado; homicidios intencionales pero no premeditados; homicidios durante riñas; homicidios por accidente o por inducir a la víctima a suicidarse; homicidios para fines de brujería (con la intención de usar los órganos de la víctima para fines de magia); la muerte de una mujer adúltera, de su amante o de ambos, etc.

2) *Posición* del homicida en relación a la víctima, tal como los casos de patricidio; el asesinato de un funcionario público; de un superior por un inferior o viceversa, dentro del marco de la familia; de un hijo por su parte; de un marido por su esposa o viceversa; de un esclavo por su patrón o viceversa; el asesinato de dos o tres personas de una misma familia, etc.

3) *Medios utilizados*, tal como el uso de veneno; por la intencional o impropia administración de una medicina; mediante la introducción de objetos dañinos dentro de las narices, orejas u otras aperturas del cuerpo de la víctima; privando a la víctima de alimentación o abrigo; por intermedio de caballos o de vehículos; en el curso de una cacería, etc.

Estos tres criterios no están mencionados específicamente en ninguno de los «códigos» imperiales, pero servían de base para el análisis de las características de cada caso en estudio.

Esta minuciosa diferenciación parecería ser más bien una consecuencia directa del «Li» confucionista que del «Fa» legalista. Ella fue incorporada a la legislación positiva con miras a maximalizar la justicia, permitiendo a la ley adaptarse, tan precisamente como fuera posible, a toda circunstancia previsible.

En la práctica resultó todo lo contrario, haciendo la justicia mucho más difícil, pues obligaba al magistrado que se encontraba frente a un asunto no exactamente cubierto por las disposiciones legales existentes, a elegir alguna de éstas que pudiera estar más cerca del caso en estudio, es decir, a juzgar por *analogía*. Este sistema permitía también que los jueces aumentara no disminuyeran las penas por aplicar, de acuerdo con su propio criterio y no a lo que establecía la ley. Sin embargo, sin recurrir a la analogía hubiera sido prácticamente imposible determinar exactamente como proceder en cada una de las infinitas variedades del quehacer criminal.

El segundo principio se basaba en la *diferenciación a base de la condición social*. De acuerdo con el espíritu confucionista que impregnaba al «Li», estos «código» establecían penalidades drásticamente diferentes, según fuera la condición social del delincuente y de su víctima. Las tres principales categorías reconocidas por la ley eran: los funcionarios públicos, los plebeyos y los esclavos. Golpear a una persona, con los pies o las manos, sin causar herida alguna, se castigaba con veinte golpes del bambú liviano; si un esclavo le pega a un plebeyo, la penalidad se aumenta en un grado (treinta golpes del mismo bambú), pero si un plebeyo le pega a un esclavo, la pena tiene un grado menos, es decir, diez golpes solamente. La decapitación es la pena que merece el esclavo que golpea a su dueño, sin importar si se han producido lesiones o no. En el caso contrario —el dueño que golpea a su esclavo— no se aplica pena alguna, a menos que las lesiones producidas causen la muerte del esclavo. Golpear al funcionario más importante de su propia localidad, involucra la pena de tres años de servidumbre penal, pero si el funcionario es de otro distrito, la pena será de dos años menos, según el rango del funcionario.

El tercer principio se refería a los *grupos privilegiados*, concepto que se incorporó a la legislación durante el reino de WEI (230 a 265 d. d. C.) y que fue mantenido en todos los «códigos» consecutivos. Si bien habían variaciones de una dinastía a otra, se puede establecer que, en términos generales, estos grupos eran los siguientes: miembros de la familia imperial, descendientes de previas familias imperiales; personas de gran mérito; altos funcionarios (mandarines); «liang jen», literalmente «buenas personas»; funcionarios de menor rango; y los familiares más inmediatos y directos de todos estos grupos. Nadie perteneciente a alguno de estos grupos podía ser detenido, interrogado o sometido a tortura sin la formal autorización del Emperador. En caso

de ser reconocidos como culpables, sus sentencias debían ser sometidas a la consideración del Emperador, con miras a una posible reducción. Las penas corrientes aplicables a los plebeyos (golpes con bambú liviano o pesado, servidumbre penal de uno a tres años, exilio perpetuo y muerte) eran conmutables, a los pertenecientes a estos grupos privilegiados, por multas y otras penas pecuniarias, reducción en su rango oficial, expulsión de la administración pública y penas similares. Este sistema representaba el reconocimiento legal de la enorme diferencia existente entre las masas de los plebeyos y de los esclavos (en su gran mayoría analfabetos) y la pequeña comunidad de hombres doctos y funcionarios altamente educados, que habitualmente desempeñaban funciones públicas, las que no eran hereditarias. Sin embargo, cuando funcionarios violaban las normas establecidas, eran castigados con 100 golpes del bambú pesado, mientras que el castigo por la misma falta, para el resto de la población, era tan sólo de 50 golpes. Por otra parte, el funcionario que hubiera corrompido a una mujer de su propia jurisdicción recibía un castigo superior en dos grados que el castigo normal, por el mismo delito, cometido por individuos no pertenecientes a alguno de estos grupos privilegiados. Funcionarios que frecuentaban prostitutas eran debidamente castigados, no así el resto de la población.

El último principio establecía *diferenciaciones dentro de la familia*. Los «códigos» reconocían distinciones intrafamiliares en relación a sexo, edad y grado de parentesco. Estas distinciones a base de parentesco tenían mayor importancia en las grandes familias, consistentes en varias generaciones de colaterales viviendo en un mismo hogar. Esto, por lo general, era un fenómeno de las clases superiores. Este sistema se basa en las varias compilaciones del «Li» confucionista y se expresa, por ejemplo, en los cinco grados de duelo familiar («wu fu»). El luto debe ser observado por cada uno de los miembros de una familia, cuando fallece alguno de sus integrantes. La duración y severidad del duelo va disminuyendo paralelamente al grado de parentesco. El primer grado, el más severo y rígido, corresponde al hijo o a la hija soltera, con motivo del fallecimiento de alguno de sus padres. El segundo grado se refiere a la esposa cuando fallece su marido o los padres del marido, incluyendo también a la concubina a la pérdida de su dueño. A continuación, en los grados menores del duelo, el círculo de parentesco se amplía rápidamente, a tal punto que el quinto grado de duelo incluye a más de cuarenta familiares.

En materia penal, cuando un hijo golpea a uno de sus padres, por ejemplo, sufrirá la decapitación, pero no hay pena cuando el padre castiga al hijo, a no ser que éste fallezca a consecuencia de los golpes recibidos. En este último caso, el padre recibirá 100 golpes del bambú pesado (en caso que los golpes dados fueron provocados por la desobediencia del hijo), pero cumplirá un año de servidumbre penal si el castigo fue aplicado por perversa intención. La esposa que castiga a su marido recibirá 100 golpes del bambú pesado. La inversa se apli-

cará solamente en casos de lesiones importantes (fractura de un miembro, de un diente, etc.).

Además de los factores de generación y sexo, los «códigos» imperiales chinos también hacían distinción con la edad de las partes involucradas. Si un hermano menor castiga al mayor, sufrirá dos y medio años de servidumbre penal y, además, noventa golpes del bambú pesado, aun cuando no hubiera lesión alguna. En el caso inverso, no hay castigo alguno.

El hurto dentro de la misma familia se trata como una excepción a la regla general enunciada en el párrafo anterior. Su penalidad es gradualmente inversa a la cercanía del parentesco y consistentemente menor que el castigo por hurto fuera del círculo familiar. Esta situación se explica por el antiguo concepto chino que, dentro del círculo familiar, los bienes existen para el uso común de cada uno de sus miembros y no es la posesión exclusiva de un individuo determinado.

El confucionismo pone gran énfasis en la devoción filial («hsiao») y en la lealtad al superior («chung»), pero con la primera teniendo la prioridad, es decir, que padre y familia tienen precedencia sobre el príncipe y el Estado. Así, por ejemplo, el «código» T'ang exigía de todos los funcionarios que se ausentaran de sus respectivas oficinas durante el período de duelo por uno de sus padres, lapso que después fue reducido a un año, en lugar de los veintisiete meses tradicionales. Otra disposición excepcional del mismo «código», establece la pena de un año de servidumbre penal a toda pareja que concibiera un hijo durante el período de duelo, disposición que, por lo general, se aplicaba a los funcionarios y no al resto de la población (19). Por otra parte, en las «Analectas de Confucio» se establece que «el padre encubre al hijo y éste al padre». Este principio fue incorporado en los «códigos» imperiales: parientes cercanos pueden encubrir el crimen de alguno de ellos sin sanción penal alguna. Tampoco estaban obligados a declarar en los tribunales uno en contra del otro (20). Otra provisión un tanto exagerada, conocida desde los tiempos de la dinastía Han y repetida en los «códigos» posteriores, determina que el hijo que acusara a su padre quedaba sujeto a muy severos castigos: estrangulación si la acusación era falsa, pero aun si fuera verdadera tendría que sufrir cien golpes del bambú pesado, además de tres años de servidumbre penal. Pena similar sufría la mujer que acusaba a su marido o a sus suegros (21).

(19) Esta disposición desapareció en los «códigos» de las dinastías Ming y Ch'ing (1368-1911).

(20) Este concepto está en conflicto con el principio legalista de «responsabilidad de grupo», pero es menester tener presente que hay más de una legislación contemporánea que no permite testificar a la esposa en contra de las obiecciones de su marido.

(21) China es probablemente el único país en que la denuncia de un crimen cometido puede causar un castigo al denunciador. La única excepción a esta norma en los «códigos» chinos era en casos de traición y rebelión, en que se aplicaba la «responsabilidad de grupo» y todos los familiares

OTRAS PECULIARIDADES EXTRAORDINARIAS DE LOS MISMOS «CODIGOS»

La importancia del «hsiao» se demuestra por el hecho que si un malhechor condenado a muerte o a una larga pena de servidumbre penal, era el único sostén de padres ancianos o enfermos, su pena podía ser conmutada por golpes de bambú, por una pena pecuniaria o por la «canga» (22), para así permitirle permanecer en su hogar y ocuparse de las necesidades de sus padres (23). Desde otro punto de vista, todas las penas capitales, así como las sentencias a penas mayores, debían ser confirmadas por el más alto tribunal de justicia y, a veces, por el mismo Emperador, antes de ser impuestas, ya que podían ser reducidas a penas menores. Por otra parte, con cierta frecuencia se dictaban amnistías con motivo de algunas festividades públicas o por otros motivos importantes.

El humanismo confucionista se constata también en las excepciones especiales y las reducciones penales que beneficiaban a los ancianos de setenta años y más (24), los jóvenes de quince años o menos, así como los física y mentalmente anormales.

Las mujeres podían contar con el privilegio de penas pecuniarias por una serie de delitos que, para el hombre, significaban penas corporales.

más cercanos del o de los delincuentes eran ejecutados o exilados permanentemente.

(22) La «canga», conocida en China como «chia» o «chia hao», era un suplicio consistente en colocar alrededor del cuello del condenado una pesada tabla de madera por un lapso determinado. Como el sujeto debía llevar el artefacto permanentemente mientras cumplía su pena, era el hazmerreír de toda la población. Una pena similar existía en España con el nombre de «picota», que consistía en un rollo o columna, a la entrada de algunas poblaciones, donde se exponían las cabezas de los ajusticiados o los reos a la vergüenza pública. En Inglaterra esta pena se llamaba «pillory», consistente en una tabla de madera con orificios especiales para la cabeza y las manos del delincuente, que quedaba así expuesto al ridículo de la ciudadanía. En Francia existió el «carcan» hasta el año 1832. Se trataba de un collar de fierro que sujetaba al malhechor a una columna levantada en la plaza pública para escarnio de todos. En Brasil se usa la misma expresión china («canga») para indicar al yugo. Además, «cangaço» indica bandolerismo, así como «cangaçoiro» es el nombre dado al salteador de caminos. Estos detalles prueban la universalidad de este tipo de pena.

(23) En varios aspectos la ley imperial china fue mucho más humana que sus contemporáneas occidentales. El hurto, por ejemplo, merecía la pena de muerte sólo cuando el valor de lo hurtado equivalía a más de 120 onzas de plata o fue cometido por tercera vez, por un mismo individuo, con un valor de 50 onzas de plata en cada oportunidad. Esto, desde luego, se compara muy favorablemente con Inglaterra, donde recién en 1818 fue abolida la pena de muerte por el hurto de bienes por un valor de cinco chelines.

(24) ¿No valdría la pena introducir un principio semejante en nuestras legislaciones contemporáneas?

Las acusaciones anónimas eran severamente castigadas (25).

La confianza confucionista en las posibilidades de reformar al delincuente, aparece ya expresada en el «código» de la dinastía T'ang y, tal vez, también en los anteriores (26).

Los aspectos más crueles de las leyes imperiales chinas se amortiguaban con muchas excepciones especiales introducidas por la influencia del «Li» (27).

CONCLUSIONES

En resumen, se puede establecer que el desarrollo del Derecho penal en China es muy diferente del que han seguido otras civilizaciones en Occidente. A través de su estudio se pueden captar fácilmente las actitudes básicas de ese pueblo extraordinario con respecto al Estado, la sociedad, la familia e, incluso, el universo. La ley china fue enfocada, desde un comienzo, en términos puramente seculares. La controversia entre «Li» y «Fa» es pertinente aún en la actualidad y no solamente para el mundo cultural chino. La preocupación del confucianismo por el desarrollo moral del hombre es básicamente democrática, pero su insistencia en mantener una sociedad estratificada es aristocrática (28). Crear un sistema social que respete los derechos de la minoría, sin lesionar ni atentar al bienestar de la mayoría, continúa siendo un problema arduo de resolver...!

(25) Quienes las presentaban merecían la pena de estrangulación aún cuando la acusación fuera verdadera. Por su parte, los funcionarios que aceptaban o actuaban a base de acusaciones anónimas, recibían 100 golpes del bambú pesado.

(26) Había una disposición que favorecía al malhechor (con ciertas excepciones taxativamente indicadas en la ley) con reducciones o remisiones de su pena, cuando éste confesaba su delito a las autoridades, antes que éste fuera conocido por ellas, sea por denuncia de la víctima, de terceros o de cualquier otra manera.

(27) Si los «códigos» imperiales chinos nos pueden parecer repugnantes a nuestro sentido de justicia (por el uso de la tortura, la santidad del rango, los privilegios de la edad, etc.), recordemos el salvajismo similar con que los inconformistas religiosos y políticos fueron maltratados —y con frecuencia lo siguen siendo— de acuerdo con las legislaciones imperantes en el Occidente cristiano.

(28) El deseo legalista de controlar a las masas era, indudablemente, totalitario, mientras que el principio de la igualdad de todos ante la ley, era un concepto igualitario y democrático.

