

*Traducción*

## ORIENTALISMO LEGAL

*Teemu Ruskola*<sup>1</sup>

Traducción: Felipe Yamín y Emilio Lehoucq

*“[La] difusión ... mundial de [la cultura occidental] nos ha protegido como el hombre jamás había sido protegido de tener que tomarse en serio las civilizaciones de los otros pueblos; le ha dado a nuestra cultura una*

---

<sup>1</sup> Profesor Asistente de Derecho en American University; Visitante del Centro de Estudios de Derecho y Cultura y Senior Fellow en el Centro de Estudios Jurídicos chinos, Escuela de Derecho de Columbia. A.B., A.M. (Estudios de Asia Oriental), Stanford; J. D. Yale. - Ed. He presentado los primeros borradores de este artículo en varios lugares y agradezco a los participantes por sus comentarios: Coloquio de Teoría Cultural, Métodos Históricos y el Estudio de la China Moderna en la Universidad de Columbia; Coloquio sobre Derecho y Cultura de la Facultad de Derecho de Columbia; Derecho, cultura y la conferencia de Humanidades de la Universidad de Texas en Austin; Feminismo y Teoría Jurídica Taller en la Escuela de Derecho de Cornell; Derecho y Sociedad reunión anual en Budapest, Hungría; y la conferencia del Derecho post-colonial de American University, Washington College of Law. Estoy especialmente en deuda, por sus sugerencias, preguntas y críticas, con las siguientes personas: Lama Abu Odeh, Nathaniel Berman, David Eng, Karen Engle, Martha Fineman, Peter Fitzpatrick, Katherine Franke, María Gómez, Dicle Kogacioglu, Prabha Kotiswaran, Eugenia Lean, Benjamin Liebman, Christia Mercer, Thomas Metzger, Naomi Mezey, Kunal Parker, Penny Pether, Elizabeth Povinelly, Catherine Powell, Anupama Rao, Annelise Riles, Haun Saussy, Katherine Stone, Madhavi Sunder, Kendall Thomas, Leti Volpp, y Joan Williams. Don Clarke y Randy Peerenboom proporcionaron críticas especialmente detalladas y útiles. Al inicio de este proyecto, he recibido comentarios y críticas también de Barbara Fried, Janet Halley, Stanley Lubman, Vicki Schultz, Bob Weisberg, y Jim Whitman. Debo mucho a Erika Evasdottir quien enriqueció mi lectura de Gadamer, y a Janet Jakobsen por sus interesantes y perspicaces comentarios sobre la conclusión. Un agradecimiento especial a John Merryman por su generosidad de espíritu en el apoyo a este proyecto. Incluso cuando no he sido capaz de responder a las preguntas que las personas mencionadas han planteado, en cada ocasión estas han agudizado mi argumento. Agradezco la ayuda experta en la investigación de Kelly Baldwin y Amy Ericksen. Este proyecto recibió un generoso apoyo financiero del Decano Claudio Grossman del Washington College of Law, así como de la Escuela de Derecho de Cornell, donde terminé el artículo como un miembro visitante de la facultad. © Michigan Law Review, Teemu Ruskola.

*universalidad masiva que hemos dejado de representar históricamente, y que leemos más bien como necesaria e inevitable.”<sup>2</sup>*

-Ruth Benedict

*“[En China,] los animales se dividen en: (a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) domesticados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros callejeros, (h) los incluidos en la presente clasificación, (i) frenéticos, (j) innumerables, (k) los dibujados con un pincel de pelo de camello muy fino, (l) etcétera, (m) los que acaban de romper el jarrón, (n) los que de lejos parecen moscas.”<sup>3</sup>*

-Michel Foucault

Hace cincuenta años, el Derecho Comparado era un campo en busca de un paradigma. En la edición inaugural de la *American Journal of Comparative Law*, en 1952, Myres McDougal comentó con descontento que “continúa prevaleciendo una gran confusión sobre qué está siendo comparado, los propósitos de la comparación, y las técnicas adecuadas para hacerla”<sup>4</sup>. En fin, pareciera haber muy poco en la disciplina que *no* estuviera sujeto a un estado de confusión. Dos décadas más tarde, haciendo referencia a la sombría evaluación de McDougal, John Merrymansaw no encontró ninguna evidencia de progreso en este aspecto: “pocos abogados comparativistas sugerirían que las cosas han mejorado desde entonces”<sup>5</sup>. Y hace sólo unos cuantos años, John Langbein sugirió que el Derecho Comparado se mantiene en esta situación desesperada: “[s]i el estudio del Derecho Comparado fuese eliminado de las escuelas de derecho estadounidenses mañana por la mañana, casi nadie se daría cuenta.”<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Ruth Benedict, *Patterns of Culture* 6 (1952).

<sup>3</sup> Michel Foucault, *The Order of Things*, en xv (1993) [desde ahora en adelante Foucault, THE ORDER OF THINGS] (citando un cuento escrito por Jorge Luis Borges, *The Analytical Language of John Wilkins, Other Inquisitions* en 1937-1952, en 103 (Ruth Simms trans., 1964)).

<sup>4</sup> Myres McDougal, *The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value clarification as an Instrument of World Order*, 1:00 a.m.. J. Comp.L. 24: 28-29 (1952).

<sup>5</sup> John Merryman, *Comparative Law and Scientific Explanation*, en LAW IN THE UNITED STATES OF AMERICA AND SOCIAL TECHNOLOGICAL REVOLUTION 81, 82 n.3 (John N. Hazard & Wenceslas J. Wagner eds., 1974); ver también John Merryman THE LONELINESS OF THE LAWYER AND COMPARATIVE Other Essays (1999).

<sup>6</sup> John Langbein, *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, 43 AM. J. COMP.L. 545, 549 (1995). Mary Ann Glendon le hace eco a la misma afirmación: “Los comparativistas estadounidenses, de hecho, encuentran a menudo que nuestros colegas extranjeros dan la bienvenida a nuestra empresa

Una cierta cantidad de desarrollo es, entonces, *de rigueur* en cualquier artículo académico de Derecho Comparado que quiera ser visto como parte de la solución, y no como parte del problema. Corriendo el riesgo de perpetuar la noción de que los abogados comparativistas sufren de un “complejo de cenicienta”,<sup>7</sup> también voy a empezar con la observación obligatoria de que el Derecho Comparado sigue siendo un campo relativamente subestimado en la academia jurídica. Mi propósito principal, sin embargo, es unirme a otras voces recientes que buscan fortalecer la disciplina proponiendo nuevas vías de investigación.<sup>8</sup>

---

mucho más que nuestros colegas en casa” *Mary Ann Glendon, Why Cross Boundaries?* 53 WASH. & LEE L. REV. 971, 972 (1996).

<sup>7</sup> Gunther Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law*, 26 HARV. INT'L L. J. 411, 419 (1985) (haciendo notar que los abogados comparativistas sufren de bajo autoestima disciplinar).

<sup>8</sup> Una bibliografía ecléctica sobre esto incluye las contribuciones hechas en 1997 en el *Utah Law Review symposium, New Approaches to Comparative Law*, 1997 UTAH L. REV. 255, también, H. PATRICK GLENN, LEGAL TRADITIONS OF THE WORLD: SUSTAINABLE DIVERSITY IN LAW (2000); Janet E. Ainsworth, *Categories and Culture: On the "Rectification of Names"* en *Comparative Law*, 82 CORNELL. REV. 19 (1996); William Alford, *The Limits of "Grand Theory" in Comparative Law*, 61 WASH. L. REV. 945 (1986) [desde ahora, Alford, *The Limits of "Grand Theory"*]; Vivian Grosswald Curran, *Cultural Immersion, Difference, and Categories in US Comparative Law*, 46 AM. J. COMP. L. 43, 45 (1998); Nora Demleitner, *Challenge, Opportunity and Risk: An Era of Change in Comparative Law* 46 AM. J. COMP. L. 647 (1998); Nora Demleitner, *Combating Legal Ethnocentrism: Comparative Law Sets Boundaries*, 31 ARIZ. ST. L. J. 737 (1999); Frankenberg, *supra* nota 7; David Gerber, *System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law*, 46 AM. J. COMP. L. 719 (1998); Sharon Hom, *Engendering Chinese Legal Studies*, 1994 SIGNS 1020 (Summer); Mitchel S.-O.-'E. Lasser, *"Lit. Theory" Put to the Test: A Comparative Analysis of American literary Tests and French Judicial Discourse*, 111 HARV. L. REV. 689 (1998); Pierre Legrand, *Comparative Legal Studies and Commitment to Theory*, 58 MOD. L. REV. 262 (1995) (book review); Ugo Mattei & Alberto Monti, *Comparative Law & Economics: Borrowing and Resistance*, FRONTIERS GLOBAL JURIST, Vol 1 Iss. 2 Art. 5 (2001), en <http://www.bepress.com/gj/frontiers/voll/iss2/art5/>; Ugo Mattei & Anna di Robilant, *The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, 75 TULANE L. REV. 1053 (2001); Anne Heiner Peters & Schwenke, *Comparative Law Beyond Post-Modernism*, 49 INT'L & COMP. L.Q. 800 (2000); Mathias Reimann, *Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age* 75 TULANE L. REV. 1103 (2001); Annelise Riles, *Wigmore's Treasure Box*, 40 HARV. INT'L L. J. 221 (1999); Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 AM. J. COMP. L. 1 (1991).

El Derecho Comparado ha existido en relativo aislamiento disciplinar<sup>9</sup>. Este artículo es parte de un esfuerzo más amplio, que busca que la corriente dominante de Derecho Comparado entre en conversación con otras literaturas: el estudio del Derecho no-Occidental; el cada vez más desarrollado cuerpo teórico de la teoría poscolonial; y el trabajo reciente en teoría jurídica. Aplico estos marcos teóricos al derecho chino y, más concretamente, al reclamo histórico de muchos observadores occidentales, según el cual China carece de una tradición nativa de “derecho”<sup>10</sup>. En este proceso, el artículo traza una genealogía de una cierta interpretación orientalista del derecho chino y explora las preguntas más amplias que surgen a partir de ella: quién decide quién tiene “derecho” y cuáles son las implicaciones normativas de su ausencia. Para responder a estas preguntas, sugiero que el derecho es un elemento crucial en la constitución del sujeto moderno occidental y que, históricamente, las ideas sobre la ausencia de la subjetividad jurídica china han servido para marcar el exterior del derecho (euro-americano). Mi objetivo no es condenar esa historia, que ya ha sido objeto de críticas por otros autores. En cambio, mi propósito principal es entender de qué forma la historia ha conformado el campo de conocimiento en el cual se desenvuelve hoy en día el estudio de Derecho Comparado chino, y cómo Occidente ha llegado a entenderse a sí mismo a través del derecho. En estas condiciones, es válido hacerse la pregunta: ¿cuál es la ética de la comparación?

### I. La ausencia de “derecho” en China

*Así como existe un canon literario que establece lo que es y lo que no es literatura, también hay un canon legal que establece lo que es y lo que no es derecho.*<sup>11</sup>

-Boaventura de Sousa Santos

Que china tiene una tradición jurídica defectuosa es una observación tan cliché como el reclamo que se expresa habitualmente en relación con el

---

<sup>9</sup> Cf. WILLIAM TWINING, GLOBALIZATION AND LEGAL THEORY 176-78 (2000) (observando el fracaso de los abogados comparativistas de seguir los desarrollos en teoría jurídica).

<sup>10</sup> N. del Trad.: Traduzco el *law* del inglés a “derecho” pues ni su traducción inmediata, ni el sentido en el que se usa en este artículo, corresponden al de “ley” en español. Igualmente, esta palabra, en el español, solo lleva mayúscula cuando se refiere a la disciplina científica ( ver. *Diccionario panhispánico de dudas (2005)* ).

<sup>11</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, TOWARD A NEW COMMON SENSE: LAW, SCIENCE AND POLITICS IN PARADIGMATIC TRANSITION 473 (1995).

Derecho Comparado.<sup>12</sup> “Para todos los propósitos, los comentaristas extranjeros están en completa oscuridad en cuanto al qué y al cómo de la existencia del derecho en China. Algunas personas con alta reputación académica le negarían a los chinos la existencia de cualquier forma de derecho –increíble, pero en mi conocimiento, es un hecho”<sup>13</sup>. Esta era la melancólica observación de un autor occidental a finales del siglo XIX. El famoso antropólogo Marcel Granet, de hecho, anunció en 1934 que “[l]a noción china de Orden excluye, en todos sus aspectos, la idea de derecho”<sup>14</sup>. Además, según la reciente observación de William Alford, los académicos occidentales que estudian a China siguen ignorando y malinterpretando “el efecto del derecho en la vida cotidiana china.”<sup>15</sup>

Pero, ¿qué significa afirmar que China sufre de una ausencia (relativa o absoluta) de “derecho”? Después de todo, sólo el observador más negligente perdería de vista el hecho de que la China imperial se jactaba de tener códigos legales dinásticos que se remontan hasta la dinastía Tang<sup>16</sup>, e incluso antes. El reclamo es usualmente más sutil: cualquier forma de derecho que haya existido en China, es una forma que no está a la altura del derecho “verdadero”<sup>17</sup>. Este punto de vista está implícito en la reiterada conclusión de que el derecho chino se ha relacionado exclusivamente con lo

---

<sup>12</sup> Discuto esta percepción del derecho chino de forma más profunda en Teemu Ruskola, *Law Without Law, or Is "Chinese Law" an Oxymoron?*, WM.& MARY BILLETTS. J. (publicándose en 2002) [desde ahora, Ruskola, *Law Without Law*].

<sup>13</sup> ERNEST ALABASTER, NOTES AND COMMENTARIES ON CHINESE CRIMINAL LAW AND COGNATE TOPICS WITH SPECIAL RELATION TO RULING CASES WITH A BRIEF EXCURSUS ON THE LAW OF PROPERTY, en v (1899).

<sup>14</sup> MARCEL GRANET, PENSÉE CHINOISE[ CHINESE THOUGHT] 590 (1934) (“La notion Chinoise de l’Ordre exclut, sur tous ses aspects, l’idée de Loi.”).

<sup>15</sup> William Alford, *Law? What Law ?*, en THE LIMITS OF THE RULE OF LAW IN CHINA 45, 45 (Karen G. Turner et al. Eds. 2000) [desde ahora, Alford, *Law? What Law?*].

<sup>16</sup> 618-907 CE. Por otra parte, el legalismo (*fa-jia*) era una de las principales escuelas de pensamiento en la China clásica y, como tal, indiscutiblemente, una parte de la tradición china (aunque fuera subsecuentemente eclipsada por el confucianismo). Véase, por ejemplo, BENJAMIN SCHWARTZ, THE WORLD OF THOUGHT IN ANCIENT CHINA 321-49 (1985). Sin embargo, la concepción legalista de “derecho” era puramente instrumental, y como tal, susceptible a una crítica orientalista como el no derecho “verdadero”. *Cf* texto *infra* notas adjuntas 18-21.

<sup>17</sup> Nota del trad. Traduzco “real law” por el derecho verdadero pues considero que el derecho “real” tendría otro sentido en español que no conviene un cierto sentido normativo implícito en la expresión de Ruskola. El derecho verdadero, a mi modo de ver, sí lo hace.

penal y las sanciones criminales<sup>18</sup>. Especialmente en los sistemas continentales, el derecho civil se sitúa en el corazón de la ciencia jurídica y, por lo tanto, su ausencia significa un enorme agujero en el centro del sistema legal chino.<sup>19</sup> A veces, el criterio implícito para definir qué es el derecho “verdadero” es la racionalidad jurídica formal en sentido Weberiano<sup>20</sup>, mientras que en otras ocasiones se trata de establecer la existencia de un orden jurídico liberal que limite al Estado de alguna manera –en una configuración a menudo referida como “Estado de Derecho”<sup>21</sup>. El historiador Thomas Stephens argumentó recientemente que

---

<sup>18</sup> Ver Teemo Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship: Comparative Law and Development Theory in a Chinese Perspective*, 52 STAN. L. REV. 1599, 1618 (2000) [desde ahora, Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*], y las fuentes citadas en el artículo.

<sup>19</sup> Incluso a la luz de los observadores comunes, la simple presencia de un derecho positivo, sea civil o criminal —no es, por sí misma, una marca de un sistema jurídico. ver Perry Keller, *Sources of Order in Chinese Law*, 42 AM. J. COMP.L. 711 (1994).

<sup>20</sup> Ver, v.r.g. , MAX WEBER, THE RELIGION OF CHINA 102, 148-50 (Hans H. Gerth trans., 1951) [desde ahora, WEBER, THE RELIGION OF CHINA].

<sup>21</sup> Ver, en general, W.J.F. JENNER, THE TYRANNY OF HISTORY: THE ROOTS OF CHINA'S CRISIS (1992) (Describiendo a China como la instancia por excelencia del gobierno de los hombres opuesto al “Estado de Derecho”) Cf. Rene David, *On the Concept of "Western" Law*, 52 U. CIN. L. REV. 126, 131 (1983) (Identificando el derecho occidental con el Estado de Derecho y la supremacía de la ley, el “Rechtsstaat”), Incluso el eminente historiador chino John King está de acuerdo con la tesis general que China carece tanto de una tradición en derecho civil como de un sistema jurídico propio de un Estado de Derecho. Ver JOHN KING FAIRBANK, CHINA: A NEW HISTORY 185-86 (1992). El tema recurrente de Faribank de la ajuricidad de China impregna gran parte de su magistral TRADE AND DIPLOMACY ON THE CHINA COAST: THE OPENING OF THE TREATY PORTS 1842-1854 (1953). Como Tani Barlow analiza incisivamente *en Trade and Diplomacy on the China Coast*:

Lo que Occidente “tenía” que China no, lo que al final sedujo a China a una pasiva aquiescencia (lo que la hizo lo Otro) fue el derecho. O, para ponerlo de forma ligeramente diferente, los universales Derecho de los tratados, Derechos Humanos, la ciencia y otros más, clarificaron la diferencia entre China y Occidente en términos de ausencia y presencia, señalando las anárquicas, siempre en multiplicación, diferencias *dentro* de China; China, entonces, se situó frente al derecho occidental como la tribuna particular frente a lo universal. Y, me atrevería a decir, fue por esto mismo que el tema de la juridicidad de China adquirió tales proporciones en el tradicional texto de Faribank.

Tani E. Barlow, *Colonialism's Career in China Studies*, en FORMATIONS OF COLONIAL MODERNITY IN EAST ASIA 373, 389-90 (Tani E. Barlow ed., 1997).

el derecho chino, y su estudio, no es digno siquiera del término “ciencia jurídica” [*jurisprudence*]. Como palabra más adecuada para describir el estudio del no-derecho chino, Stephens propone el neologismo “*obsequiiprudence*”<sup>22</sup>, presumiblemente significando el estudio académico de la sumisión servil a la autoridad y a la jerarquía establecida<sup>23</sup>. Independientemente del mérito de la tesis de Stephens, desde el punto de vista de los abogados internacionalistas del siglo diecinueve el derecho Chino era lo suficientemente “incivilizado” como para excluir a China de la “Familia de Naciones”, lo que, a su vez, servía como justificación para reducir al país a un status semi-colonial en un régimen de privilegios Occidentales extraterritoriales.<sup>24</sup>

El objetivo de este artículo no es defender el derecho chino, ya sea pasado, presente o futuro. En última instancia, la respuesta a la cuestión de si existe, o no, derecho en China estará siempre implícita en las premisas de quien se hace la pregunta: depende necesariamente de la definición de derecho que tenga dicho observador. Por esto, mi objetivo no es “probar” que existe tal cosa como una tradición jurídica en China. Ya existe una literatura académica considerable sobre el derecho chino (sea como sea definido) y, entre estos estudios, la idea de la inherente a-juridicidad [*lawlessness*] de China es una noción desacreditada –al menos cuando es formulada crudamente como una tesis.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> N. del Trad. El término queda referido a como está en el texto original para no perder el sentido del neologismo. Como lo señala Ruskola, proviene de la conjunción de “obsequious” (que significa en inglés servil), con “jurisprudence” que generalmente es utilizado en los contextos americanos para significar teoría jurídica o estudio del derecho, a pesar de su resonancia con nuestro término “jurisprudencia” que es algo diferente y no debe confundirse.

<sup>23</sup> THOMAS B. STEPHENS, ORDER AND DISCIPLINE IN CHINA: THE SHANGHAI MIXED COURT 1911-27, en 115 (1992). Mientras que uno puede, de buena fe, argumentar sobre la posibilidad de un Derecho Comparado a través de las culturas y las épocas, la acuñación de Stephens es gratuitamente ofensiva. Para una evaluación crítica de los puntos de vista de Stephens, ver. Ruskola, *Law Without Law*

<sup>24</sup> Ver en términos generales, GERRIT W. GONG, THE STANDARD OF 'CIVILIZATION' IN INTERNATIONAL SOCIETY 130-63 (1984).

<sup>25</sup> Por un lado, muchos estudios ya han desestimado la tesis de que la tradición legal china es exclusivamente penal. Vease, por ejemplo, CIVIL LAW IN QING AND REPUBLICAN CHINA (Kathryn Berhardt & Philip C.C. Huang eds., 1994); PHILIP C.C. HUANG, CIVIL JUSTICE IN CHINA: REPRESENTATION AND PRACTICE IN THE QING (1996). Tomas Metzger incluso va tan lejos como para sugerir que a finales de los Qing los chinos no sufrían de una ajuricidad sino todo lo contrario: una excesiva preocupación por ella o una “sobrelegalidad” (*overlegality*) THOMAS A. METZGER, THE INTERNAL ORGANIZATION OF CHINESE BUREAUCRACY: LEGAL, NORMATIVE, AND COMMUNICATION

A pesar de esto, por fuera del ámbito del estudio académico del derecho chino, las ideas sobre la a-juridicidad (*lawlessness*) de China continúan abundando. De hecho, uno de los principales obstáculos para una discusión seria sobre el derecho chino son las miradas de estupefacción que siguen la confesión de un interés en el tema: “¿Qué derecho chino? ¿No hay ningún derecho en China!” (A veces seguido de un más elocuente, “¿*hay* derecho en China?”). A diferencia de los abogados comparativistas más tradicionales, que estudian el derecho francés o el alemán, por ejemplo, el estudioso del derecho Chino tiene que convencer a su público de que existe dicha materia antes de abordarla.

En este artículo, sin embargo, no dirijo mi atención hacia los argumentos sustantivos del debate sobre la existencia de derecho en China. Y no lo hago porque considere que no hay ningún mérito en este debate<sup>26</sup>, sino porque, para mis propósitos actuales, mi interés radica en el análisis de la forma en la cual Occidente ha construido su identidad cultural frente a China en términos jurídicos. ¿Por qué, a pesar de vigorosos esfuerzos para desacreditar la visión de la a-juridicidad en China, ésta prevalece –no sólo en la opinión popular y entre los gobernantes, sino incluso entre los académicos que no se especializan en China, así como entre los académicos que estudian a China, pero que no se especializan en derecho?<sup>27</sup> El derecho civil chino, por ejemplo, ha sido descubierto y re-descubierto periódicamente en Occidente. ¿Qué ideas preconcebidas hacen posible que este sea descubierto y olvidado de nuevo tan rápidamente, dejándolo a la espera de aún otra nueva ronda de “descubrimientos”?

---

ASPECTS 18 (1973). Además del descubrimiento del derecho civil chino, también existen muchas defensas de tradiciones confucianas del “liberalismo” y el “constitucionalismo”, así como diversas concepciones chinas de lo son los “derechos”. Una selección ecléctica de esta gran literatura incluye, STEPHEN C. ANGLE, HUMAN RIGHTS AND CHINESE THOUGHT (2002); CONFUCIANISM AND HUMAN RIGHTS (W m. Theodore de Bary & Tu Weiming eds., 1998); W M. THEODORE DE BARY, THE LIBERAL TRADITION IN CHINA (1983); Janet E. Ainsworth, *Interpreting Sacred Texts: Preliminary Reflections on Constitutional Discourse in China*, 43 HASTINGS L. J. 273 (1992); W m. Theodore de Bary, *The "Constitutional Tradition" in China*, 9 J. CHINESE L. 7 (1995); Juao Mei, *China and the Rule of Law*, 5 PAC. AFF. 863 (1932); Richard Vuylsteke, *Tung Chung-shu: A Philosophical Case for Rights in Chinese Philosophy*, en LAW AND SOCIETY: CULTURE LEARNING THROUGH LAW 303(1977)

<sup>26</sup> Yo mismo he participado en este debate argumentando que en efecto China sí tiene una tradición de “derecho corporativo” a pesar de los históricos reclamos que apuntan en la dirección contraria. Ver Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, supra nota 18.

<sup>27</sup> Cf Alford, *Law? What Law?*, supra nota 15.



Sin duda, existen múltiples respuestas a este conjunto de preguntas. Este artículo se dirige específicamente hacia el análisis de una determinada tradición historiográfica a la que le asigna el nombre de “Orientalismo legal”. Empieza con la premisa de que, de muchas maneras, “la historia no nos pertenece; [sino que] pertenecemos a ella”<sup>28</sup>. Inevitablemente, “nuestra conciencia histórica está siempre colmada de una variedad de voces en las que se escucha el eco del pasado”<sup>29</sup>. La historia Orientalista del Derecho Comparado constituye una importante tradición desde la cual el trabajo de los abogados comparativistas de hoy emerge e, independientemente de que la rechacemos o aceptemos, todavía proporciona el contexto en el que dicho trabajo es escrito, leído, comprendido e incomprendido. David Halperin describe la eficiencia maravillosa con la que los prejuicios basados en “verdades” no declaradas operan en la comunicación: “si el mensaje ya está esperando en el extremo receptor, no necesita ni siquiera ser enviado, sino que sólo necesita ser activado”<sup>30</sup>. Cualesquiera que sean nuestros propios “prejuicios” –positivos o negativos– sobre el derecho chino, es probable que, en nuestros escritos, estemos activando mensajes y significados de los que ni siquiera somos conscientes. Al elaborar una genealogía del Orientalismo legal, espero analizar algunos de los prejuicios culturales prevalecientes que informan nuestra interpretación del estudio comparado del derecho chino.

En otros términos, este artículo es un intento de pensar el contexto en el que necesariamente se despliega el estudio del derecho chino y de entender la historicidad de la academia contemporánea. ¿Qué podemos aprender de la historia del Derecho Comparado y, ciertamente, de la historia de la historia legal china?<sup>31</sup> Sugiero que es considerando al Orientalismo Legal como una tradición cultural en curso que podemos entender mejor por qué, incluso hoy, las afirmaciones sobre el estatus del derecho chino son inexorablemente *normativas*. ¿Por qué la afirmación de que China carece de “derecho” (de nuevo, como quiera que sea definido) casi nunca es una mera aseveración fáctica, sino que constituye una recriminación implícita de China y sus tradiciones culturales?

---

<sup>28</sup> HANS-GEORG GADAMER, TRUTH AND METHOD 276 (Joel Weinsheimer & Donald G. Marshall eds., Crossroad 2d rev. ed. 1989) (1960).

<sup>29</sup> *Id.* en 284.

<sup>30</sup> DAVID M. HALPERIN, ST. FOUCAULT: TOWARDS A GAY HAGIOGRAPHY 13 (1995).

<sup>31</sup> *Cf Id.* En 299 (“Un pensamiento verdaderamente histórico debe tener en cuenta su propia historicidad”)

Abajo analizo los procesos a través de los cuales los reclamos sobre la supuesta ausencia de derecho en China se han convertido en parte de la identidad cultural del observador que los formula y, a su vez, contribuyen al contenido de las observaciones propiamente dichas. En últimas, el objeto de mi investigación son determinadas representaciones Occidentales del derecho chino y las nociones de legalidad y subjetividad jurídica que están supuestas en aquellas. El proyecto es, en última instancia, hermenéutico en un sentido Gadameriano: su objetivo “no es desarrollar un procedimiento” para entender el derecho chino, “sino aclarar las condiciones en las cuales tienen lugar [tales] entendimientos”<sup>32</sup>. Nos guste o no, el Orientalismo Legal es una condición del conocimiento occidental del derecho chino.

No obstante, mientras que en Occidente nos quedamos perplejos al enterarnos de la visión sinocéntrica del mundo –la palabra en mandarín para “China” significa “Reino Medio”–, aceptamos con suma facilidad la idea de que somos el Primer Mundo, dos veces retirado del *soi-disant* Tercer Mundo. Sin lugar a dudas, esta distancia se está empequeñeciendo, ya que el Segundo Mundo ha desaparecido casi totalmente. Dejando a un lado nuestro solipsismo Occidental, las culturas no vienen etiquetadas con numeraciones ordinarias. Dado el eurocentrismo tradicional de la academia legal en su conjunto<sup>33</sup>, tal vez la categoría “derecho” oscurece más de lo que ilumina: ¿no podría ser mejor el estudio de, por ejemplo, “el control social comparado”, más que del Derecho Comparado?<sup>34</sup>

En palabras de Dipesh Chakrabarty, las categorías analíticas europeas son “tan indispensables como inadecuadas para ayudarnos a pensar a través de la experiencia de la política moderna en naciones no-occidentales”<sup>35</sup>. La respuesta de Chakrabarty a esta situación es el proyecto de “provincialización de Europa”: des-centrar las categorías analíticas occidentales y someterlas, a ellas y a sus historias, a un riguroso examen

---

<sup>32</sup> *Id.* en 295.

<sup>33</sup> Cf. Kenneth B. Nunn, *Law as a Eurocentric Enterprise*, 15 *LAW & INEQ* .323(1997).

<sup>34</sup> Los antropólogos John Comaroff y Simon Roberts responden a esta pregunta de forma afirmativa, dentro del contexto de la antropología jurídica: “[E]l argumento para perpetuar una antropología discreta del derecho, si esta implica una reificación continúa de “lo legal”, no es convincente”, argumentan, proponiendo en su lugar el estudio de la lógica de los procesos de solución de controversias en su propio contexto cultural. JOHN COMAROFF & SIMON ROBERTS, *RULES AND PROCESSES: THE CULTURAL LOGIC OF DISPUTE IN AN AFRICAN CONTEXT* 249 (1981).

<sup>35</sup> DIPESH CHAKRABARTY, *PROVINCIALIZING EUROPE: POSTCOLONIAL THOUGHT AND HISTORICAL DIFFERENCE* 16 (2000).

crítico. Sin embargo, dado el hecho de que el pensamiento europeo es, ahora, “herencia de todo el mundo ... y nos afecta [a] todos”, la tarea no es, ni puede ser, la eliminación definitiva de todos los aparatos analíticos del pensamiento Europeo, como, por ejemplo, las ideas y preconcepciones occidentales sobre el derecho. De forma más productiva, Chakrabarty quiere explorar la forma a través de la cual las tradiciones Europeas “pueden ser renovadas desde y para los márgenes”<sup>36</sup>. Un aspecto de la provincialización de Europa debe ser provincializar –en lugar de descartar – las concepciones euro-americanas de derecho y sus categorías.<sup>37</sup> Hago esto

---

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> Cf MIRJAN DAMASKA, *THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS* 199 (1986) (observando que la definición de “derecho”, tan estrecha que excluye a China, (“huele al dogmatismo de los sedentarios (*untraveled*)”). Este proyecto de provincializar el derecho ya ha empezado en diversos frentes. Importantes ejemplos de intereses teóricos generales, y en crecimiento, dirigidos a analizar la relación entre el derecho y el colonialismo incluyen: LAWS OF THE POST COLONIAL Darian-Smith & Peter eds., (Eve Fitzpatrick 1999); PETER FITZPATRICK, *MODERNISM AND THE GROUNDS OF LAW* (2001); *Symposium, Colonialism, Culture, and the Law*, 26 LAW & SOC. INQUIRY 305 (2001); *Symposium, Post-Colonial Law - Uses of Theory in Law Reform Projects*, 10 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 535 (2001); y *Symposium, Re-Orienting Law and Sexuality*, 48 CLEV. ST. L. REV. 1 (2000); *Special Issue, Postcolonialism, Globalization and Law*, 1999 THIRD WORLD LEGAL STUD. 1. De igual forma, existe un gran número de análisis postcoloniales en varios sub-campos, que incluyen el de la propiedad intelectual (v.r.g., Rosemary J. Coombe, *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy*, 6 CAN. J. L. & JURIS. 249 (1993)), inmigración (v.r.g., Tayyab Mahmud, *Migration, Identity, and the Colonial Encounter*, 76 OR. L. REV. 633 (1997)), derecho ambiental (p.ej., Benjamin J. Richardson, *Environmental Law in Postcolonial Societies: Straddling the Local-Global Institutional Spectrum*, 11 COLO. J. INT'L ENV'T'L. & POL'Y 1 (2000)), y teoría racial crítica (*critical race theory*) (v.r.g., Chantal Thomas, *Critical Race Theory and Postcolonial Development Theory: Observations on Methodology*, 45 VILL. L. REV. 1195 (2000); Eric K. Yamamoto, *Re-thinking Alliances: Agency, Responsibility and Interracial Justice*, 3 ASIAN PAC. AM. L.J. 33 (1995)). Cada vez más, fenómenos jurídicos estadounidenses están siendo analizados a través de los lentes del colonialismo. Ver, p.ej., FOREIGN IN A DOMESTIC SENSE: PUERTO RICO, AMERICAN EXPANSION AND THE CONSTITUTION Burnett & BurkeMar (Christina Duffyshall eds., 2001); SALLY ENGLE MERRY, *COLONIZING HAWAII: THE CULTURAL POWER OF LAW* (2000); Wendy Nelson Espeland, *Bureaucrats and Indians in a Contemporary Colonial Encounter*, 26 LAW & SOC. INQUIRY 403 (2001); Laura Gomez, *Race, Colonialism, and Criminal Law: Mexicans and the American Criminal Justice System in Territorial New Mexico*, 34 LAW & SOC. REV. 1129 (2000); Efrain Rivera Ramos, *The Legal Construction of American Colonialism: The Insular Cases*, 65 REV. JUR. U. P. R. 225 (1996)

por medio del análisis de las construcciones históricas del sujeto jurídico euro-americano frente a su contraparte China y las implicaciones de dicha historia para el estudio actual del derecho chino.

¿Cuáles son, entonces, las connotaciones de la palabra “derecho” y cómo colorean nuestra relación con la entidad política y cultural que llamamos China? Las falencias del derecho chino a menudo son atribuidas a una confusión putativa de categorías —la tendencia de los chinos a confundir la moral y el derecho, o el derecho y la costumbre, por ejemplo. Tales afirmaciones tienen un gran atractivo intuitivo. Al igual que el brillantemente condescendiente apartado de la enciclopedia China descrita por Michel Foucault en el prefacio a su libro *El Orden de las Cosas*<sup>38</sup>, y traída a colación en uno de los dos epígrafes de este artículo, tales afirmaciones se ajustan a las expectativas de locura taxonómica china y de irreducible diferencia cultural. Sin embargo, lo que muchos lectores de Foucault ignoran es que la divertida entrada de enciclopedia citada por el francés no es realmente un extracto de una enciclopedia. Es una cita de una fábula de Jorge Luis Borges que Foucault utiliza ingeniosamente para configurar una plantilla epistemológica de los sistemas europeos de conocimiento<sup>39</sup>. Se puede asumir —aunque no se puede estar del todo seguro— que Foucault está actuando conscientemente en este caso<sup>40</sup>. De cualquier forma, lo que *sí es* cierto es que perdurables nociones occidentales del derecho chino están basadas en fabulas orientalistas y se traicionan a sí mismas por su poca consciencia sobre este hecho.

Este estudio fabuloso de la ciencia jurídica occidental en torno al derecho chino es el tema de lo que resta de este artículo, que procede de la siguiente manera. La Parte II describe, primero, los límites del funcionalismo, el paradigma teórico dominante en Derecho Comparado, y propone el análisis del “Orientalismo legal” como un punto de partida alternativo. Antes de pasar al estudio del otro Oriental, la Parte III analiza el proceso general a través del cual el derecho participa en la construcción del sujeto occidental marcado cultural y nacionalmente. La parte IV, el núcleo de este artículo, es un bosquejo de cómo el sujeto jurídico euro-americano ha imaginado su

---

;Ediberto Roman, *Empire Forgotten: The United States's Colonization of Puerto Rico*, 42 VILL.L. REV. 1119 (1997).

<sup>38</sup> Ver *supra* nota 2.

<sup>39</sup> Foucault, en efecto, no cita la historia de Borges, aunque sí identifica correctamente a Borges como el autor. Ver Borges, *supra*, nota 2.

<sup>40</sup> En efecto, a pesar de algunos esfuerzos por mantenerse a distancia de la indignante “Enciclopedia China” de Borges, Foucault termina teniendo un tono totalmente condescendiente cuando pacientemente sugiere que no podemos descartar “con toda seguridad” la validez de “la clasificación china” (!) de los animales en “embalsamados” y “domesticados”. FOUCAULT, *supra* nota 2, en xix.

relación, en varios contextos históricos, con su contraparte oriental, el no-sujeto no-jurídico chino. La parte V se dirige a las implicaciones contemporáneas del estudio de la historia del Orientalismo Legal. Dado que toda comprensión parte de algún lugar, el sesgo es inevitable y el prejuicio, la condición misma del conocimiento. En vez de emitir un llamado imposible hacia el fin del Orientalismo, propongo recurrir a una ética del Orientalismo. En un sentido importante, el proceso de comparación crea los objetos comparados. Por lo tanto, la manera como nos comparamos con otros, produce tanto las condiciones como los obstáculos para una comunicación posterior. Un Orientalismo legal que se reputa ético se detiene en las condiciones de formación del sujeto jurídico: en lugar de postular a los chinos simplemente como carentes de subjetividad jurídica, permite la posibilidad de sujetos jurídicos *diferentemente* constituidos. Un enfoque más abierto a la comparación puede cambiar nuestros puntos de vista, no sólo de los otros como sujetos de derecho, sino también de nosotros mismos.

## II. Más allá del Funcionalismo

Uno de los objetivos de este artículo es ayudar a direccionar el derecho comparado más allá del funcionalismo. Para ello, la Sección A ofrece un breve relato del funcionalismo, seguido de un análisis de sus límites en la Sección B. La Sección C desarrolla una definición preliminar de “Orientalismo legal.” La sección D, a su vez, considera los límites metodológicos del estudio del Orientalismo legal.

### A. Funcionalismo

Aunque gran parte del trabajo en Derecho Comparado sigue siendo metodológicamente inconsciente, la metodología dominante es, sin lugar a dudas, el funcionalismo, bien sea que se reconozca expresamente por sus practicantes, o no. La idea básica del funcionalismo –originalmente traído desde las Ciencias Sociales al Derecho Comparado– es poderosamente simple<sup>41</sup>. La tarea del funcionalista es identificar algún tipo de problema

---

<sup>41</sup> Para un clásico ejemplo del funcionalismo sociológico ver TALCOTT PARSONS, *THE SOCIAL SYSTEM* (1951). El atractivo del funcionalismo no se limita al derecho comparado. Anima gran parte de la academia de Derecho y Sociedad y la historia legal, donde existe un paradigma evolutivo implícito en la comprensión del cambio legal. En palabras de Lawrence Friedman, por ejemplo,

El derecho, por lo general, evoluciona; cambia en forma fragmentaria...lo que se mantiene del derecho viejo es altamente selectivo. El cambio en la sociedad puede ser lento, pero es despiadado. Ni la evolución ni la revolución son sentimentales. Las viejas reglas jurídicas e instituciones

universalmente compartido por las sociedades, para luego analizar las formas como diferentes ordenamientos jurídicos resuelven el mismo problema. Las soluciones legales, por definición, serán funcionalmente equivalentes y, por lo tanto, comparables.<sup>42</sup> Por ejemplo, académicos del derecho chino han observado con frecuencia que muchas de nuestras formas jurídicas de resolución de conflictos eran llevadas a cabo en la China tradicional por mecanismos extra-judiciales, como la familia.<sup>43</sup> Igualmente, prominentes observadores han argumentado que el ritual Confuciano (*li*) constituía el equivalente al derecho natural, propio de los primeros años de modernidad occidental.<sup>44</sup>

---

se mantienen vivas cuando todavía cumplen un propósito — o, al menos, cuando no interfieren con los reclamos de la vida cotidiana...Las doctrinas jurídicas en acción, no obstante lo pintorescas que sean, deben actuar como las sirvientes de un interés económico o social.

LAWRENCE FRIEDMAN, *HISTORY OF AMERICAN LAW* 18, 23 (2d ed. 1985). Para el papel del Funcionalismo (o el “adaptismo” [*adaptationism*] como lo llama Gordon) en la historia legal, ver en términos generales a Robert Gordon, *Historicism in Legal Scholarship*, 90 *YALE L. J.* 1017 (1981).

<sup>42</sup> Para un ejemplo clásico, ver. *LAW IN RADICALLY DIFFERENT CULTURES* (John Barton et al. eds., 1983) [desde ahora, *LAW IN RADICALLY DIFFERENT CULTURES*](analizando el tratamiento de la “herencia”, “peculado”, “contrato” y “control poblacional” en las leyes de “Occidente”, Egipto, Botswana, y China).

<sup>43</sup> Ver, p.ej, SYBILLE VAN DER SPENKEL, *LEGAL INSTITUTIONS IN MANCHU CHINA: A SOCIOLOGICAL ANALYSIS* 80-96 (1962). En el uso del término China tradicional, soy consiente que la división convencional de la historia China entre “tradicional” y “moderna”, el último adjetivo “usualmente se refiere al periodo de contacto significativo con el Occidente moderno” PAUL A. COHEN, *DISCOVERING HISTORY IN CHINA: AMERICAN HISTORICAL WRITINGS ON THE RECENT CHINESE PAST* 58 (1984) [desde ahora COHEN, *DISCOVERING HISTORY*]. En este artículo, (como en otros lugares), uso la expresión “China tradicional” simplemente para resaltar un cierto periodo histórico, sin ninguna intención implícita de traer con ella una visión normativa particular de la historia. Cf Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, *supra* note 17, en 1614 n. 37.

<sup>44</sup> Ver, por ejemplo, JOSEPH NEEDHAM, *Human Laws and the Laws of Nature in China and the West*, en 2 *SCIENCE AND CIVILISATION IN CHINA* 5 18(1956); HuShih, *The Natural Law in the Chinese Tradition*, in 5 *UNIVERSITY OF NOTRE DAME NATURAL LAW INSTITUTE PROCEEDINGS* 119 (Edward F. Barrett ed., 1953). A menos que se indique lo contrario, en lo que queda de este artículo uso los términos Confucio y Confucianismo para referirme a la ideología estatal perpetuada por el servicio civil imperial y sus sistemas de evaluación, totalmente consciente de que esta definición no es exhaustiva, y tiene significados alternativos. Como lo he notado previamente “por un lado, este confucianismo ortodoxo, que creció ampliamente a lo largo del tiempo, se mantuvo en contraste frente al confucianismo filosófico del cual derivó. Por el otro, era igualmente

## B. Los límites del Funcionalismo

En las ciencias sociales, el funcionalismo se agotó en gran medida en la década de los 80's. Sin embargo, todavía conserva una vigorosa fuerza en la imaginación de los abogados comparativistas.<sup>45</sup> Aunque se mantenga como una herramienta útil en manos de un sofisticado practicante, el funcionalismo (como cualquier otro método) tiene notables límites.<sup>46</sup> A pesar de su aparente neutralidad valorativa, se basa en la identificación de un problema que posteriormente es resuelto por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, no es claro qué constituye un “problema”: lo que es un problema en una cultura puede no serlo en otra.<sup>47</sup> Además, los

---

diferente de las políticas confucianas elaboradas dentro de los círculos reales y las prácticas administrativas, que no necesariamente se ajustaban a los ideales profesados por el Estado”. Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, supra note 17, en 1607 n.18.

<sup>45</sup> Cf June Starr & Jane Collier, Introduction, en HISTORY AND POWER IN THE STUDY OF LAW: NEW DIRECTIONS IN LEGAL ANTHROPOLOGY 5 (June Starr Jane Collier eds., 1989) [desde ahora, HISTORY AND POWER IN THE STUDY OF LAW] (“Muchos antropólogos que estudiaron la solución de conflictos en los años 1960 y 1970 experimentaron una sensación de crisis de paradigma en 1980, como también lo hicieron la mayoría de los antropólogos sociales, pues la teoría funcionalista (el marco dentro del cual trabajos anteriormente citados) fue criticado cada vez más y más.”).

<sup>46</sup> Es decir, yo no estoy rechazando el funcionalismo en todas sus formas y para todos sus efectos. De hecho, si la “función” se concibe de forma lo suficientemente amplia, la etiqueta “funcionalismo” puede subsumir casi cualquier metodología. Incluso las leyes que no parecen cumplir ningún propósito por fuera de servir como una declaración ideológica (o, puesto menos tendenciosamente, que expresan un juicio de valor colectivo) pueden ser analizadas en el cumplimiento de una función ideológica (o expresiva). Sin embargo, no estoy investido en el análisis—ya sea positiva o negativamente— de la propia etiqueta, y mi objetivo aquí es simplemente examinar los límites de un modo particular de análisis que es el que se asocia convencionalmente dicha etiqueta, es decir, el funcionalismo sociológico. Esta corriente principal del funcionalismo, tiene sus usos; y lo he usado yo mismo para sugerir que en la China imperial tardía el derecho de familia realizaba muchas de las funciones económicas que el derecho corporativo realiza hoy en día en Estados Unidos. En reconocimiento de sus límites, sin embargo, he tratado de combinar la investigación funcionalista con un análisis hermenéutico. Ver. Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, supra nota 17, en 1613 (argumentando que si bien el derecho societario estadounidense y chino comparten muchas similitudes funcionales, como sistemas de significado se mantienen diferentes)

<sup>47</sup> El caso del derecho societario en China ofrece una extraordinaria ilustración: el *problema* central de esta rama en Estados Unidos se ha convertido en la *solución* del *problema* central de las empresas Chinas. Desde el clásico análisis de Berle y

funcionalistas a menudo hacen suposiciones implícitas sobre qué problemas son los que *deberían* ser resueltos a través de medios jurídicos<sup>48</sup>. En su peor faceta, el funcionalismo lleva a una especie de imperialismo epistemológico: o nos encontramos en las culturas jurídicas extranjeras analizadas con la confirmación de la (proyectada) universalidad de nuestras categorías jurídicas o, de forma igualmente inquietante, nos encontramos con la “prueba” de que otras culturas jurídicas carecen de algún aspecto de nuestro derecho.

La administración colonial de la India británica ofrece un buen ejemplo del primer tipo de colonialismo conceptual. Al describir el intento de Sir William Jones por descubrir los principios de la ley hindú, Bernard Cohn argumentó que aquello que comenzó “como una búsqueda de la ‘antigua Constitución India’, terminó con lo que [Jones] tanto quería evitar –con la postulación del derecho Inglés como si fuera el derecho de la India”<sup>49</sup>. La razón era simple. Como Jones se propuso buscar una ‘ley civil hindú’, su atención se centró en problemas que a él, “un *Whig* en filosofía política y jurídica, le preocupaban – los derechos, públicos y privados, que afectaban la titularidad y la transmisión de la propiedad”<sup>50</sup>. Como era de esperarse,

---

Means, la separación de la propiedad y la gestión ha constituido el llamado “problema de la agencia” que el derecho societario estadounidense pretende abordar. Véase, en general ADOLF A. BERLE & GARDINER C. MEANS, MODERN CORPORATION AND PRIVATE PROPERTY (1937). Cuando China sancionó una ley societaria, lo hizo con la esperanza expresa de que, al crear una separación entre la propiedad y la gestión —el problema de la agencia estadounidense— se resolvería el (realmente diferente) problema de las empresas estatales chinas. Este giro irónico ha sido casi inadvertido en la literatura sobre las empresas chinas, excepto por Donald Clarke and William Simon. Ver Donald Clarke, *GATT Membership for China?*, 17 PUGET SOUND L. REV. 517, 524 (1994); William H. Simon, *The Legal Structure of the Chinese “Socialist Market” Enterprise*, 21 J. CORP. L. 267 (1996); cf. Ronald J. Gilson & Mark J. Roe, *Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps Between Corporate Governance and Industrial Organization*, 102 YALE L.J. 871, 874 (1993) (“Hasta la fecha, el análisis comparativo del sistema de gobernanza corporativa japonesa ha asumido que el problema central del sistema japonés, como el del sistema norteamericano, es resolver el Berle-Means problema de monitoreo”)

<sup>48</sup> Günther Frankenberg critica esta suposición dándole el nombre de “legocentrismo”, o la tendencia a tratar al derecho “como un hecho y una necesidad, ya sea como el camino natural a la resolución ideal racional u óptima de conflictos y en última instancia, a un orden social que garantice la paz y la armonía.” Frankenberg, supra nota 7, en 445.

<sup>49</sup> BERNARDS. COHN, *Law and the Colonial State in India*, in COLONIALISM AND ITS FORMS OF KNOWLEDGE 57 (1996).

<sup>50</sup> *Id.* at. 71.



Jones encontró precisamente aquello que se propuso encontrar –lo cual, de hecho, es el sello distintivo de un funcionalista emprendedor.

Como un ejemplo quizá trivial, pero elocuente, del peligro opuesto –el fracaso de encontrar equivalentes de sus propias categorías– consideremos la siguiente anécdota de un salón de clases. Al leer el libro de Hugh Scogin sobre “Derecho de Contratos” en la dinastía China Han<sup>51</sup> (y el estudio altamente contextualizado de Scogin ciertamente amerita la necesidad de las comillas)<sup>52</sup>, un estudiante de Janet Ainsworth le consultó con urgencia, “Dígame ... [l]os chinos también habían desarrollado la teoría del acto propio (*promissory estoppel*)?” Como Ainsworth observa con aspereza, el estudiante:

*aparentemente consideraba el desarrollo de la teoría del acto propio como una consecuencia evolutiva natural del derecho de los contratos, de tal manera que cualquier civilización que poseyera un estudio de la doctrina contractual produciría, con el paso del tiempo, el equivalente funcional de la Sección 90 del Restatement of Contracts.*<sup>53</sup>

En su forma más extrema, una insistencia incansable por una equivalencia exacta puede llevar a un funcionalista a concluir que China carece incluso de “derecho”.

A favor del funcionalismo, hay que señalar que no existe intrínsecamente nada en él, en tanto que metodología, que obligue a encontrar una presencia o una ausencia (en lugar) del objeto que está siendo comparado.<sup>54</sup> Históricamente, las variantes más contemporáneas del funcionalismo —a diferencia, digamos, del funcionalismo evolutivo del siglo diecinueve— han tendido a encontrar en sistemas legales “primitivos” menos, en lugar de más, ausencia de derecho. En efecto, en la medida en que el funcionalismo está basado en la existencia de ciertas condiciones universalmente compartidas, encarna el potencial de hacer parecer al Otro exótico, en última instancia, racional, en lugar de simplemente “primitivo”. Como

---

<sup>51</sup> 206 A.E.C. - 220 E.C

<sup>52</sup> Hugh T. Scogin Jr., *Between Heaven and Man: Contract and the State in Han Dynasty China*, 63 S. CAL.L. REV. 1326 (1990).

<sup>53</sup> Ainsworth, *supra* nota 7, at. 20.

<sup>54</sup> Para Max Weber, por ejemplo, el problema principal que sufría la tradición legal china era que no tenía ningún concepto de “derecho natural”. WEBER, *THE RELIGION OF CHINA*, *supra* nota 20, en 147. Esta es precisamente la conclusión contraria de eminentes observadores, Hu Shih, *supra* nota 44 y NEEDHAM, *supra* nota 44 — una excelente ilustración de la indeterminación definitiva del funcionalismo.

insiste Max Gluckman en su clásico trabajo etnográfico sobre el derecho tribal, “es infortunado que todavía sea necesario demostrar que los africanos... usan procesos de razonamiento inductivo y deductivo que son, en esencia, similares a aquellos de Occidente, aunque, incluso, las premisas sean diferentes”.<sup>55</sup>

### C. Orientalismo Legal

*De hecho, la comprensión como esfuerzo intelectual continuo no es más que la crítica rigurosa de los malentendidos, las representaciones sesgadas [misrepresentation] y todo tipo de mitos culturales y concepciones equivocadas [misconceptions].*<sup>56</sup>

– Zhang Longxi

Si la comparación es una empresa inherentemente riesgosa, ¿hay alguna manera de hablar del derecho chino sin involucrarse uno mismo en el peligroso acto de comparación? Los abogados comparativistas, de hecho, a menudo insisten en la distinción entre el estudio del “derecho extranjero” y el “Derecho Comparado”: el último consiste en la comparación expresa de dos ordenamientos jurídicos, en lugar de la mera descripción de sistemas legales extranjeros<sup>57</sup>. Sin embargo, parece inevitable que la descripción de un derecho extranjero –incluyendo la del derecho chino– sea siempre una instancia de Derecho Comparado: incluso en la “mera descripción”, nuestro propio sistema jurídico siempre es el punto de referencia implícito, contra el cual se confronta la cultura objeto de la comparación.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> MAX GLUCKMAN, *THE JUDICIAL PROCESS AMONG THE BAROTSE OF NORTHERN RHODESIA* (1955). Le agradezco a Don Clarke por mostrarme a Gluckman, y a Haun Sassy por insistir en las contribuciones históricas positivas del funcionalismo. Otros análisis similares de derecho primitivo incluyen KARL LLEWELLYN & E. ADAMSON HOEBEL, *THE CHEYENNE WAY: CONFLICT AND CASELAW IN PRIMITIVE JURISPRUDENCE* (1941); BRONISLAW MALINOWSKI, *CRIME AND CUSTOM IN SAVAGE SOCIETY*. Para un importante y reciente ejemplo en el género de textos de estudios de las facultades de derecho, ver *LAW IN RADICALLY DIFFERENT CULTURES*, *supra* note 42.

<sup>56</sup> ZHANG LONGXI, *MIGHTY OPPOSITES: FROM DICHOTOMIES TO DIFFERENCE IN THE COMPARATIVE STUDY OF CHINA 2* (1998).

<sup>57</sup> Merryman, *supra* note 5, en 82; cf. TWINING, *supra* note 9, en 187 (“Los comparativistas a veces insisten en una distinción verdaderamente fuerte entre derecho extranjero y Derecho comparado”).

<sup>58</sup> Cf. Curran, *supra* note 8, en 45 (argumentando que “la comparación es tan central a todo análisis legal, como es de central incluso para el mismo proceso de comprensión”). En efecto, mientras que el término “descripción” es usado frecuentemente como un epíteto para caracterizar la doctrina jurídica, la dificultad de una “mera descripción” en sí misma es fácilmente subestimada en el contexto del Derecho Comparado. Ver, por ejemplo, Alford, *The Limits of “Grand Theory,”*

La descripción del derecho chino no ocurre en el vacío. Edward Said, el académico literario y líder teórico postcolonial, utiliza el término “Orientalismo” para referirse a los discursos que estructuran la comprensión occidental de Oriente<sup>59</sup>. Hace énfasis en la forma a través de la cual la identidad del Occidente colonial y postcolonial es una conquista retórica. En una serie de gestos imperiales, hemos reducido “el Oriente” a un objeto pasivo, destinado a ser conocido por un sujeto cognitivo privilegiado –nosotros mismos, “Occidente”. Said exhorta:

*Sin examinar el Orientalismo como discurso no puede entenderse la enorme disciplina sistemática mediante la cual la cultura europea fue capaz de gestionar –incluso producir– el Oriente en términos políticos, sociales, militares, ideológicos, científicos e imaginarios durante el periodo de la post-Ilustración.<sup>60</sup>*

---

supra note 8 (enfaticando la importancia de una “densa descripción” en el sentido Geertziano); cf. CLIFFORD GEERTZ, *Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture*, in THE INTERPRETATION OF CULTURES 3 (1973).

<sup>59</sup> EDWARD SAID, ORIENTALISM (1978) [Desde ahora, SAID, ORIENTALISM] ver también, Edward Said, *Orientalism Reconsidered*, in LITERATURE, POLITICS AND THEORY 210 (Francis Barker et al. eds., 1986); Edward Said, *Orientalism: An Afterword*, 14 RARITAN 32 (1995).

<sup>60</sup> SAID, ORIENTALISM, supra note 59, en3. Describiendo el Orientalismo como un “discurso” Said lo utiliza en un sentido explícitamente foucaultiano, especialmente como lo desarrolla este autor en MICHEL FOUCAULT, THE ARCHAEOLOGY OF KNOWLEDGE AND THE DISCOURSE ON LANGUAGE (Alan Sheridan trans., 1972) and MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON (Alan Sheridan trans., 1977) [Desde ahora, FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH]. Pero tal como Foucault ha sido criticado por la ausencia de un concepto de agencia que permita algo más que una mera resistencia local a los discursos disciplinarios, el concepto de Said de Orientalismo también ha sido criticado como demasiado hegemónico por no permitirle a “el Oriente” un rol en la construcción del mismo. Ver, por ejemplo, Dennis Porter, *Orientalism and Its Problems*, in THE POLITICS OF THEORY 179 (Francis Barker et al. eds., 1983). En parte, como respuesta a estas críticas, en trabajos posteriores, Said busca proporcionar un estudio más amplio del imperialismo que abarque “un patrón general global de la cultura imperial” y que incorpore también “una experiencia histórica de resistencia en contra del imperio”. EDWARD SAID, CULTURE AND IMPERIALISM, enxii (1993). De hecho, gran parte del desarrollo posterior de la teoría poscolonial - más notablemente el trabajo de Gayatri Spivak y Homi Bhabha - puede ser visto como un esfuerzo de resistirse a las lecturas totalizadoras del Orientalismo, con un mayor énfasis en la hibridación cultural, la ambivalencia psicológica y la diáspora geográfica de los sujetos (post)coloniales.

Lo que sigue estando ausente, en gran medida, del derecho comparado es el estudio de las formas *jurídicas* particulares de Orientalismo: las formas en que “el Oriente” –así como el “Occidente”<sup>61</sup>– han sido producidos a través de la retórica del derecho. Más adelante, este artículo se centra en las representaciones euro-americanas del derecho chino y analiza estos procesos retóricos como una forma de “Orientalismo legal”.

Antes de proceder de tal forma, sin embargo, debo enfatizar que mi uso del término “Orientalismo” es en el sentido técnico definido por Edward Said y elaborado por otros teóricos poscoloniales<sup>62</sup>. Existe una importante literatura que critica las nociones legales sostenidas por académicos Orientalistas, pero estas críticas no ofrecen necesariamente un análisis Orientalista en el sentido postcolonial en el que yo empleo dicho término. Aunque las diversas críticas son tan variadas que no puede caracterizarse en un solo género, tienden a tener una orientación modernista: demostrando las inexactitudes en las descripciones clásicas de los académicos Orientalistas, su estrategia principal es rehabilitar a los chinos como auténticos sujetos de la modernidad (legal). Los análisis poscoloniales

---

<sup>61</sup> Utilizo el término “Occidente” deliberadamente, reconociendo plenamente que “Occidente” no existe como una entidad indiferenciada, monolítica de ninguna manera más de lo que el “Oriente” lo hace. Tal como se usa en este artículo, ambos términos se refieren a construcciones discursivas más que ubicaciones geográficas fijas. Para decir lo obvio, tanto los “occidentales” como los “orientales” viven en un espacio, no solamente en un “discurso”. Sin embargo, como lo observa acertadamente Haun Saussy haciendo referencia la *idea* de Occidente, “Occidental es precisamente lo que se denomina una palabra vaga”. HAUN SAUSSY, *Postmodernism in China*, in GREAT WALLS OF DISCOURSE AND OTHER ADVENTURES IN CULTURAL CHINA 118, 120 (2001). Estudios recientes de la transnacionalidad china ilustran que, geográficamente, las formaciones culturales chinas de hecho abarcan “el Occidente” y “El Oriente”. Ver, por ejemplo, MADELINE HSU, *DREAMING OF GOLD, DREAMING OF HOME: TRANSNATIONALISM AND MIGRATION BETWEEN THE UNITED STATES AND SOUTH CHINA, 1882-1943* (2001); ADAM MCKEOWN, *CHINESE MIGRANT NETWORKS AND CULTURAL CHANGE: PERU, CHICAGO, HAWAII, 1900-1936* (2001); AIHWA ONG, *FLEXIBLE CITIZENSHIP: THE CULTURAL LOGICS OF TRANSNATIONALITY* (1999).

<sup>62</sup> Mientras que este artículo busca analizar el derecho chino a través de los lentes del Orientalismo, hay por lo menos dos estudios que utilizan el término “Orientalismo legal” —uno, para analizar el sistema legal británico en Bruma, y otro para deconstruir la categoría de “derecho asiático” usada en Australia. Ver Hilary McGeachy, *The Invention of Burmese Buddhist Law: A Case Study in Legal Orientalism*, 4 AUST. J. ASIAN L. 31 (2002) (analizando la administración británica en Burma); Veronica Taylor, *Beyond Legal Orientalism*, in ASIAN LAWS THROUGH AUSTRALIAN EYES 47 (Veronica Taylor ed., 1997) (disputando el “derecho asiático” como una categoría)

difieren en su énfasis. En lugar de tratar de rescatar a China dentro de una definición más amplia de la modernidad, enfatizan la construcción histórica de China, y del “no-Occidente” en general, como “tradicional” y “pre-moderno” por definición.<sup>63</sup>

#### D. Los límites del Orientalismo legal

Aunque ningún estudio del derecho no-Occidental puede estar completo sin tener en cuenta los discursos Orientalistas, este tipo de análisis críticos (como sus contrapartes funcionalistas) tienen sus límites, definidos por las preguntas mismas que se plantean.

Primero, no existe una versión definitiva de Orientalismo<sup>64</sup>. Occidente tiene varios Otros Orientales (y otros), que varían enormemente en términos de

---

<sup>63</sup> De hecho, lo que un análisis poscolonial añade a otras críticas es demostrar la naturaleza mutuamente constitutiva de categorías como “moderno/tradicional” o “Occidente/Oriente”. Es decir, el problema que debe abordarse no es simplemente que pensadores individuales como Hegel o Marx, por ejemplo, hayan podido ser “orientalistas” en sus análisis, sino que el “orientalismo” como una visión del mundo está constituido en la idea misma de la legalidad (occidental) moderna, un punto que emerge de forma aún más clara cuando el análisis poscolonial se combina con la teoría constitutiva del derecho. Ver la Sección III, *infra*. Aunque las críticas modernas y postcoloniales que he esbozado aquí son analíticamente diferentes, sus intervenciones pueden ser complementarias. La afirmación que China carece de “derecho, por ejemplo, puede ser desvirtuada ya sea mostrando cómo y por qué China sí tiene un derecho “en el sentido moderno”, o estudiando cómo el derecho ha sido construido históricamente para excluir a China desde su definición. En otra parte, yo mismo me he dedicado a lo que aquí llamo el proyecto modernista: la ampliación del “derecho corporativo” occidental para incluir en él las operaciones del derecho de familia chino. ver. Ver Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, *supra* note 17. Para importantes ejemplos contemporáneos de críticas orientalistas a análisis del derecho Chino — principalmente, aunque no exclusivamente, en el proyecto modernista— véase, por ejemplo, Alford, *supra* note 8; William P. Alford, *The Inscrutable Occidental: Roberto Unger's Uses and Abuses of the Chinese Past*, 64 TEXASL. REV. 915 (1986) [desde ahora, Alford, *The Inscrutable Occidental*]; Randall Peerenboom, *The X-Files: Past and Present Portrayals of China's Alien "Legal System,"* GLOBALSTUD. L. REV. (2003); Hugh Scogin, *Civil "Law" in Traditional China: History and Theory*, in CIVIL LAW IN QING AND REPUBLICAN CHINA, *supra* note 23, en13.

<sup>64</sup> De hecho, el término “teoría poscolonial” en sí mismo es un comodín [*place holder*] para numerosas posiciones teóricas de diferentes grados de especificidad histórica. Cf Stephen Slemon, en DESCRIBING EMPIRE: POSTCOLONIALISM AND TEXTUALITY 15, 16 (Chris Tiffin & Alan Lawson eds., 1994) (“Post-colonialismo”, ahora que se utiliza en diversos campos, describe un conjunto

sus características e historias particulares –aunque todos compartan el hecho de ser definidos por su relación con Occidente, con diferentes Otros confirmando diferentes aspectos de la auto-comprensión que Occidente tiene de sí mismo<sup>65</sup>.

Los análisis legales postcoloniales tienden a tener un mayor desarrollo en los contextos geográficos del Oriente Medio y el sur de Asia, debido, al menos en parte, al hecho de que muchas de las obras clásicas del trabajo postcolonial se enfocan en éstas áreas geográficas.<sup>66</sup> En este artículo, el

---

remarcablemente heterogéneo de posiciones de sujetos, campos profesionales y proyectos críticos”.)

<sup>65</sup> Esta característica estructural del discurso orientalista no está ni siquiera limitada a las ideas del Oriente, sea como sea definido geográfica, cultural o temporalmente. Considere, por ejemplo, la estrecha afinidad entre el orientalismo de Said y la descripción de Toni Morrison del “africanismo”, o la creación de una “África” dentro del imaginario de la literatura norteamericana:

El Africanismo es el vehículo por el cual el yo estadounidense se entiende a sí mismo como no esclavizado, sino libre; no repulsivo, sino deseable, no indefenso (helpless) sino con derecho y poderoso; no a histórico sino histórico; no condenado, sino inocente; no un accidente ciego de la evolución, sino un cumplimiento progresivo del destino.

TONI MORRISON, *PLAYING IN THE DARK: WHITENESS AND THE LITERARY IMAGINATION* 52 (1992). Para ejemplos de lo que podría llamarse “Africanismo legal”, o análisis de las formas mediante las cuales el África de Hegel ha funcionado como uno de los Otros legales de occidente ver FITZPATRICK, *supra* note 35; Robert Bernasconi, *Hegel in the Courts of Ashanti*, en *HEGEL AFTER DERRIDA* 41 (Stuart Barnett ed., 1998). Acerca de la diferenciación entre África y Asia en el contexto moderno, ver también GAYATRI CHAKRAVORTY SPIVAK, *OUTSIDE IN THE TEACHING MACHINE* 53-54 (1993).

<sup>66</sup> Para trabajos sobre el subcontinente, ver, por ejemplo, RADHIKA SINGHA, *A DESPOTISM OF LAW: CRIME AND JUSTICE IN EARLY COLONIAL INDIA* (1998); Upendra Baxi, “*The State's Emissary*”: *The Place of Law in Subaltern Studies*, en *7 SUBALTERN STUDIES: WRITINGS ON SOUTH ASIAN HISTORY AND SOCIETY* (Partha Chatterjee & Gyanendra Pandey eds., 1992); Ratna Kapur, *Postcolonial Erotic Disruptions: Legal Narratives of Culture, Sex and the Nation in India*, 10 *COLUM.J. GENDER & L.* 333 (2001); Prabha Kotiswaran, *Preparing for Civil Disobedience: Indian Sex Workers and the Law*, 21 *B.C. THIRDWORLD.L.J.* 161 (2001); Kunal Parker, “*A Corporation of Superior Prostitutes*”: *Anglo-Indian Conceptions of Temple Dancing Girls, 1800-1914*, 32 *MOD. ASIANST.* 559 (1998); Note, *Interpreting Oriental Cases: The Law of Alterity in the Colonial Courtroom*, 107 *HARV. L. REV.* 1711 (1994). Para análisis importantes de comprensiones orientales del derecho en contextos del Medio Oriente, ver Lama Abu-Odeh, *Comparatively Speaking: The “Honor” of the*

derecho chino funciona como una instancia de Orientalismo, no como un caso paradigmático<sup>67</sup>. En efecto, hay muchos Orientalismos Legales igual de relevantes. Y aunque me centro en este escrito en ciertas representaciones históricamente dominantes del derecho chino, hay otras visiones estereotipadas, con diversos grados de influencia, que podrían ser analizadas provechosamente.

Segundo, el enfoque principal de este artículo son las *representaciones Occidentales* del derecho chino. Estas representaciones nos dicen mucho más acerca de la idea occidental de derecho, y la ideología que la acompaña, que cualquier otro fenómeno equivalente (o incluso no equivalente) en

---

*"East" and the "Passion" of the "West,"* 1997 UTAH L. REV. 287; Lama Abu-Odeh, *Crimes of Honour and the Construction of Gender in Arab Societies*, in FEMINISM & ISLAM: LEGAL AND LITERARY PERSPECTIVES 141 (Mai Yamani ed., 1996); John Strawson, *Islamic Law and English Texts*, 6 LAW & CRITIQUE 21 (1995); John Strawson, *Reflections on Edward Said and the Legal Narratives of Palestine: Israeli Settlements and Palestinian Self-Determination*, 20 PENN.ST. INT'L L. REV. 363 (2002). Además, el hecho de que China en su conjunto nunca fue colonizada formalmente por Occidente parece haber prevenido las apreciaciones de las diversas formas en que fue reducida a un estado colonial de facto. Ver, por ejemplo, SHU-MEI SHIH, *THE LURE OF THE MODERN: WRITING MODERNISM IN SEMICOLONIAL CHINA, 1917-37* (2001); Barlow, *supra* note 19. De todas formas, la aplicabilidad de la teoría poscolonial no depende únicamente del grado preciso en que una sociedad particular haya sido colonizada por un estado occidental. En un sentido más amplio, este cuerpo de teoría se preocupa por la construcción histórica de los muchos Otros diferentes frente a los cuales el Occidente moderno se define a sí mismo. De este modo, la teoría poscolonial no tiene por qué suponer una trayectoria singular de lo colonial/postcolonial para todas las sociedades no occidentales. Más bien, es una técnica útil para analizar las diferentes maneras en que el "no-occidente" ha sido producido y mantenido en diferentes lugares en diferentes momentos históricos.

<sup>67</sup> De hecho, el Orientalismo de Said se centra en las ideas de Oriente Medio que son comunes [*enjoy currency*] en las obras literarias Europeas. Mientras que "el Oriente" connota imágenes de los cuentos árabes de *Las mil y una noches*, para los estadounidenses "el Oriente" evoca el este asiático, lo que le da a las ideas de China una mayor prominencia en el orientalismo norteamericano. Desde Said, los estudios del Orientalismo han proliferado y este artículo representa una de sus muchas elaboraciones— británicas, francesas, asiático-americanas, alemanes, globales, feministas, posmodernistas, etc. Véase, por ejemplo LISA LOWE, *CRITICAL TERRAINS: FRENCH AND BRITISH ORIENTALISMS* (1991); SHENG-MEI MA, *THE DEATHLY EMBRACE: ORIENTALISM AND ASIAN AMERICAN IDENTITY* (2000); KAMAKSHI P. MURTI, *INDIA: THE SEDUCTIVE AND SEDUCED "OTHER" OF GERMAN ORIENTALISM* (2000); BRYAN TURNER, *ORIENTALISM, GLOBALISM, POSTMODERNISM* (1994); MEYDA YEGENOGLU, *COLONIAL FANTASIES: TOWARDS A FEMINIST READING OF ORIENTALISM* (1998).

China. Por lo tanto, este artículo tiene poco que decir sobre el derecho chino *en China*, en términos de prácticas o representaciones locales o autóctonas [*indigenous*] del derecho. Sin embargo, el enfoque solipsista en las representaciones occidentales del derecho chino no tiene la intención de dar a entender que el Derecho Comparado esté en una fractura disciplinaria y que el derecho chino *no* pueda ser conocido por observadores euro-americanos. Describir el derecho chino y compararlo, por ejemplo, al derecho estadounidense sigue siendo una tarea importante y viable – aunque difícil y siempre incompleta.<sup>68</sup> Analizar el derecho chino desde la perspectiva teórica postcolonial no es el fin de la empresa de comparación, sólo es su punto de partida<sup>69</sup>. En efecto, este proyecto puede ser conceptualizado de forma más ilustrativa como un enfoque meta-teórico de la comparación, un estudio sobre *cómo* miramos al derecho chino y cómo esos hábitos de percepción, en parte, “nos” constituyen como “occidente”.

---

<sup>68</sup> En un estudio seminal sobre las barreras del conocimiento del Otro, y especialmente el Otro no-élite (“el subalterno” en la jerga de los estudios postcoloniales), Gayatri Spivak plantea la cuestión provocativa: “¿Puede hablar el subalterno?” su primera respuesta apasionada era “¡No!” ver Gayatri Chakravorty Spivak, *Can the Subaltern Speak?*, en MARXISM AND THE INTERPRETATION OF CULTURE 271 (Cary Nelson & Lawrence Grossberg eds., 1988) [desde ahora, Spivak, *Can the Subaltern Speak?*]. En una revisión subsecuente de su ensayo, Spivak caracteriza su respuesta inicial como “desaconsejable” [*inadvisable*] y señala la importancia de permanecer “optimista” sobre la posibilidad de la conversación con el subalterno, sin embargo, advierte de cuidarse de una identificación ingenua de la propia interpretación académica del Otro “con el ‘hablar’ del subalterno”. GAYATRI CHAKRAVORTY SPIVAK, A CRITIQUE OF POSTCOLONIAL REASON: TOWARDS A HISTORY OF THE VANISHING PRESENT 309 (1999) [desde ahora, SPIVAK, A CRITIQUE OF POSTCOLONIAL REASON]; ver también GAYATRI CHAKRAVORTY SPIVAK, *Subaltern Studies: Deconstructing Historiography*, en IN OTHER WORLDS: ESSAYS IN CULTURAL POLITICS 197, 205 (1987). (elaborar una práctica del “uso estratégico del esencialismo positivista en un interés político escrupulosamente visible” en la representación de la subjetividad subalterna”) desde ahora, SPIVAK, *Subaltern Studies*]. Sobre las cuestiones metodológicas de lo “subalterno” en el contexto del estudio de China, ver Gail Hershatler, *The Subaltern Talks Back: Reflections on Subaltern Theory and Chinese History*, 1 POSITIONS 103 (1993). Y sobre el origen marxista del término subalterno, ver, ANTONIO GRAMSCI, SELECTIONS FROM THE PRISON NOTE BOOK 5S2-55 (Quintin Hoare & Geoffrey Nowell Smith trans., 1971).

<sup>69</sup> Para un reciente estudio en el siguiente paso, es decir, en cómo uno debe describir el derecho chino, ver Donald Clarke, *Puzzling Observations About Chinese Law: When Is a Riddle Just a Mistake?* (trabajo no publicado), en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=293627](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=293627) (visitado por última vez Oct. 24, 2002).



Tercero, la distinción planteada entre el derecho como un sistema de representación y el derecho como una práctica material es meramente heurística. Como sucintamente lo observa Robert Cover, el derecho es definido tanto como “palabra” como “violencia”, y las dos acepciones están conectadas íntimamente.<sup>70</sup> Las referencias hechas en este artículo al “derecho chino” o al “derecho estadounidense” o al “Occidental” deben ser leídas, por lo tanto, como si estuvieran entre comillas, para enfatizar que cada categoría está siendo considerada principalmente como una idea y una representación cultural –sin dejar de reconocer que la forma mediante la cual nos imaginamos a través del derecho también afecta la forma en que actuamos<sup>71</sup> y esto, a su vez, afecta las condiciones materiales que apoyan y dan lugar a la representaciones e ideologías jurídicas.<sup>72</sup>

Cuarto, ni el derecho occidental ni el chino existen separadamente el uno del otro. La manera como Occidente se imagina a China y al derecho chino ha coloreado sus encuentros con la ideología y las prácticas legales chinas. Estos encuentros, a su vez, han influenciado –a través de la interpretación y la representación sesgada– el status de China y el derecho chino en las mentes Occidentales. Igualmente, los chinos han traído sus propias visiones de Occidente a estos encuentros, y sus comprensiones y concepciones erróneas del derecho occidental han cambiado correspondientemente. En efecto, desde los primeros contactos Sino-Europeos, los chinos también han utilizado a occidente para sus propios fines instrumentales, para confirmar *su propia* auto-concepción de lo que significa ser chino. Además, los observadores europeos y americanos no tienen el monopolio de la comprensión Orientalista del derecho chino. Hoy en día, la idea de la superioridad Occidental es la moneda de cambio global,

---

<sup>70</sup> Robert M. Cover, *Violence and the Word*, 95 YALE L.J. 1601 (1986). Para un estudio marxista de la materialidad de la ideología y su imbricación en las prácticas materiales estatales ver LOUIS ALTHUSSER, *Ideology and Ideological State Apparatuses* (Notes Toward an Investigation), en LENIN AND PHILOSOPHY AND OTHER ESSAYS 85, 112 (Ben Brewster trans., 2001) (1971) (“Una ideología siempre existe en un aparato, y su practica o prácticas. Esta existencia es material”).

<sup>71</sup> 67. Cf CLIFFORD GEERTZ, *Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective*, in LOCAL KNOWLEDGE : FURTHER ESSAYS IN INTERPRETIVE ANTHROPOLOGY 167, 173 (1983) (describiendo el derecho como “una manera distintiva de imaginar lo real”).

<sup>72</sup> Para un llamado urgente hacia los teóricos de Occidente para que tengan en mente la “realidad china”, como sea que sea de elusiva, ver, *Zhang Longxi, Western Theory and Chinese Reality*, 19 CRITICALINQUIRY 105 (1992).

y ha dado lugar a respuestas jurídicas y culturales chinas que pueden ser descritas, de la mejor manera, como “auto-Orientalismo”.<sup>73</sup>

En pocas palabras, tanto el derecho chino como el occidental existen tanto en la imaginación china como en la occidental, y están intersubjetivamente ligadas. Boaventura de Sousa Santos acertadamente se refiere a este tipo de intersubjetividad jurídica como “interlegalidad”, definiéndola en los siguientes términos:

*no [es] el pluralismo jurídico de la antropología jurídica tradicional, en el que los diferentes ordenamientos jurídicos son concebidos como entidades separadas que coexisten en un mismo espacio político, sino que es más bien la concepción de los diferentes espacios jurídicos superpuestos, interpenetrados y mezclados tanto en nuestras mentes como en nuestros actos...<sup>74</sup>*

---

<sup>73</sup> Esto es, el objeto del conocimiento del discurso orientalista cumple con sus profecías, abrazándolas. Cf SAID, ORIENTALISM, *supra* note 59, en 325 (“El oriente moderno, en resumen, participa de su propia ortientalización”).

<sup>74</sup> SANTOS, *supra* nota 10, a 472-73 (1995). Para estar seguros, al igual que gran parte de la literatura que asume la globalización como su punto de referencia, Santos ve a su “interlegalidad” como una gran nueva y peculiar forma de legalidad posmoderna, pero el fenómeno no es nuevo, aunque tal vez es más pronunciado hoy. Compárese, por ejemplo, H. Patrick Glenn, *North America as a Medieval Legal Construction*, ¿Cómo se arregla esto? 2 GLOBAL JURIST ADVANCES 1 (2002), <http://www.bepress.com/gj/advances/vol2/iss1/art1/> (equiparando la arquitectura legal de la América del Norte post-Nafta con aquella de la Europa medieval, con relaciones jurisdiccionales que son primeramente “horizontales, en vez de verticales...provisionales en vez de definitivas...y contrapuntísticas en vez de conflictivas ) con HAROLD BERMAN, LAW AND REVOLUTION: THE FORMATION OF THE WESTERN LEGAL TRADITION 10 (1983). (“Tal vez el rasgo más distintivo de la tradición legal occidental es que la coexistencia y la competencia dentro de una misma comunidad de diversas jurisdicciones y diversos sistemas jurídicos”). Para un desafío a la visión convencional de que China —y, por ende, el derecho chino— existe en un aislamiento milenario del resto del mundo ver JOANNAWALEY-COHEN, THE SEXTANTS OF BEIJING: GLOBAL CURRENTS IN CHINESE HISTORY (1999). Ver también LIONEL M. JENSEN, MANUFACTURING CONFUCIANISM: CHINESE TRADITIONS AND UNIVERSAL CIVILIZATION (1997) (argumentando que lo que entendemos hoy por Confucianismo es en realidad un invento chino-occidental articulado). Para un análisis reciente en derecho comparado de la intersubjetividad de los entendimientos jurídicos latinoamericanos y europeos, ver Jorge L. Esquirol, *The Fictions of Latin American Law (Part I)*, 1997 UTAHL. REV.425 (analizando la representación del derecho latinoamericano como “europeo” en el trabajo de Rene David y sugiriendo que esta “ficción” de la europeidad (europeanness) ha sido internalizada por los juristas latinoamericanos).

Por lo tanto, en la medida en que necesariamente vivimos nuestras vidas jurídicas “en la intersección de diferentes ordenamientos jurídicos”<sup>75</sup>, incluso como sistemas de representación, los ordenamientos jurídicos occidentales y chinos no son entidades discretas.

Debido a la interlegalidad del derecho chino y el occidental, el bagaje que los occidentales han traído a sus comprensiones del derecho chino incluye no solo sus “propios” prejuicios, sino a menudo también los de los chinos. Es decir, la retórica ideológica confuciana oficial de China sistemáticamente privilegió la moralidad sobre el derecho como medio de control social, incluso cuando, en la práctica, el Estado se basaba en sofisticados sistemas legales para gobernar el Imperio. Sin embargo, en un proceso de “Confucianización”, el derecho eventualmente llegó a encarnar los valores de la moral confuciana oficial, lo que en cierto sentido permitió a este derecho “confucianizado” esconderse a plena vista<sup>76</sup>. Como señala William Alford, los académicos euro-americanos, a su vez, han fallado en apreciar el rol del derecho en china debido a su tendencia a tomar los pronunciamientos oficiales como dados<sup>77</sup>. El Orientalismo legal occidental reproduce, entonces, algunos de los prejuicios de la ideología Confuciana.

Por último, debo reconocer la paradoja implícita que se encuentra en la conceptualización que hago de mi aplicación de las herramientas analíticas de la teoría poscolonial como una intervención en el campo del Derecho Comparado. Tal como es practicado convencionalmente, este se basa en la noción del mundo como una formación jurídica estable, consistente en estados-nación naturalizados. Esta visión del mundo es aquella que la teoría postcolonial precisamente critica, tanto descriptiva como normativamente. Sin embargo, como el análisis anterior sugiere, y como bien saben los abogados comparativistas sofisticados, “el derecho no puede seguir pensándose en términos exclusivamente nacionales, y una distinción clara entre el derecho nacional y el extranjero ya no puede ser asumida”<sup>78</sup>. Por un lado, la erosión de la distinción entre derecho doméstico y extranjero está poniendo en tela de juicio la comparación doméstico-extranjero como la base del derecho comparado. Por otro lado, el desdibujamiento de las categorías de los procesos de creación legal entre los

---

<sup>75</sup> SANTOS, *supra* nota 10.

<sup>76</sup> Para la historia de la confucianización del derecho chino ver DERK BODDE & CLARENCE MORRIS, *LAW IN IMPERIAL CHINA* (1967), y CH'U T'UNG-TSU, *LAW AND SOCIETY IN TRADITIONAL CHINA* (1961).

<sup>77</sup> Ver Alford, *Law? What Law?*, *supra* nota 15, en48.

<sup>78</sup> Patrick Glenn, *Harmonization of Law, Foreign Law and Private International Law*, 1 EUR. REV. PRIVATEL. 47,63 (1993).

planos nacionales e internacionales ha traído incluso a los abogados internacionalistas a un campo de interlegalidad globalmente compartido<sup>79</sup>. Que este artículo tome al Derecho Comparado como un punto de partida retórico para un análisis jurídico poscolonial es, primordialmente, un artefacto de distinciones disciplinarias. Una intervención similar podría proceder desde el Derecho Internacional, con un análisis de la construcción jurídica de las identidades nacionales particulares y su relación con las normas internacionales “universales”, por ejemplo.<sup>80</sup>

### III. La construcción legal del sujeto nacional

---

<sup>79</sup> Cf George Bermann, *Comparative Law in the New European Community*, 21 HASTING INT'L & COMP.L. REV. 865, 869 (1998) ( Observando la necesidad de nuevas metodologías de comparación “en un ambiente desacostumbrado estructurado por una nueva forma de procesos jurídicos internacionales”).

<sup>80</sup> Ver David Kennedy, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, 1997 UTAH L. REV. 545. Los enfoques postcoloniales parecen haber reclamado una presencia relativamente mayor en el derecho internacional que en el derecho comparado. En efecto, una bibliografía comprehensiva ya no es posible dentro de los límites de una nota al pie, pero los ejemplos en este campo incluyen ANNE RILES, *THE NETWORK INSIDE OUT* (2000); Padideh Ala'i, *The Legacy of Geographical Morality and Colonialism: A Historical Assessment of the Current Crusade Against Corruption*, 33 VAND. J. TRANSNAT'L. 877 (2000); Antony Anghie, *Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law*, 40 HARV. INT'L L. J.1(1999); Antony Anghie, *On the Indians Lately Discovered and Sixteenth-Century International Law*, 92 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 374 (1998); Nathaniel Berman, *In the Wake of Empire*, 14 AM. U. INT'L. REV. 1521 (1999); Lan Cao, *Corporate and Product Identity in the Postnational Economy: Rethinking U.S. Trade Laws*, 90 CAL. L. REV. 401 (2002); Anupam Chander, *Diaspora Bonds*, 76 N.Y.U. L. REV. 1005 (2001); Karen Engle, *Female Subjects of Public International Law: Human Rights and the Exotic Other Female*, 26 N. ENG. L. REV. 1509 (1992); James Thuo Gathii, *Neoliberalism, Colonialism and International Governance: Decentering The International Law of Governmental Legitimacy*, 98 MICH.L. REV. 1996 (2000); James Thuo Gathii, *International Law and Eurocentricity*, 9 EUR. J. INT'L. 184 (1998); Ratna Kapur, *The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the "Native" Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics*, 15 HARV.HUM.RTS.J. 1 (2002); Lydia Liu, *Legislating the Universal: The Circulation of International Law in the Nineteenth Century*, in *TOKENS OF EXCHANGE: THE PROBLEM OF TRANSLATION IN GLOBAL CIRCULATIONS* 127 (Lydia H. Liu ed., 1999); Tayyab Mahmud, *Postcolonial Imaginaries: Alternative Development or Alternatives to Development?*, 9 TRANS NAT' L. & CONTEMP P.ROBS. 25 (1999); Edward Said, *Nationalism, Human Rights, and Interpretation*, in *FREEDOM AND INTERPRETATION* 175 (Barbara Johnson ed., 1992).

*Cuando es algo más que una ficción, la oposición tradicionalmente establecida entre Oriente y Occidente se cumple de forma más clara en el dominio del derecho que en cualquier lugar.* <sup>81</sup>

–Jean Escarra

El corazón de este artículo es un análisis comparado de dos sujetos jurídicos, el Americano y el Chino<sup>82</sup>. Sin embargo, es poco evidente cuál es el rol –si es que hay alguno– que juega el derecho en la formación de dichos sujetos nacional y culturalmente marcados. La Sección A describe, primero, la denominada visión constitutiva del derecho. La Sección B analiza las formas en las que el sujeto nacional es producido, en parte, a través de los discursos jurídicos.

A. El derecho como constitutivo

*A Occidente . . . no se lo encuentra recurriendo a una brújula* <sup>83</sup>

– Harlod J. Berman

Los estudiantes funcionalistas del Derecho Comparado tienen una visión bastante simple del derecho y, por lo tanto, no tienen en cuenta las formas mediante las cuales este participa en la construcción de nuestros mundos sociales y, en última instancia, de nosotros mismos. Deconstruyendo la oposición binaria que los abogados defienden entre “derecho” y “sociedad”, Robert Gordon sostiene que el derecho es, de hecho, “omnipresente en la misma médula de la sociedad” y que las instituciones de creación legal se encuentran entre “las principales fuentes de las representaciones [*pictures*] de orden y desorden, virtud y vicio, razonabilidad y locura”<sup>84</sup>. En efecto, en la epistemología jurídica de Gordon,

*El poder ejercido por un régimen jurídico consiste menos en la fuerza que pueda ejercer contra los infractores de sus normas, que en su capacidad de persuadir a la gente de que el mundo descrito en sus representaciones es el único posible en el cual una persona cuerda querría vivir.* <sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> JEAN ESCARRA, CHINESE LAW: CONCEPTION AND EVOLUTION, LEGISLATIVE AND JUDICIAL INSTITUTIONS, SCIENCE AND TEACHING 9 (Gertrude R. Browne trans., 1936).

<sup>82</sup> Ver infra Part IV.

<sup>83</sup> BERMAN, *supra* nota 74, en 2.

<sup>84</sup> Robert Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 STAN.L.REV.57,109(1984).

<sup>85</sup> *Id.*

Esta visión del derecho como parte inextricable del mundo social –a menudo llamada la visión “constitutiva” del derecho– le concede a este mucho poder, pero no el poder estatista del derecho positivo.<sup>86</sup> El derecho importa, terriblemente incluso, pero no siempre en la forma de una sanción oficial, y ciertamente no ocupa un lugar privilegiado en la regulación del mundo.<sup>87</sup>

Por ejemplo, a la luz del Teorema de Coase de la corriente del análisis económico del derecho, es preciso tener en cuenta la diferencia entre la visión constitutiva y la visión positivista del derecho. Este teorema afirma que incluso cuando las partes no recurren a los juzgados, ellas negocian “a la sombra del derecho”, en el sentido de que sus prerrogativas jurídicas son la base para la negociación.<sup>88</sup> Controvertiendo esta visión, el estudio etnográfico de Robert Ellickson sobre las formas de solución de controversias entre los ganaderos californianos ofrece algunos ejemplos del conocimiento imperfecto del derecho que estos ganaderos tienen. Según Ellickson, los ganaderos creen, “casi como una proposición de derecho natural”, que cuando un accidente de carretera ocurre a campo abierto e involucra la pérdida de ganado, es el dueño del ganado quien tiene “las de ganar”<sup>89</sup>. De hecho, no obstante, “el precedente legal sobre la materia indica que el folclore ganadero sobre este aspecto es a todas luces incorrecto”<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Para análisis del derecho desde el punto de vista constitutivo, ver, por ejemplo, PATRICIA EWICK, *THE COMMON PLACE OF LAW: STORIES FROM EVERYDAY LIFE* (1998); FOUCAULT, *DISCIPLINE AND PUNISH*, *supra* note 59; ALAN HUNT, *EXPLORATIONS IN LAW AND SOCIETY: TOWARD A CONSTITUTIVE THEORY OF LAW* (1993); PAUL KAHN, *THE CULTURAL STUDY OF LAW* (1999); PAUL KAHN, *THE REIGN OF LAW: MARBURY V. MADISON AND THE CONSTRUCTION OF AMERICA* (1997); *LAW IN EVERY DAY LIFE* (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1993); y SALLY ENGLE MERRY, *GETTING JUSTICE AND GETTING EVEN: LEGAL CONSCIOUSNESS AMONG WORKING-CLASS AMERICANS* (1990). Para una revisión teórica de esta literatura ver Naomi Mezey, *Out of the Ordinary: Law, Power, Culture, and the Commonplace*, 26 *LAW & SOC. INQUIRY* 145 (2001).

<sup>87</sup> En efecto, el derecho no es *siempre y solamente* constitutivo, incluso si tiene la capacidad de serlo a veces (incluso regularmente); el derecho puede también fallar. Ver Kitty Calavita, *Blue Jeans, Rape, and the "De-Constitutive" Power of Law*, 35 *LAW & SOC'Y REV.* 89 (2001); cf. *infra* el texto que acompaña las notas 118-120.

<sup>88</sup> Ver Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J.L. & ECON.* 1 (1960); cf. Robert Mnookin & Lewis Korhauser, *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*, 88 *YALE L. J.* 950 (1979).

<sup>89</sup> ROBERT ELLICKSON, *ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBOR SETTLE DISPUTES* 82 (1991).

<sup>90</sup> *Id* en 92

El estudio de Ellickson proporciona una necesaria dosis de escepticismo hacia el “centralismo del derecho”<sup>91</sup>, o el acto de privilegiar al derecho como una forma de control social. Sin embargo, el hecho de que los ganaderos usen el derecho “mal” no prueba necesariamente la irrelevancia de este mismo, pues las *ideas* de los ganaderos sobre el derecho siguen dando forma a su horizonte social –incluso si el derecho es técnicamente “malentendido” o “tergiversado”<sup>92</sup>. Según Ellickson, el conocimiento de los ganaderos sobre el derecho de daños (*law of trespass*) también es incorrecto. Sin embargo, como afirma un comentador, “el discurso de los derechos” aún tiene el poder de convertir algunos incidentes en “daños” y otros en “realidades de la vida en el campo”.<sup>93</sup>

Esta interpretación pone de cabeza el paradigma funcionalista: en lugar de ser un árbitro desinteresado que ayuda a *resolver* los conflictos que se le presentan, el derecho, de hecho, los *crea* al darles forma retórica, como, por ejemplo, lo hace con las categorías de “daño o perjuicio”<sup>94</sup>. Sin las categorías

---

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> Su énfasis en la interpretación del derecho no es simplemente debido a la distinción realista entre “el derecho en los libros” y “el derecho en acción” con el último siendo privilegiado como (más) “real”. Cf Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910). En vez, el derecho también importa en una tercera modalidad, la de “el derecho en las mentes” para usar la apta frase de William Ewald. William Ewald, *Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?*, 143 U. PA. L. REV. 1889, 2111 (1995). Esto es, más allá de la dicotomía entre el derecho como-es-escrito y el derecho como-es-ejercido, también importa lo que las personas piensan que el derecho es, cómo la gente ordinaria lo entiende — no obstante sea con error. Ver también, James Q. Whitman, *The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce*, 105 YALE L. J. 1841, 1888 (1996) (“Debemos conocer el trabajo de los ilustres juristas — pero debemos leer ese trabajo, al menos una parte del tiempo, a través de los ojos de los legos (*lay*)”).

<sup>93</sup> Barbara Yngvesson, *Beastly Neighbors: Continuing Relations in Cattle Country*, 102 YALE L. J. 1787, 1798 (1993). No hace falta añadir que, a pesar de aceptar el mundo social en su composición por categorías jurídicas limita nuestra habilidad de imaginar algunos (aunque ciertamente no todos) de los mundos sociales alternativos, no nos priva de toda agencia. La “teoría del usuario” del derecho de Laura Nader, por ejemplo, hace énfasis en las formas mediante las cuales demandantes ingeniosos pueden manipular el derecho para su propia ventaja. LAURA NADER, *The Plaintiff: A User Theory*, in THE LIFE OF THE LAW: ANTHROPOLOGICAL PROJECTS 168 (2002).

<sup>94</sup> June Starr and Jane Collier se preguntan “¿Qué es la antropología jurídica si dudamos que los sistemas jurídicos resuelven los conflictos? Starr & Collier, HISTORY AND POWER IN THE STUDY OF LAW, *supra* note 45, en 5. La respuesta a su pregunta teórica es que el derecho no simplemente surge de los problemas que emanan de la sociedad, como los funcionalistas afirmarían. En cambio, el derecho a menudo cumple “funciones” que crea por sí mismo. Para

legales para darles cabida –comoquiera que sean usadas–, los “incidentes” entre ganaderos no podrían ser incidentes en lo absoluto, sino simplemente parte de la vida, parte de la materia prima indiferenciada de la existencia social.<sup>95</sup>

En efecto, las críticas hechas por fuera del Derecho Comparado al funcionalismo tienen un distinguido pedigrí, y alguna de las más antiguas enfatizan el poder productivo cultural del derecho<sup>96</sup>. El juicio penal, por

---

análisis sobre el la productividad social del derecho, ver, por ejemplo, MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH, *supra* note 60 (argumentando que el principal efecto de las instituciones penales modernas es la producción, en lugar de la eliminación, de la criminalidad). MICHEL FOUCAULT, *On Popular Justice: A Discussion with the Maoists*, in POWER/KNOWLEDGE: SELECTED INTERVIEWS AND OTHER WRITINGS 1972- 1977, en 35 (1980) [desde ahora, FOUCAULT, *On Popular Justice*] (“El aparato estatal judicial burgués, del cual la forma visible, simbólica es el tribunal, tiene la función básica de introducir y aumentar las contradicciones entre las masas”); MICHEL FOUCAULT, THE HISTORY OF SEXUALITY: VOLUME ONE. (Robert Hurley trans. 1978) (argumentando que la sexualidad es el efecto de los intentos de regularla y reprimirla); Mark Kelman, Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem, 52 S. CAL.L. REV. 669, 677 (1979) (observando que las reglas de responsabilidad civil siempre “afectan inevitablemente gustos que simplemente no pueden ser tratados como eventos psíquicos independientes, a históricos y privados”).

<sup>95</sup> Como una ilustración que es más notoria, considere la doctrina de la legitimación en la causa. Al exigir que los demandantes demuestren un “perjuicio real” y luego designar algunos daños como “reales” y otros como “virtuales”, el derecho, otra vez, produce en efecto daños en donde no podría haber existido antes de su intervención. A la inversa, también legitima otros “daños”, algunos de los cuales, sin duda, parecen perfectamente “reales” para los heridos. Ver *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972) (negando legitimación en la causa para los demandantes con lesiones “virtuales”). Para un análisis teórico del “daño”, como la validación de una reclamación de subjetividad jurídica, ver WENDY BROWN, STATES OF INJURY: POWER AND FREEDOM IN LATE MODERNITY (1995).

<sup>96</sup> Tal vez la más notable excepción a la amplia adopción del funcionalismo dentro de la disciplina del derecho comparado es Alan Watson, quien ha sido un enemigo ardiente del funcionalismo durante décadas. Sin embargo, el no se suscribe a la teoría constitutiva del derecho. Al contrario, él considera el derecho como un sistema de reglas técnicas que con frecuencia hacen poca o ninguna diferencia en el mundo real. Según Watson,

En Occidente las normas de derecho privado han estado y están, en gran medida, fuera de sintonía con las necesidades y deseos de la sociedad e incluso de la élite que gobierna; en tal medida que hace inverosímiles las teorías existentes sobre el desarrollo legal y la relación entre el derecho y la sociedad.



ejemplo, es un completo fracaso visto desde un aspecto funcional: “las reglas de la prueba son una herramienta deplorablemente ineficiente de investigación, las definiciones de responsabilidad penal rara vez concuerdan con la psicología sensible, y la sentencia penal a menudo no sirve ningún propósito social”<sup>97</sup>. En palabras del realista jurídico Thurman Arnold: “[la] *única* función que el proceso penal puede llevar a cabo es la de expresar los ideales actualmente arraigados sobre la delincuencia y los juicios.” Arnold afirma:<sup>98</sup>

Obviamente, por lo tanto, la administración pública de la justicia penal no es un método de control del crimen. Es, más bien, uno de los problemas que deben enfrentar aquellos que desean controlar el crimen. Sin el drama del juicio penal, es difícil de imaginar justamente a qué institución le colgaríamos nuestros conflictivos ideales de moralidad pública.<sup>99</sup>

Desde este punto de vista, el derecho es, ante todo, un texto en el que inscribimos nuestros ideales. Su “función”, si es que hemos de atribuirle alguna, es expresar quiénes “somos”, o quiénes nos gustaría imaginar que somos.<sup>100</sup>

---

ALAN WATSON , SOCIETY AND LEGAL CHANGE, en ix (1977). Para un comprometido funcionalista un derecho verdaderamente disfuncional sería un oxímoron, mientras que Watson insiste en lo contrario: “La habilidad y disposición de la sociedad para tolerar un inapropiado derecho civil es verdaderamente algo remarcable” *Id.* ; ver también ALAN WATSON, LEGAL TRANSPLANTS AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW (1974).

<sup>97</sup> Guyora Binder & Robert Weisberg, *Cultural Criticism of Law*, 49 STAN. L. REV. 1149, 1168 (1997) (Resumiendo el punto de vista de Thurman Arnold acerca del juicio penal).

<sup>98</sup> THURMAN W. ARNOLD, THE SYMBOLS OF GOVERNMENT 147-48 (1935) (énfasis añadido).

<sup>99</sup> *Id.*

<sup>100</sup> Para estar seguros, Nietzsche, el gran filósofo de la lucha contra la moralidad, afirma exactamente lo opuesto — el derecho refleja, no lo que somos sino lo que no somos:

En un grave error estudiar el código penal de un pueblo como si fuera la expresión del carácter nacional. Las leyes no traicionan lo que un pueblo no es sino más bien lo que les parece extranjero, extraño, extravagante. Las leyes se refieren a la excepción a la moralidad de la costumbre, y las penas más severas están para lo que concuerda con una costumbre de un pueblo vecino.

B. El Derecho y la formación del sujeto nacional

*Crear un ordenamiento jurídico es escribir en el derecho un sentido de unidad y propósito nacional ...* <sup>101</sup>

-June Starr & Jane Collier

Entre más diferente sea el contexto cultural e histórico, más fácil es apreciar los límites del funcionalismo. Como ejemplo de procedimientos judiciales que difícilmente se prestan para un análisis funcionalista, puede considerarse la práctica medieval europea de procesar judicialmente a los animales. Explicar a través de un marco teórico funcionalista por qué los franceses medievales escogieron juzgar a las ratas, por ejemplo, requeriría de una considerable ingenuidad. ¿Cómo se podría siquiera empezar a delimitar la investigación? (“¿Cómo lidiaron los franceses con el problema de los roedores delincuentes en la edad Media?” O “¿Cómo hizo el derecho francés medieval para abordar las disputas entre las diferentes especies?”) Un análisis culturalmente más específico es, sin duda, requerido en estos casos: ¿cuáles fueron los supuestos que hacían posibles estos juicios? ¿Qué los hace concebibles en ciertos lugares y en ciertos momentos, pero no en otros? <sup>102</sup> Como lo observa el historiador Joseph Needham, los supuestos culturales chinos, en contraste con los de la Europa Medieval, no permitían si quiera la posibilidad de existencia de la idea de procesar animales: “los chinos no eran tan presuntuosos como para suponer que conocían tan bien las leyes establecidas por Dios para los seres no-humanos como para poder proceder a acusar en derecho a un animal por violarlas.” <sup>103</sup>

Observar las conexiones entre el derecho y las prácticas culturales no es, de hecho, nuevo, incluso para un abogado comparativista. Desde la Ilustración hasta la llegada del funcionalismo y su promesa de un paradigma

---

FRIEDRICH NIETZSCHE, *THE GAY SCIENCE* 109 (Walter Kaufmann trans., 1974) (1887). Empero, sea que la gente se identifica con su derecho o no —sea que el derecho proporcione un modelo o una especie de anti modelo contra el cual se puede definir uno mismo— en cualquier evento un análisis puramente funcional se perdería el centro de este asunto.

<sup>101</sup> Starr & Collier, *HISTORY AND POWER IN THE STUDY OF LAW*, *supra* note 41, en 11.

<sup>102</sup> Cf Ewald, *supra* note 92.

<sup>103</sup> JOSEPH NEEDHAM, *2 SCIENCE AND CIVILIZATION IN CHINA* 518 (1956); Ver también ROBERT DARNTON, *THE GREAT CAT MASSACRE* 77 (1984) (reconstruyendo un juicio falso de gatos en Paris del siglo dieciocho); Paul Schiff Berman, *An Observation and a Strange but True "Tale": What Might the Historical Trials of Animals Tell Us About the Transformative Potential of Law in American Culture?*, 52 *HASTINGS L.J.* 123 (2000).

científico-social neutral, tales observaciones proporcionaron la principal base teórica para el derecho comparado. En pocas palabras, desde este punto de vista, cada nación estaba definida por una esencia cultural única de la que su derecho no era más que un reflejo. El *Espíritu de las Leyes* de Montesquieu es el *locus classicus* para este modo de análisis cultural: “las leyes políticas y civiles de cada nación ... deberían adaptarse de tal manera a las personas para las cuales son concebidas, que sería un verdadero hecho inusual si aquellas de una nación pueden acomodarse a otra”.<sup>104</sup>

Para un observador contemporáneo, esta es, pura y simplemente, una forma de esencialismo cultural, el pecado capital de las políticas intelectuales posmodernas.<sup>105</sup> Sin embargo, en la medida en que la teoría postcolonial critica las pretensiones universalistas del funcionalismo y re-dirige nuestra atención hacia la identidad nacional, ¿corremos el riesgo, acaso, de simplemente regresar al tradicional análisis culturalista a la Montesquieu? ¿Es el postcolonialismo solamente otro caso de dar un paso hacia delante y dos hacia atrás? De hecho, la combinación de un análisis postcolonial con el punto de vista “constitutivo” del derecho radicaliza el enfoque cultural heredado. Cuando el punto de vista “constitutivo” se extiende más allá de la función del derecho en la construcción de nuestros mundos sociales para incluir su papel en la construcción de *nosotros mismos*, como sujetos, entonces el derecho no se limita a reflejar “nuestra” identidad nacional pre-determinada, sino que performa (*enacts*) esa identidad.<sup>106</sup> Es decir, la conciencia del sujeto jurídico está constituida, en

---

<sup>104</sup> CHARLES SECONDAT DE MONTESQUIEU, *THE SPIRIT OF THE LAWS*, ch. 3 (1748). Un siglo después, Friedrich von Savigny analizó el trabajo del *Volksgeist*, “el espíritu del pueblo” que es una variación sobre un tema: “Es el espíritu de un pueblo que vive y trabaja en común con todos los individuos, lo que da a luz al derecho positivo, que por lo tanto es la consciencia de cada individuo, no accidental, sino necesariamente una y la misma” FRIEDRICH VON SAVIGNY, *SYSTEM OF THE MODERN ROMAN LAW* 12 (William Holloway trans., 1867). Para una discusión entre Savigny y la llamada Escuela Histórica en Alemania, y su visión de la relación compleja entre el Aleman *Volksgeist* y el Derecho Romano ver JAMES Q. WHITMAN, *THE LEGACY OF ROMAN LAW IN THE GERMAN ROMANTIC ERA* (1990).

<sup>105</sup> Cf Annelise Riles, *Aspiration and Control: International Legal Rhetoric and the Essentialization of Culture*, 106 *HARV. L. REV.* 723 (1993).

<sup>106</sup> Es decir, el derecho es performativo. “Performatividad”, popularizada por análisis de Judith Butler del sexo y del género, se ha convertido, tal vez, en la categoría posmoderna más importante para entender cómo los discursos de raza, género y sexualidad nos constituyen como sujetos. Ver generalmente *infra* nota 108. Es de destacar que Butler hace referencia expresa a la teoría de Austin de “expresiones performativas”, de las cuales son principales ilustraciones las declaraciones jurídicas. El derecho es tal vez no solo incidentalmente sino paradigmáticamente performativo. Véase en general J.L. AUSTIN, *HOW TO DO*

parte, por las mismas categorías jurídicas que se encuentran en el derecho. Por lo tanto, ningún sujeto se encuentra fuera del derecho, y la interpretación de las categorías jurídicas no es simplemente algo que le hacemos al derecho; en el proceso, el derecho también nos ayuda –y nos limita– en nuestros propios procesos de “auto”-comprensión.<sup>107</sup>

Hoy en día existen muchos análisis sobre la producción discursiva de las identidades raciales, de género y sexuales, por ejemplo.<sup>108</sup> Resumiendo crudamente, la enseñanza fundamental para el Derecho Comparado es que nuestros yoes aparentemente fijos, reales y ontológicos no son ni fijos ni ontológicamente estables, sino más bien un complejo de identidades históricas y sociales contingentes, que se definen principalmente por los discursos de raza, de género y de sexualidad. Estos discursos consisten, en parte, en el derecho y, por esta vía, el derecho nos “subjetiva” –nos define, en parte, como sujetos.

---

THINGS WITH WORDS (1962); J.L. AUSTIN, *Performative Utterances*, in PHILOSOPHICAL PAPERS 220 (1961).

<sup>107</sup> En las palabras de Ian Haney Lopez, las clasificaciones legales de raza tanto “legitiman la práctica de categorización” y limitan “la concepción de lo que somos”. IAN HANEY LOPEZ, WHITE BY LAW 126 (1996); cf MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES 255 (1987). (“Las razas pueden ser definidas en Estados Unidos en una parte significativa por su relación con las leyes antidiscriminatorias, además de constituir una influencia independiente sobre dicho cuerpo legal”.

<sup>108</sup> La literatura es voluminosa. Como ejemplos representativos considere los siguientes. En la formulación de Butler, “el género no es una performación que un sujeto a priori elige hacer, sin embargo el género es performativo en el sentido en que consitiuye como un efecto al mismo sujeto que lo parece expresar”. Judith Butler, *Imitation and Gender Subordination*, in INSIDE/OUT: LESBIAN THEORIES, GAY THEORIES 24 (Diana Fuss ed., 1991); ver también JUDITH BUTLER, BODIES THAT MATTER: ON THE DISCURSIVE LIMITS OF “SEX” (1993); JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE: FEMINISM AND THE SUBVERSION OF IDENTITY (1990). Tal vez la afirmación más fuerte en la producción discursiva de la “raza” es aquella de Anthony Appiah: “La verdad es que no existen las razas...[Donde la raza] funciona, funciona como un intento de metonimia de la cultura, y lo hace a costa de la biologización de lo que es la cultura, la ideología”. ANTHONY APPIAH, IN MY FATHER 'S HOUSE: AFRICA IN THE PHILOSOPHY OF CULTURE 45 (1992). En la construcción discursiva de la orientación sexual, ver, por ejemplo, EVE KOSOFKY SEDGWICK, EPISTEMOLOGY OF THE CLOSET (1990), and MONIQUE WITTIG, THE STRAIGHT MIND AND OTHER ESSAYS (1992). No hace falta añadir, que al argumentar que los sujetos están constituidos por la performación/cultura/discurso ninguno de los teóricos arriba mencionados tiene la intención de sugerir que no son por lo tanto, de alguna manera, “no reales”. De hecho, en la medida en que lo “real” está constituido por ellos, performación/cultura/discurso todos tienen profundas — y a menudo dolorosas— implicaciones materiales para sus sujetos.

Algunos de los más importantes análisis sobre la formación del sujeto enfatizan cómo el sujeto social es producido a través del lenguaje y las prácticas del derecho. Para Foucault, por ejemplo, el derecho es un discurso importante que tiene como efecto la creación del sujeto moderno.<sup>109</sup> El filósofo francés Louis Althusser, de forma similar, insiste en que el logro fundamental de la ideología jurídica es la noción de que “el hombre es por naturaleza un sujeto”,<sup>110</sup> o, como lo desarrolla él mismo, el derecho es uno de los “rituales de reconocimiento individual, que nos garantizan que somos, en efecto, concretos, individuales, distinguibles y (naturalmente)

---

<sup>109</sup> Para estar seguros, el derecho es solo un discurso, en el sentido foucaultiano, entre muchos muchos. Desde una perspectiva más amplia, la obra de Foucault es un estudio de las formas mediante las cuales los seres humanos devienen sujetos de varios discursos modernos, como el derecho, la medicina y la ciencia. Como Foucault observa en *Discipline and Punish*, el “alma”, o la subjetividad, que creemos que habita el cuerpo, es, de hecho, “el efecto y el instrumento de una anatomía política; el alma es la prisión del cuerpo”. .” FOUCAULT, *DISCIPLINE AND PUNISH*, supra note 59, en 30. Mientras leía la historia de Foucault sobre la emergencia de las instituciones penales modernas como una análisis legal, el mismo Foucault adopta con frecuencia una concepción positivista estrecha del derecho donde el derecho parece constituir un poco más que un mandato expreso (o, más frecuentemente, una prohibición) de los soberanos. Como lo observa Duncan Kennedy, Foucault típicamente opone este estrecho y operativo poder “jurídico” al “poder disciplinario”, viendo el poder jurídico como una “forma técnica” o como “la cristalización de los procesos de poder que se producen a distancia de las instituciones legales”. .” DUNCAN KENNEDY, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault*, in *SEXY DRESSING ETC.* 83, 120 (1993); ver también Hugh Baxter, *Bringing Foucault into Law and Law into Foucault*, 48 *STAN.L. REV.* 449 (1996) (haciendo notar la tendencia de Foucault hacia el positivismo). En efecto, en una entrevista sobre la posibilidad de la justicia popular Maoísta, por ejemplo, Foucault reduce al derecho a “el aparato judicial burgués”. FOUCAULT, *On Popular Justice*, supra note 94. Desde la perspectiva de la empresa teórica de Foucault, sin embargo, parece más exacto ver al derecho como uno de los varios discursos disciplinares modernos, en lugar de simples órdenes expresas del Estado. Para una implementación de un entendimiento foucaultiano del derecho, ver Kendall Thomas, *Beyond the Privacy Principle*, 92 *COLUM.L. REV.* 1431 (1992).

<sup>110</sup> ALTHUSSER, supra nota 70, en 115 n. 15. En opinión de Althusser, la aparente obviedad del “tu y yo somos sujetos” es el efecto mismo de la ideología, de manera que la noción de un “sujeto ideológico” es, en sí misma, una proposición tautológica. *Id.* en 116. Volver a los individuos concretos en sujetos es lo que hace la ideología. Mediante la comparación entre el “discurso” de Foucault y la “ideología” de Althusser, no quiero decir que existe una identidad entre ambos conceptos. En efecto, Foucault propone su noción de “discurso” para complicar una simple dicotomía marxista entre la base material y la ideología. Elaborar sobre la relación teórica entre discurso e ideología —aunque una empresa productiva—está mucho más allá del alcance de este artículo.

sujetos irremplazables”<sup>111</sup>. Como ilustración del reconocimiento jurídico de los individuos como sujetos, Althusser proporciona el ejemplo notorio de la “más común interpelación policiaca (o de otros): ‘Oye tú, ahí’”<sup>112</sup>. Explica Althusser:

Suponiendo que la escena teórica que he imaginado tiene lugar en la calle, el individuo interpelado se dará vuelta. Por esta simple conversión física de ciento ochenta grados, se convierte en un *sujeto*. ¿Por qué? Porque ha reconocido que la interpelación estaba “realmente” dirigida a él, y que ‘era *verdaderamente él* quien estaba siendo interpelado’ (y no alguien más). La experiencia demuestra que la telecomunicación práctica de interpelaciones es tal que casi nunca fallan en su objetivo: llamado verbal o silbato, aquél interpelado siempre reconoce que es realmente él quien está siendo interpelado.<sup>113</sup>

En esta escena, el sujeto es producido “a través del lenguaje, como el efecto de la voz autoritaria que interpela al individuo”.<sup>114</sup> Si bien el derecho no es el único medio de “interpelación”,<sup>115</sup> sí proporciona un ejemplo paradigmático de un aparato moderno de “subjetivación”<sup>116</sup>. Por supuesto,

---

<sup>111</sup> *Id.* en 117.

<sup>112</sup> *Id.* en 118.

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> JUDITH BUTLER, *THE PSYCHIC LIFE OF POWER: THEORIES IN SUBJECTION* 5 (1997).

<sup>115</sup> Althusser se refiere al proceso de formación del sujeto tanto como “interpelación” como “llamado”. Kaja Silverman distingue entre ellos viendo el primero como un resultado y el segundo como una forma de convocar de la que se sigue el resultado. ver KAJA SILVERMAN, *THE SUBJECT OF SEMIOTICS* 48 (1983). Como Silverman lo pone de forma evocativa: “la interpelación ocurre cuando la persona a la que habla el agente se reconoce a sí mismo en ese discurso y se instala subjetivamente en él”. *id.* en 49.

<sup>116</sup> Althusser es actualmente consciente de la “ambigüedad del término sujeto” que significa tanto “un sujeto libre... responsable de sus acciones”, como “un ser sometido, que se somete a una autoridad, y que es, por lo tanto, despojado de toda su libertad”. ALTHUSSER, *supra*, nota 70, en 123. De forma paradójica, el derecho nos puede dar libertad solo si nos sometemos a él.

En el ejemplo de Althusser, el derecho interpela al individuo desde arriba, en la voz autoritaria de un policía. Mientras que Althusser no contempla la posibilidad de que el derecho emane de varias direcciones, es posible, como lo señala Janet Halley, que el derecho nos interpele —y por lo tanto nos subjetivise, en ambos relevantes sentidos— “desde abajo”: en las manos de activistas que defienden legalmente a grupos basados en identidades como gays y lesbianas, “la identidad puede ser desplegada para dañar a sus propios sujetos”. Ver Janet Halley, *Gay Rights and Identity Imitation: Issues in the Ethics of Representation*,

la escena de un policía llamando a un peatón en la calle es en última instancia, alegórica. Un “individuo concreto” no se convierte mágicamente, en un día, en un “sujeto” a partir de un encuentro accidental con un policía en la calle. Más bien, todo el mundo es “ya y desde siempre un sujeto, designado como sujeto en y por la familiar configuración ideológica en la que [él o ella] es esperado[a] desde que [él o ella] ha sido concebido”<sup>117</sup>. Incluso antes del nacimiento, el derecho ya nos está esperando, con certificados de nacimiento y con conjuntos de números de seguridad social listos para el momento en que entramos al mundo —por no mencionar el derecho de familia y las estructuras de parentesco que define por nosotros.

Por supuesto, sea como sea que los sujetos sociales son producidos —legalmente o no—, nunca están plenamente concluidos. Por un lado, todos somos sujetos de muchos discursos, o somos interpelados por múltiples discursos<sup>118</sup>. El criminal es, tal vez, el ejemplo más claro de una interpelación legal (parcialmente) fallida, un sujeto que todavía no ha interiorizado todas las prohibiciones del derecho. Pero incluso ningún criminal puede —o incluso querría— burlar *todas* las leyes, pues el derecho simplemente es tan penetrante en nuestros mundos sociales que sólo puede ser violado en ciertos aspectos y en ciertos momentos; existir en completa, continua violación de todo el derecho sería estar loco. Considere, también, al notoriamente inmoral “hombre malo”<sup>119</sup> de Holmes. Él no es un criminal, ni está loco, pero su enfoque instrumental hacia el derecho (“¿Hasta dónde

---

en THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE 115, 140 (David Kairys ed., 3d ed. 1998).

Así como Foucault reconoce la multiplicidad de la superposición de discursos —del jurídico, al médico, al religioso— así Althusser también nota la existencia de varios “aparatos estatales ideológicos”, entre los cuales el derecho solo es uno. Es de destacar, sin embargo, que el derecho es uno de los dos ejemplos principales de interpelación que ofrece. Su otro ejemplo principal es el de la ideología religiosa y la interpelación a través de la voz divina de Dios. ALTHUSSER, *supra* nota 40, en 120-24. En efecto, hay varios análisis sobre la aparición del moderno “Estado de Derecho” como el establecimiento de una especie de religión secular. Ver Sanford Levinson, “*The Constitution*” in *American Civil Religion*, in THE SUPREME COURT REVIEW 123, 151 (Philip Kurland & Gerhard Casper eds., 1979); Thomas C. Grey, *The Constitution as Scripture*, 37 STAN. L. REV. 1 (1984); Jonathan Macey, *Civic Education and Interest Group Formation in the American Law School*, 45 STAN. L. REV. 1937, 1938 (1993) (Observando la tendencia de ver la profesión legal como un llamado quasi-religioso”).

<sup>117</sup> ALTHUSSER, *supra* nota 70, en 119.

<sup>118</sup> Norma Alarcon, *The Theoretical Subject(s) of "This Bridge Called My Back" and Anglo-American Feminism*, in MAKING FACE, MAKING SOUL: HACIENDO CARAS 356 (Gloria Anzaldúa ed., 1990).

<sup>119</sup> Ver Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 459 (1897).

puedo seguir saliéndome con la mía?”) ciertamente manifiesta una subjetividad jurídica fracturada, una configuración en la cual el *homo juridicus* se encuentra con el *homo economicus*. Ser un sujeto legal no implica ser un sujeto legal perfecto o ser *sólo* un sujeto legal.<sup>120</sup>

Si aceptamos que el derecho define en parte quién y qué somos como sujetos, entonces el derecho es *parte* de la identidad de un pueblo como pueblo. Es un lugar común de la teoría poscolonial que las “naciones” y los “pueblos” no existen como hechos inertes de la naturaleza más de lo que nuestro yo individual ostensiblemente lo hace. Las naciones son, en la evocativa conceptualización de Benedict Anderson, “comunidades imaginadas”<sup>121</sup>. Si algo, China es aún más una comunidad imaginada que la mayoría de las demás naciones. Durante la mayor parte de su historia, China, de hecho, no ha existido como un país unificado. Sin embargo, incluso durante largos periodos de desunión, la noción de una sola China ha persistido como un *ideal* histórico y cultural exigiendo hacerse realidad.<sup>122</sup> Por lo tanto, deberíamos esperar que los discursos legales hayan tenido un papel en el proceso de crear y mantener la identidad del universo normativo conocido como “China”<sup>123</sup>

Pero antes de intentar comprender los entendimientos legales chinos de “China”, el primer paso analítico debe ser considerar cómo *nosotros* nos imaginamos jurídicamente, y cómo estas concepciones se apoyan en nociones particulares del derecho chino.

---

<sup>120</sup> Esto, a su vez, es solo un corolario de la observación general de los postestructuralistas que los sujetos nunca están completos.

<sup>121</sup> BENEDICT ANDERSON, *IMAGINED COMMUNITIES: REFLECTIONS OF THE ORIGIN AND SPREAD OF NATIONALISM* (1983).

<sup>122</sup> MARK ELVIN, *THE PATTERN OF THE CHINESE PAST* (1973); ANDREW L. MARCH, *THE IDEA OF CHINA: MYTH AND THEORY IN GEOGRAPHIC THOUGHT* 118 (1974) (analizando las partes que son “hechos, teorías y mitos que hacen parte de las ideas sobre China). Para un estudio de la emergencia del nacionalismo chino moderno escrito desde una perspectiva poscolonial ver PRASENJIT DUARA, *RESCUING HISTORY FROM THE NATION: QUESTIONING NARRATIVES OF MODERN CHINA* (1995).

<sup>123</sup> Por supuesto, los sujetos jurídicos no son los meros productos de las leyes domésticas, sino también de las leyes internacionales, que en efecto exigen una diferenciación cultural entre “naciones”. Como lo observa Nathaniel Berman, “las identidades y las tácticas de los grupos vienen definidas por los mismos integrantes y por las autoridades internacionales en respuesta a una conjetura cultural parcialmente construida [por] las categorías [del derecho internacional]” Nathaniel Berman, *The International Law of Nationalism: Group Identity and Legal History*, in *INTERNATIONAL LAW AND ETHNIC CONFLICT* 29 (David Wippman ed., 1998). En los términos de Santos, esto es una instancia de “interlegalidad” de identidades. Cf. El texto que acompaña las notas 74-75.



#### IV. Los sujetos jurídicos del Orientalismo

*La educación de los sujetos coloniales complementa su producción en el derecho.*<sup>124</sup>

—Gayarti Chakravorty Spivak

Estructuralmente, el Orientalismo como discurso implica la proyección hacia el Otro Oriental de los diversos tipos de cosas que “nosotros” no somos. Teniendo en cuenta el papel del derecho en la constitución de sujetos y de “comunidades [nacionalmente] imaginadas”, ¿cómo se imaginan los estadounidenses como sujetos jurídicos? ¿Cómo el sujeto jurídico estadounidense (Sección A) difiere del sujeto jurídico chino (Sección B)? Una genealogía totalmente contextualizada del Orientalismo Legal no es posible dentro de los límites de un solo artículo. Lo que sigue es un bosquejo de las líneas generales de una genealogía posible, concentrándose en las maneras a través de las cuales la subjetividad jurídica se ha constituido como un estándar —en este caso de China— para medir la aptitud civilizacional de las sociedades no-Occidentales para entrar en la “República del derecho”.<sup>125</sup>

##### A. El sujeto jurídico estadounidense

Los estadounidenses son, de hecho, un pueblo muy jurídico, hasta el punto en que decirlo se ha vuelto un cliché. En palabras de Alexis de Tocqueville, los estadounidenses “toman prestadas, en sus polémicas diarias, las ideas e incluso el idioma peculiar de los procedimientos judiciales”<sup>126</sup>. Tal como el observador francés concluyó, “escasamente surge una cuestión política en los Estados Unidos que no se convierta, tarde o temprano, en una cuestión judicial”<sup>127</sup>. Esto tal vez no sea muy sorprendente si se considera que los mitos fundacionales estadounidenses son peculiarmente jurídicos.

Como una idea política, los Estados Unidos encarna las ambiciones de la Ilustración, que también dieron lugar al derecho “moderno”: el primer Código Civil francés, la primera Declaración de los Derechos del Hombre y, finalmente, la Constitución de los Estados Unidos — lo más parecido a un esfuerzo de un pueblo por negociar un “contrato social” en la vida real. Incluso, la confianza del estadounidense promedio en el poder redentor de

---

<sup>124</sup> Spivak, *Can the Subaltern Speak?*, *supra* nota 67, en 282.

<sup>125</sup> Cf. Frank Michelman, *Law's Republic*, 97 YALE L. J. 1493 (1988).

<sup>126</sup> ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA* 280 (Vintage Classics 1990) (1835).

<sup>127</sup> *Id.*

la derecho rivaliza con aquella de los *philosophes* de la Ilustración. Tal vez el ejemplo más extraordinario de tal fe es Frederick Douglass: frente a un “orden jurídico estatal dentro del cual era más probable que se declarara la inminente dignidad real de Jesucristo sobre la tierra a que se declarara la esclavitud como inconstitucional”<sup>128</sup>, un hombre nacido esclavo en la América *antebellum* creía, sin embargo, en la inconstitucionalidad final de la esclavitud.<sup>129</sup>

Hoy, para un extraño, es igualmente notable observar cómo los estadounidenses invocan de forma habitual sus derechos constitucionales. Que lo hacen en contextos aparentemente triviales es un hecho que simplemente hace más notable esto último. “Usted no puede hacerme esto, es inconstitucional”, protesta la gente ordinaria en diversas situaciones cotidianas, ya sea que estén siendo expulsadas de un vuelo sobrevendido o les estén cobrando en exceso por un producto. La Constitución y los derechos que esta garantiza —tanto en la imaginación popular como en la sala de audiencias— son, simplemente, parte de lo que significa identificarse como estadounidense.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Cover, *supra* nota 70, en 39.

<sup>129</sup> En las propias palabras de Douglass,

Llegué a la conclusión que la constitución de los Estados Unidos — fundada para “formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurar las bendiciones de la libertad— no podía muy bien ser diseñada al mismo tiempo para mantener y perpetuar un sistema de rapiña y asesinato como es la esclavitud, sobre todo porque ni una sola palabra se puede encontrar en la Constitución que autorice un creencia como esta.

FREDERICK DOUGLASS, *THE LIFE AND TIMES OF FREDERICK DOUGLASS* 261-62 (R. Logan ed., 1967). En efecto, la identificación de Douglas con el derecho se ha convertido, a su turno, en parte de la identidad cultural norteamericana. Ver PRISCILLA C. WALD, *Neither Citizen Nor Alien: National Narratives, Frederick Douglass, and the Politics of Self-Definition*, en *CONSTITUTING AMERICANS: CULTURAL ANXIETY AND NARRATIVE FORM* 14 (1995) (analizando una serie de casos de la Corte Suprema de justicia del siglo diecinueve junto con la autobiografía de Douglass como constitutivos de la identidad norteamericana).

<sup>130</sup> En la frase de Lawrence Friedman, los norteamericanos se han ido acostumbrando cada vez más a esperar del derecho una justicia completa. Ver LAWRENCE M. FRIEDMAN, *TOTAL JUSTICE* (1994). En la aumentada insistencia en los derechos legales, ver también, MARY ANN GLENDON, *RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE* (1991).

Como un poderoso ejemplo histórico del apego de los estadounidenses al derecho, se puede considerar el choque de las tradiciones jurídicas en la California mexicana antes de su anexión a los Estados Unidos en 1846. Los comerciantes anglo-americanos expatriados estaban consternados por las instituciones jurídicas mexicanas, que consideraban inadecuadas para los propósitos de la ejecución de un contrato.<sup>131</sup> Paradójicamente, en sus relaciones entre ellos, los comerciantes, sin embargo, *siguieron* utilizando contratos “legales” meticulosamente elaborados (basados en recuerdos de legos), incluso aunque no hubiera perspectivas para su ejecución.<sup>132</sup> ¿Cuál era el punto de pasar por tales procedimientos cuasi-legales? David Langum sugiere que la respuesta se encuentra en la cultura mercantil compartida por los anglo-americanos expatriados:

En gran medida, dicha cultura incluía al derecho. Fue por esto que, ante la potencial ruptura de la relaciones contractuales, estos hombres podían hacer reclamos jurídicamente técnicos entre ellos, reclamos respecto de los cuales no tenían ninguna esperanza subjetiva de ejecución en los tribunales locales, pero los hacían de todas manera con la esperanza de que podían convencer a su oponente de que sus posiciones eran lícitas [*rightfulness*].<sup>133</sup>

De Tocqueville no podría haber pedido un mejor ejemplo de estadounidenses que “toman prestadas en sus polémicas diarias, las ideas e, incluso, el idioma peculiar de los procedimientos judiciales”<sup>134</sup>. Aparentemente incapaces de imaginar el intercambio comercial por fuera de un “contrato”, incluso en un entorno extralegal, estos comerciantes expatriados siguieron conceptualizando sus relaciones comerciales en los términos jurídicos angloamericanos. Como parte inseparable de su aparato conceptual, llevaron “el derecho” en sus cabezas, incluso hasta el territorio extranjero de la California mexicana.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> DAVID J. LANGUM, LAW AND COMMUNITY ON THE MEXICAN CALIFORNIA FRONTIER: ANGLO-AMERICAN EXPATRIATES AND THE CLASH OF LEGALTRADITIONS, 1821-1846, en 163-186 (1987).

<sup>132</sup> *Id.*

<sup>133</sup> *Id.* en 186.

<sup>134</sup> DE TOCQUEVILLE, nota 126, en 280.

<sup>135</sup> Los comerciantes expatriados eran extremadamente conscientes de sí mismos, al igual que autocomplacientes con la manera cómo su apego al derecho los separaba y los elevaba de los nativos californianos. El hecho de que los alcaldes, los funcionarios mexicanos locales más o menos análogos a los jueces de paz, llevaran a cabo una combinación de funciones judiciales y administrativas ocasionó gritos en los estadounidenses por la violación de la separación de poderes. LANGUM, *supra* nota 131, en la 51. De forma similar, la preferencia mexicana por la conciliación en vez de la adjudicación ofendió a un creciente énfasis

Sin duda, la relación de la mayoría de los estadounidenses con el derecho es profundamente ambivalente. Un fuerte apego al derecho —diagnosticado por un observador como “hyperlexis”<sup>136</sup>— se alterna con un miedo al derecho. (Recordemos, por ejemplo, el terror de Learned Hand ante la perspectiva de ser arrastrado ante un tribunal: “Como litigante, debo temer una demanda más que cualquier cosa, excepto el temor hacia la enfermedad y la muerte.”<sup>137</sup>) Incluso si el derecho es visto como una promesa de una sociedad mejor o como un litigio vejatorio, o ambos, la identificación de los estadounidenses con este sigue siendo extraordinariamente fuerte.<sup>138</sup> Numerosas etnografías describen comunidades estadounidenses en las cuales la verdadera norma de comportamiento es evitar el derecho formal.<sup>139</sup> Sin embargo, como Carol

---

norteamericano por la necesidad de seguridad jurídica y certeza como parte de una infraestructura legal propia del capitalismo. Que este choque entre valores jurídicos haya implicado de forma profunda a los estadounidenses y su identidad es evidente a partir de los debates contemporáneos sobre la propuesta de crear tribunales de conciliación norteamericanos. En Nueva York, tal propuesta fue recibida con la objeción resumida que “dichos tribunales solo pertenecían a un gobierno despótico, donde el pueblo era ignorante y tenían una clase superior sobre ellos, y no para nuestra gente libre y Yankee, que considera que ellos mismos son competentes de juzgar sobre estos asuntos. W. BISHOP & W. ATTREE, REPORT ON THE DEBATES AND PROCEEDINGS OF THE CONVENTION FOR THE REVISION OF THE CONSTITUTION OF THE STATE OF NEW YORK 58 (1846), citado en LANGUM, *supra* nota 131, en 143. Al preguntársele a la Corte Suprema de California acerca de convertir a la conciliación un procedimiento obligatorio en 1850, esta señaló en un lenguaje arrogante similar arguyendo que mientras que la conciliación tal vez sea adecuada para los mexicanos “entre el pueblo estadounidense no puede verse bajo ninguna otra luz que aquella de una formalidad inútil y dilatoria” *Von Schmidt v. Huntington*, 1 CAL. 55, 65 (1850). De forma irónica, hoy los mecanismos alternativos de solución de conflictos representan, no el atraso, sino la vanguardia de la reforma legal.

<sup>136</sup> Marc Galanter, *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (And Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31 UCLA L. REV. 4, 64 (1983) (contrastando las percepciones contra fácticas de la elite sobre la litigiosidad excesiva con datos empíricos y analizando “las formas en que la élite interpreta éste fenómeno”).

<sup>137</sup> 3 LEARNED HAND, *Deficiencies of Trial to Reach the Truth of the Matter*, en LECTURES ON LEGAL TOPICS (1921-22), en la 89, 105 (James N. Rosenburg et al. eds., 1926).

<sup>138</sup> O, en la formulación de Duncan Kennedy, el pensamiento norteamericano en general muestra “una combinación extraña de absoluta fe y absoluta desconfianza en el derecho” DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION: FIN DE SIECLE 73 (1997).

<sup>139</sup> Ver, por ejemplo, M.P. BAUMGARTNER, THE MORAL ORDER OF A SUBURB 127-28 (1988) (“La evidencia de los suburbios sugiere que...la

Greenhouse observa, incluso puestos ante evidencia en contrario, “muchos estadounidenses están dispuestos a creer, casi hasta el punto de la insistencia, en su propio carácter supuestamente litigioso”.<sup>140</sup>

B. El no-sujeto no-jurídico chino

*Con el derecho chino...se nos hace retroceder a una posición donde podemos estudiar, por así decirlo, un pasado vivo y tener una conversación con hombres del pasado.*<sup>141</sup>

---

penetración del derecho en la cotidianidad estadounidense ha sido considerablemente más limitada en rango y en efectos que lo que comúnmente se cree”) ELLICKSON, *supra* note 89.

<sup>140</sup> Carol J. Greenhouse, *Interpreting American Litigiousness*, en HISTORY AND POWER IN THE STUDY OF LAW, *supra* nota 43, en la 252. El punto no es en última instancia un dato empírico acerca de la verdadera litigiosidad de los estadounidenses. Más bien, es una afirmación sobre el papel del derecho en la representación y auto comprensión cultural. En la academia legal, en particular, los escritores que cuestionan el papel del derecho en el cambio social son a menudo descartados furiosamente. Cuando Gerald Rosenberg y Michael Klarman argumentaron que *Brown v. Board of Education* había tenido solo un limitado efecto en el mundo real de la segregación escolar, su afirmación fue inmediatamente recibida con s denuncias. Compárese GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE ? (1991) y Michael Klarman, *Brown, Racial Change and the Civil Rights Movement*, 80 VA. L. REV. 7 (1994) con David J. Garrow, *Hopelessly Hollow History: Revisionist Devaluing of Brown v. Board of Education*, 80 VA. L. REV. 151 (1994); ver también RICHARD ABEL, POLITICS BY OTHER MEANS: LAW IN THE STRUGGLE AGAINST APARTHEID, 1980- 1994, en 523 (1995) (“La centralidad del derecho en el movimiento obrero estadounidense, en el de los derechos civiles, en las feministas, en el de los derechos económicos, sociales y culturales, en el de los ambientalistas, y en el de los derechos gay puede tentar a cualquier observador a parroquiales y exageraciones a-históricas de su capacidad para traer el cambio social”)

El apego de los élites jurídicas al derecho es, por supuesto, comprensible en la medida en que confirma su propia significación. En este sentido, el grado en que el “derecho” constituye una importante dimensión de la identidad nacional estadounidense puede depender, en parte, de la ubicación en la escala social. Reva Siegel, por ejemplo, señala que aunque la cláusula de protección igualitaria, judicialmente eviscerada, ya no protege, “en esta área del derecho constitucional, la nación igualmente sigue articulando su identidad de forma aspiracional entorno a esta”. Reva Siegel, *Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status- Enforcing State Action*, 49 STAN. L. REV. 1111, 1146 (1997). Las nociones de la protección igualitaria son ciertamente parte de la *americanness*, pero tal vez son las clases sociales que pueden permitirse el lujo de vivir sin una protección judicial que también se identifican más fuertemente con una cláusula de protección igualitaria que, de hecho, no protege, según Siegel.

—Edward Harper Parker

Si tal es la auto-comprensión del sujeto jurídico estadounidense, ¿cómo perciben los discursos Orientalistas el sujeto jurídico chino? Los legalismos orientalistas vienen en todo tipo de variedades, como el orientalismo clásico europeo descrito en la Sección 1 y el Orientalismo anti-inmigracionista estadounidense expuesto en la Sección 2. En efecto, las visiones Orientalistas de China pueden ser tanto negativas *como* positivas, como se ilustra en la Sección 3. Sin embargo, lo que comparten los diversos Orientalismos descritos abajo es una tendencia a postular a los chinos como no-jurídicos y carentes de subjetividad —efectivamente, como no-sujetos no-jurídicos.

### 1. Orientalismo Legal Europeo

*“Europa” sigue siendo el soberano, el sujeto teórico de todas las historias, incluyendo las que podemos llamar “indias”, “chinas”, “kenianas” y así sucesivamente.*<sup>142</sup>

—Dipesh Chakrabarty

Comienzo la historia de la subjetividad china, o la de su ausencia, esbozando la visión hegeliana de China en su *Filosofía de la Historia*. Lo hago sin ninguna implicación de que Hegel “inventó” el Orientalismo o es de alguna manera singularmente responsable de él. Sin interés de acusar o excusar a su autor,<sup>143</sup> uso la *Filosofía de la Historia* simplemente como un estudio de caso textual, pues proporciona una declaración verdaderamente clásica de muchas de las ideas Orientalistas que estructuran la percepción del derecho chino hasta nuestros días.

Según Hegel, “[l]a historia del mundo se desplaza de Este a Oeste: Europa es el fin absoluto de la historia; Asia, el principio”<sup>144</sup>. En la doble ontología de Hegel, los estados Orientales “pertenecen a un mero espacio” o a una

---

<sup>141</sup> Edward Harper Parker, *Comparative Chinese Family Law*, 8 CHINA REV. 67, 69 (1879).

<sup>142</sup> CHAKRABARTY, nota 33, en la 2. *supra*.

<sup>143</sup> Cf SPIVAKA, CRITIQUE OF POSTCOLONIAL REASON, *supra* nota 68, en las 97-98

(elaborando una política deconstruccionista de lectura cuyo “desafío no es excusa, pero para suspender la acusación para examinar con gran esmero si los protocolos del texto contienen un momento en el que se puede contener algo que va a producir una nueva y útil lectura.”

<sup>144</sup> GEORG WILHELM HEGEL, THE PHILOSOPHY OF HISTORY 103 (J. Sibree trans., 1956).

“historia a-histórica”, mientras que Occidente existe en la “Forma del tiempo”.<sup>145</sup> De acuerdo con Hegel,

[c]on el Imperio de China, la Historia tiene que empezar, pues es el más antiguo, en la medida en que la historia nos provee alguna información, y su *principio* tiene tal sustancialidad, que el imperio en cuestión es tal vez el más antiguo y el más nuevo. Temprano vemos a China avanzar de la condición en la que se encuentra en este día, pues el contraste entre la existencia objetiva y la libertad subjetiva de movimiento en ella, todavía es querer, excluyendo todos los cambios, y la fijeza de carácter que se repite perpetuamente ocupa el lugar de lo que deberíamos llamar lo verdaderamente histórico.<sup>146</sup>

La afirmación de Hegel sobre la extraordinaria estabilidad de China es, sin ninguna duda, extrema, pero tiene muchas variantes históricas.<sup>147</sup> En la mordaz metáfora de Marx, China “vegeta en los dientes del tiempo”<sup>148</sup>, mientras que Weber vio en el confucianismo una religión que adoraba al *statu quo* y que, por lo tanto, impedía radicalmente el pasaje de China hacia la modernidad.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> *Id.* en la 105-106.

<sup>146</sup> *Id.* en la 116.

<sup>147</sup> La visión de China como existente en el espacio pero no en el tiempo encuentra un lugar, incluso, en Foucault. La “Enciclopedia China” de Borges lleva a Foucault a encontrar una cultura curiosamente atemporal, “en el otro extremo de la tierra que habitamos, una cultura dedicada enteramente a la ordenación del espacio, pero una que no distribuye la multiplicidad de las cosas existentes en ninguna de las categorías que nos permiten nombrar, hablar y pensar”. FOUCAULT, THE ORDER OF THINGS, *supra* nota 2, en xix.

<sup>148</sup> KARL MARX, ON COLONIALISM AND MODERNIZATION 323 (Shlomo Avineri ed., 1968); ver también, MARX ON CHINA, 1853-1860: ARTICLES FROM THE NEW YORK DAILY TRIBUNE (Dona Torr ed., 1951). Para una elaboración del lugar teórico de China en el pensamiento de Marx, ver DONALD M. LOWE, THE FUNCTION OF “CHINA” IN MARX, LENIN, AND MAO (1966).

<sup>149</sup> Weber, en particular, define a China incansablemente en términos negativos, por lo que no es. El atribuye el “fracaso” de China para desarrollar un capitalismo burgués racional a la “ausencia” de una ética religiosa dinámica como la protestante: La vida intelectual China se mantuvo completamente estática, y a pesar de condiciones aparentemente favorables el capitalismo moderno simplemente no apareció”. WEBER, *supra* nota 18, en la 55; *cf* MAX WEBER, THE PROTESTANT ETHIC AND THE SPIRIT OF CAPITALISM (Talcott Parsons trans., 1992). Mientras que Weber tiene muchos apuntes fascinantes acerca del derecho chino local, su visión global sufre de su esencialmente negativo enfoque general. Véase en general, Gary G. Hamilton, *Why No Capitalism in China?*

Desde el punto de vista particularmente teológico de Hegel, el objetivo final de la Historia es el logro de la libertad, que culmina casualmente en el sistema político de Prusia. Por el contrario, China, parada en el umbral de la Historia, es el ejemplo paradigmático del “despotismo Oriental”. El despotismo es, de hecho, la forma *natural* de gobierno para los chinos, por la sencilla razón de que ellos no existen como sujetos individuales. En palabras de Hegel, en China “todo lo que llamamos subjetividad está concentrado en la cabeza suprema del Estado”<sup>150</sup>, mientras que “los individuos permanecen en él como meros accidentes”<sup>151</sup>. Este despotismo deviene en parte de una confusión entre familia y Estado: “[l]os chinos se consideran a sí mismos como pertenecientes a la familia y, al mismo tiempo, como hijos del Estado”.<sup>152</sup> Y, por implicación, los chinos carecen de una distinción adecuada entre el derecho y la moral: los dictados de la moral están expresados en forma de leyes, pero, al carecer de subjetividad, obedecen estas leyes simplemente como fuerzas externas, como niños que temen un castigo paternal.<sup>153</sup>

Analizado como un discurso Orientalista, el análisis de Hegel logra varias cosas. Primero, el pretendido hecho de que China es atemporal y estática implica que Occidente no lo es.<sup>154</sup> Segundo, la imputación hacia los chinos

---

*Negative Questions in Historical Comparative Research*, 1 J. DEVELOPING SOCIETIES 187 (1985).

<sup>150</sup> HEGEL, *supra* note 140, en 113.

<sup>151</sup> *Id.* en la 105. Para una versión del siglo veinte de la perdurable idea del despotismo oriental, actualizada para las necesidades de la Guerra Fría, ver. KARL A. WITTFÖGE, *ORIENTAL DESPOTISM: A COMPARATIVE STUDY OF TOTAL POWER*(1957).

<sup>152</sup> HEGEL, *supra* note 140, en 121.

<sup>153</sup> *Id.* en la 111 (“Las distinciones y requerimientos morales son expresados en la Leyes, pero de tal forma que la voluntad subjetiva está gobernada por estas Leyes como si fuera una fuerza exterior”).

<sup>154</sup> El énfasis orientalista en la naturaleza estática de China es, sin duda, un componente clave en la definición negativa de China; mientras que occidente es dinámico, cambiante y progresivo, China está para siempre estancada. La mayoría de las comprensiones de China, ya sea condenándola o alabándola, operan en la asunción del “inmobilismo” Chino para tomar prestado el término de Derrida. ver JACQUES DERRIDA, *The Pit and the Pyramid: Introduction to Hegel's Semiology*, in MARGINS OF PHILOSOPHY 69 (Alan Bass trans., 1982) [desde ahora, DERRIDA, *The Pit and the Pyramid*]. Congelada en el tiempo, China nunca cambia. E incluso si lo hace —bien, *plus ça change, plus c'est la même chose*. El hecho de que China ha sufrido revoluciones devastadoras, hambrunas catastróficas, rebeliones sangrientas y transiciones dinásticas violentas, y cosas similares, se ajusta, en últimas instancia, a un ciclo predecible de recurrencia quasi-Nietzscheano. Considérese, por ejemplo, la queja más bien contradictoria de



de una falta de subjetividad y carácter moral sugiere que los occidentales no carecen de estas cualidades progresistas. Tercero, al observar la confusión en la que incurren los chinos acerca de la verdadera naturaleza de lo que es “derecho”, establece al ordenamiento jurídico europeo como el correcto. Las implicaciones Orientalistas no son difíciles de captar: China es un anti-modelo y representa todo lo que no queremos ser –o admitir que somos. Esta es una definición completamente negativa: China es básicamente sólo un “vistazo de lo que en sí misma no es”, *viz.*, nosotros, Occidente.<sup>155</sup>

## 2. Orientalismo Legal Americano

Hegel, Marx y Weber son orientalistas europeos clásicos cuyos trabajos, en última instancia, afirman la superioridad de la civilización y el derecho Occidentales.<sup>156</sup> Sin embargo, en ellos no se agota el universo de los

---

Edward Parker que “los cambios legales chinos” constituyen “una historia monótona”. Edward H. Parker, *The Principles of Chinese Law and Equity*, 22 LAWQ. REV. 190, 209 (1906). La noción de una China inmutable es, por supuesto, una ficción, que el historiador Paul Cohen nota, “todas las sociedades atraviesan cambios todo el tiempo”. COHEN, DISCOVERING HISTORY, *supra* nota 42, en la 6. Sin embargo, “el grado en que se considere dicho cambio significativo, cuando se ‘nota’, es últimamente una cuestión relativa, que depende de lo que un historiador particular, viviendo en una sociedad particular en una época particular pase a considerar como importante”. *Id.* Como concluye Cohen, “porque los occidentales en su totalidad y los estadounidenses en particular suelen poner un gran valor cultural en el cambio, o, al menos, en ciertas formas de este, la visión de una China no cambiante o cambiante trivialmente es implícitamente condescendiente” *Id.* Para una importante corrección de la versión de Weber la tesis la China inmutable, ver THOMAS A. METZGER, ESCAPE FROM PREDICAMENT: NEO-CONFUCIANISM AND CHINA'S EVOLVING POLITICAL CULTURE (1977).

<sup>155</sup> HAUN SAUSSY, *Hegel's Chinese Imagination*, in THE PROBLEMOF A CHINESE AESTHETIC 161 (1993).

<sup>156</sup> Sin duda, en el caso de Marx incluso la civilización jurídica moderna occidental puede estar, en últimas, destinada a extinguirse junto con el Estado, pero, como la penúltima estación hacia la Utopía, ciertamente representa una etapa superior en el desarrollo del materialismo histórico que el derecho despótico de los orientales. Como Marx afirma de forma unívoca, el dominio colonial en Asia tenía una doble misión “uno, la destructiva y la otra, la regenerativa —la aniquilación de la vieja sociedad asiática, y el asentamiento de las bases materiales de la sociedad occidental en Asia”. Karl Marx, *The Future Results of British Rule in India*, en THE MARX-ENGELS READER 659, 659 (Robert C. Tucker ed., 2d ed. 1978). Una vez más, deseando no acusar ni excusar los tres pensadores considerados aquí, *cf.* nota 139, estoy evaluando su trabajo a lo largo de una sola dimensión estrecha: lo que su trabajo tiene que decir sobre China y su relación con Occidente. Es decir, yo no estoy buscando avergonzarlos en un acto de “venganza postcolonial” (para tomar prestada la frase de Leela Grandhi's), sino simplemente examinándolos como

Orientalismos Legales, que varían según el contexto histórico y cultural. El Orientalismo anti-inmigracionista del siglo XIX en Estados Unidos proporciona un ejemplo de una forma peculiarmente estadounidense de Orientalismo.<sup>157</sup> Como lo observa un historiador de la inmigración china, los estadounidenses del siglo diecinueve percibían casi todos los aspectos de la vida china como ilustrativos del atraso en el que estos vivían: “vestir de blanco para el luto, comprar un ataúd aún en vida, vestir a la mujeres en pantalones y a los hombres en faldas, darse la mano a uno mismo al saludar un amigo, escribir de arriba a abajo, comer el postre primero y la sopa después, etc.”<sup>158</sup>

La utilidad de este discurso Orientalista, en particular, radicaba en el rol que jugaba en la justificación de la exclusión legal de los inmigrantes chinos en ese momento histórico particular. En efecto, el texto de un informe de 1878 elaborado por el Comité del Senado del Estado de California sobre la Inmigración China parece extraído directamente de la *Filosofía de la Historia* de Hegel:

Los chinos son capaces de ... ofrecer precios más bajos que los blancos en todo tipo de trabajo. Pueden ser contratados en masa; pueden ser gestionados y controlados como esclavos irreflexivos. Pero nuestros trabajadores tienen una vida individual, no pueden ser controlados como esclavos por amos brutales, y esta individualidad ha sido requerida por el genio de nuestras instituciones, y sobre estos elementos de carácter dependen la defensa y el crecimiento del Estado.<sup>159</sup>

---

artefactos históricos. Ver LEELA GANDHI, POSTCOLONIAL THEORY, en x (1998). O como lo pondría Said, estoy viendo a los textos orientalistas como parte de los mundos en los que ellos existieron, ya que los textos “incluso cuando parecen negarlo... son, sin embargo, parte del mundo social, de la vida humana y, por supuesto, de los momentos históricos en los que están localizados y son interpretados”. EDWARD SAID, THE WORLD, THE TEXT, AND THE CRITIC 4 (1983).

<sup>157</sup> Ver, en general, Keith Aoki, “*Foreign-ness*” and Asian American Identities, 4 UCLA ASIAN PAC. AM. L. J. 1,7 44 (1996) (Describiendo la historia del “orientalismo estadounidense”); Neil Gotanda, *Exclusion and Inclusion: Immigration and American Orientalism*, en ACROSS THE PACIFIC: ASIAN AMERICANS AND GLOBALIZATION 129 (Evelyn Hu-DeHart ed., 1999); ver también LISA LOWE, IMMIGRANT ACTS: ON ASIAN AMERICAN CULTURAL POLITICS 1-36 (1996).

<sup>158</sup> STUART CREIGHTON MILLER, THE UNWELCOME IMMIGRANT: THE AMERICAN IMAGE OF THE CHINESE 1785-1885, en 27-28 (1969).

<sup>159</sup> State of California, Senate Special Committee on Chinese Immigration, citado en TOMAS ALMAGUER, RACIAL FAULT LINES: THE HISTORICAL ORIGINS

Estos sentimientos pueden tener mucho del siglo diecinueve, pero hay que considerar también el siguiente análisis de la exclusión en la inmigración China, hecho por un juez federal en la década de 1920:

El color racial amarillo o marrón es el sello distintivo de los despotismos Orientales, o lo era en el momento en que la ley de naturalización original fue promulgada. Se consideraba que los sujetos de estos despotismos, con su fijo y engranado orgullo en su tipo de civilización, que trabajan por su bienestar mediante la subordinación del individuo a la autoridad personal del soberano, como la encarnación del Estado, no fueron ni equipados ni adaptados para el triunfo de una forma de Gobierno republicana. Por lo tanto, se les negó su ciudadanía.<sup>160</sup>

Para este juez, era evidente que la exclusión de la inmigración de los chinos por el Congreso no estaba basada en el “color”, sino en una inhabilitación *cultural* para la ciudadanía.<sup>161</sup> Es decir, los chinos eran tan radicalmente “a-jurídicos”, que eran simplemente incapaces de gestionarse de acuerdo con el auto-gobierno necesario para la “forma republicana [estadounidense] de gobierno”.

### 3. Orientalismos positivos y negativos: la Racionalidad y el Derecho Chino

---

OF WHITE SUPREMACY IN CALIFORNIA 174 (1994). Estas conclusiones fueron presagiadas por un comité conjunto del Congreso de los Estados Unidos: “admitir a este vasto número de extranjeros a la ciudadanía y al cartón de votación sería prácticamente destruir las instituciones republicanas de la costa del Pacífico, pues los Chinos, más allá del despotismo, no comprenden cualquier otra forma de gobierno, y no tienen palabras en su idioma para describir inteligiblemente los principios de nuestro sistema representativo” Report of Joint Special Committee to Investigate Chinese Immigration, S. REP. NO. 689, 44th Cong., 2nd Sess. (1877), citado en Leti Volpp, “*Obnoxious to Their Very Nature*” :*Asian Americans and Constitutional Citizenship*, 5 CITIZENSHIP STUD. 57, 63 (2001).

<sup>160</sup> *Terrace v. Thompson*, 274 F. 841, 849 (W.D. Wash. 1921), *affd*, 263 U.S. 197 (1923).

<sup>161</sup> *Id.* (“Es obvio que la objeción por parte del Congreso no es a causa del color, como *color*, pero solo hacia el color como evidencia de un tipo de civilización que caracteriza.”). (Énfasis añadido).

*Los términos elegidos para los chinos formaban extraños oxímoros, de manera que los chinos podían ser tanto “engañosos” como “de absoluta confianza” en la misma frase.*<sup>162</sup>

—Stuart Creighton Miller

*En su administración, el gobierno de China es despótico y democrático.*<sup>163</sup>

—Thomas R. Jernigan

Sombríos como tantas caracterizaciones de lo que China y los chinos son, los discursos Orientalistas no tienen por qué ser implacablemente negativos.<sup>164</sup> Todo lo contrario, existen muchos casos de *idealización* ferviente de los chinos. Jacques Derrida se refiere a China como una “especie de alucinación Europea”, que representa diferentes cosas para diferentes observadores.<sup>165</sup> En una *volte-face* sin esfuerzo, Nietzsche, por ejemplo, es capaz de utilizar a China como un ejemplo negativo para los europeos en un página y, luego, sólo unas pocas páginas después, como un modelo.<sup>166</sup> En lugar de ser simplemente un “mero espíritu melancólico y aburrido” en la oscuridad, tal como Hegel describe a China,<sup>167</sup> para los *philosophes* franceses China es una fuente de Ilustración: *ex Oriente lux* —e incluso *lex*. Un ardiente sinófilo, Voltaire, por ejemplo, se maravillaba ante la tolerancia religiosa del Estado burocrático chino.<sup>168</sup> De la misma manera,

---

<sup>162</sup> MILLER, *supra* nota 158, en la 10 (describiendo un estudio sobre los estereotipos raciales de los estadounidenses hacia los chinos)

<sup>163</sup> THOMAS R. JERNIGAN, CHINA IN LAW AND COMMERCE, en v (1905).

<sup>164</sup> Por otra parte, como subraya Homi Bhabha, incluso los estereotipos aparentemente más negativos son en última instancia ambivalentes y abiertos a la resignificación. Véase en general, HOMI Bhabha, *Of Mimicry and Man: The Ambivalence of Colonial Discourse*, in THE LOCATION OF CULTURE 85 (1994). En la medida que los discursos orientalistas están siempre sobredeterminados, las posiciones subjetivas que producen nunca son estables —ya sea para el Otro Oriental o el Observador Occidental. Como Bhabha explica, “los estereotipos no son la creación de una imagen falsa que luego se convierte en el chivo expiatorio de las prácticas discriminatorias. Es un texto mucho más ambivalente de proyección e introyección, metáfora y estrategias metonímicas, desplazamiento, sobredeterminación, culpa, agresividad; el enmascaramiento y división del “saber oficial y fantasmagórico...” HOMI BHABHA, *The Other Question: Stereotype, Discrimination and the Discourse of Colonialism*, in THE LOCATION OF CULTURE, *supra*, en66, 81-82.

<sup>165</sup> JACQUES DERRIDA, *Of Grammatology as a Positive Science*, en OF GRAMMATOLOGY 74, 80 (Gayatri Chakravorty Spivak trans., 1976) [desde ahora, DERRIDA, OF GRAMMATOLOGY].

<sup>166</sup> Compare *Id.* en 108, con NIETZSCHE, *supra* nota 100, en 99.

<sup>167</sup> HEGEL, *supra* note 144, en 142.

<sup>168</sup> Véase en general, BASIL GUY, THE FRENCH IMAGE OF CHINA BEFORE AND AFTER VOLTAIRE 261 (1963) (observando, por ejemplo, el gran estima que

los informes de los misioneros Jesuitas del siglo dieciséis que viajaron a China exaltan la justicia penal China, “que estos gentiles tiene gran esmero en realizar”.<sup>169</sup> Sin embargo, incluso estas representaciones positivas, en última instancia, tienen mucho menos que ver con China que con sus autores, y están motivadas principalmente por el deseo de criticar sus propias condiciones domésticas — señalando que *incluso* los chinos lo han hecho mejor. Como observa Derrida, en tales casos China sigue siendo una “representación doméstica” que es alabada “sólo con el propósito de designar una ausencia y definir las correcciones necesarias”<sup>170</sup>—o, en palabras de un comerciante portugués en Macao, para hacer saber “cómo estas gentes superan en efecto a muchos cristianos”.<sup>171</sup>

La oscilación en las valoraciones occidentales del derecho Chino se refleja, en parte, en las evaluaciones cambiantes que se hacen acerca de la racionalidad del lenguaje chino. La racionalidad, después de todo, es una de las características que identifican al derecho moderno<sup>172</sup>, y el derecho, a su vez, está íntimamente relacionado con el lenguaje y las categorías que éste ofrece para la expresión legal. Una vez más, las huellas conducen a Hegel, que pone en operación todo su arsenal Orientalista para describir la naturaleza del lenguaje chino. Que el lenguaje chino no sea fonético sino que “represente las ideas mismas a través de signos” es evidencia, para Hegel, de que no ha “madurado” y alcanzado el nivel de los idiomas Occidentales. En efecto, debido a la multiplicidad de las representaciones pictóricas necesarias, el sistema de escritura es un instrumento fundamentalmente inadecuado “para representar e impartir el pensamiento”<sup>173</sup>. La misma noción hace eco en Weber, quien señala que “el

---

Voltaire tenía por lo que concebía como el “culto de la justicia” chino y “la ausencia de fanatismo o prejuicios religiosos”).

<sup>169</sup> 1 JOHN WIGMORE, A PANORAMA OF THE WORLD'S LEGAL SYSTEMS 178 (1936) (citando a un misionario español); ver también, MATTEO RICCI, CHINA IN THE SIXTEENTH CENTURY: THE JOURNALS OF MATTEO RICCI: 1583-1610, en 43 (Louis J. Gallagher trans., 1953) (encontrando al derecho chino como predecible y no arbitrario en el sentido que un código, una vez promulgado por el fundador de una dinastía, “no puede ser cambiado sin una buena razón”).

<sup>170</sup> DERRIDA, OF GRAMMATOLOGY, *supra* note 165, en 179. Irónicamente, el compromiso de Derrida con China no es necesariamente mucho más profundo: “El Este nunca es estudiado o deconstruido seriamente en los textos derrideanos”. Gayatri Chakravorty Spivak, *Preface, in id.*, en lxxxii.

<sup>171</sup> WIGMORE, note 169, en 155 *supra* (citando un mercader portugués)

<sup>172</sup> ver ANTHONY T. KRONMAN, MAX WEBER (1983) (analizando el lugar de la “racionalidad jurídica formal” en la sociología de Weber).

<sup>173</sup> HEGEL, *supra* nota 140, en 135. Para un análisis más extenso de la (in)comprensión del lenguaje chino por Hegel, ver DERRIDA, *The Pit and the Pyramid*, *supra* nota 154, en 69, y SAUSSY, *supra* nota 155.

pensamiento chino se ha mantenido más bien atascado en lo pictórico y descriptivo”.<sup>174</sup> Y, como Hegel, Weber confirma las graves consecuencias de este desafortunado “hecho”: “[e]l poder del *logos* para definir y razonar no ha sido accesible para los chinos”<sup>175</sup> y, de hecho, “el concepto mismo de lógica ha permanecido absolutamente ajeno” al pensamiento chino.<sup>176</sup>

Como contra ejemplo, se puede considerar a Leibniz, un sinófilo *par excellence*. Para él, la escritura ideográfica, afonética china era un modelo para el gran proyecto de la Ilustración de crear un lenguaje “universal” que comunica las ideas “directamente”, como signos algebraicos.<sup>177</sup> El análisis de Leibniz ignora el hecho de que la escritura china *sí* incluye un elemento fonético. Sin embargo, bien sea si se consideraba como un anacronismo o como una clase de álgebra lingüística, el lenguaje chino constituía una barrera casi insuperable para muchos occidentales. Desde el principio, los observadores legales de China hicieron hincapié en el problema de estudiar un sistema jurídico “sepultado en un lenguaje que es, como mucho, el menos accesible que cualquiera que haya sido inventado por el hombre para un estudiante extranjero”, como hiperbólicamente afirmó Sir George Thomas Staunton en la introducción de su pionera traducción de 1810 del Código Qing.<sup>178</sup> Dadas las superficiales asunciones Orientalistas sobre las estrechas interrelaciones entre el lenguaje, la a-historicidad y la irracionalidad de los chinos, no es sorprendente enterarse de que, en opinión de un oficial de la British East India Company, “tan arbitrarias”

---

<sup>174</sup> WEBER, THE RELIGION OF CHINA, *supra* note 17, en 125.

<sup>175</sup> *Id.*

<sup>176</sup> *Id.*

<sup>177</sup> Ver OLIVIER ROY, *Leibniz et le Chinois comme langue universelle [Leibniz and Chinese as universal language]*, en LEIBNIZ ET LA CHINE [LEIBNIZ AND CHINA] 135 (Librairie Philosophique, Paris, 1972). Irónicamente, lo que finalmente hace de la escritura china un modelo tan atractivo para Leibniz es precisamente su (ahora idealizada y no demonizada) historicidad: “Lo que libera [la afonética] escritura china desde la voz es también lo que, de forma arbitraria y por el artificio de la invención, se arranca de la historia y se lo da a la filosofía”. DERRIDA, OF GRAMMATOLOGY, *supra* note 165, en 76. Para análisis del proyecto de Leibniz de encontrar una base universal para el cristianismo y el confucianismo, ver DAVID MUNGELLO, LEIBNIZ AND CONFUCIANISM: THE SEARCH FOR ACCORD (1977); CHRISTIA MERCER, LEIBNIZ'S METAPHYSICS: ITS ORIGINS AND DEVELOPMENT 50-51 (2001) y ver también GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ, WRITINGS ON CHINA (Daniel J. Cook & Henry Rosemont, Jr. trans., 1994).

<sup>178</sup> Sir George Thomas Staunton, *Translator's Preface*, en TA TSINGLEU LEE; BEING THE FUNDAMENTAL LAWS, AND A SELECTION FROM SUPPLEMENTARY STATUTES OF THE PENAL CODE OF CHINA V, enxiii (Strahan & Preston, London, 1810) (énfasis añadido)

son las leyes de los chinos como para ser “contrarias a toda razón y justicia”.<sup>179</sup>

Aunque pueden sonar como de otra época, los debates sobre la irracionalidad putativa del lenguaje chino, de hecho, tienen sus variantes contemporáneas. Con China habiendo asumido la soberanía sobre Hong Kong, el *common law* de la antigua colonia británica está siendo ahora traducido al chino. El debate entorno a este proyecto delata un persistente Orientalismo escéptico respecto a la posibilidad de cruzar lo que Joseph Needham llama “la gran barrera entre lenguajes ideográficos y alfabéticos”<sup>180</sup> y, por extensión, la viabilidad de la administración de justicia en chino.<sup>181</sup> De hecho, esto sólo puede recordar los orígenes predominantemente franceses del *common law* y la temprana y ardiente creencia de los francófonos de que “realmente la ley es escasamente expresable de forma adecuada en inglés”.<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> HOSEA BALLOU MORSE, CHRONICLES OF THE EAST INDIA COMPANY TO CHINA, 1635-1834, en 168 (1926). Es de destacar que, aunque las imágenes occidentales del derecho chino nunca han sido monolíticas, los escritos de los Jesuitas y otros modernos observadores tempranos eran predominantemente positivos. Sin embargo, como los misionarios fueron remplazados por los comerciantes como el grupo dominante de los occidentales asentados en China, las percepciones sobre el derecho chino se volvieron cada vez más tenues. Ver, por ejemplo MILLER, *supra* note 158, en 24-25 (observando que la imagen de China de los comerciantes del siglo diecinueve estuvieron dominadas por “la crítica del despotismo de China, del sistema vengativo de derecho y de la injusticia social”). ver también Gregory Blue, *China and Western Social Thought in the Modern Period*, en CHINA AND HISTORICAL CAPITALISM: GENEALOGIES OF SINOLOGICAL KNOWLEDGE 57 (Timothy Brook & Gregory Blue eds., 1999) (analizando el surgimiento de visiones cada vez más negativas de China en el pensamiento social Europeo).

<sup>180</sup> Joseph Needham, *The Translation of Old Scientific and Technical Texts*, en ASPECTS OF TRANSLATION 12 (A.H. Smith ed., 1958). Para análisis postcoloniales de los problemas de la traducción ver LYDIA H. LIU, TRANSLINGUAL PRACTICE: LITERATURE, NATIONAL CULTURE, AND TRANSLATED MODERNITY- CHINA, 1900-1937 (1995) y GAYATRI CHAKRAVORTYSPIVAK, *The Politics of Translation*, en OUTSIDE IN THE TEACHING MACHINE 179 (1993).

<sup>181</sup> Para una revisión de los términos de este debate, ver Derek Roebuck & King-kui Sin, *The Ego and I and Ngo: Theoretical Problems in the Translation of the Common Law into Chinese*, in HONG KONG, CHINA AND 1997: ESSAYS IN LEGAL THEORY 185 (Raymond Wacks ed., 1993).

<sup>182</sup> ROGER NORTH, A DISCOURSE ON THE STUDY OF LAWS 13 (London 1824), quoted in Roebuck & Sin, *supra* note 181, en 193. Por supuesto, una vez que los Ingleses establecieron su lenguaje como el “legal”, fue usado para mantener su identidad como personas “racionales” teniendo a comisiones parlamentarias haciendo “hallazgos” en las comunidades lingüísticas vecinas—por ejemplo, “la

En cualquier caso, y aun cuando las descripciones occidentales se tambalean entre un “desprecio etnocéntrico” y una “admiración hiperbólica” y devuelta —como caracteriza Derrida las auto-referenciales historias del Oeste sobre el Oriente—, China sigue siendo un poderoso significativo.<sup>183</sup> Siguiendo este patrón, en una ostensiblemente dramática reversión del Orientalismo estadounidense, los chinos americanos parecen haber sufrido una sorprendente metamorfosis a finales del siglo veinte: los discursos Orientalistas ya no operan para excluir a los chinos de la inmigración, y los chinos estadounidenses han sido promovidos de ser la representación del “Peligro Amarillo”<sup>184</sup> a ser miembros de la llamada “Minoría Modelo”.<sup>185</sup> Sin embargo, aunque los chinos estadounidenses son vistos como un éxito en la integración en la economía estadounidense, siguen despertando especial desconfianza como sujetos *jurídicos* y *políticos*.<sup>186</sup> En lugar de expresar su voluntad política principalmente a

---

lengua galesa distorsiona la verdad, favorece el fraude y instiga al perjurio”. REGINALD COUPLAND, WELSH AND SCOTTISH NATIONALISM 186 (1954) (citando los comisionados de educación en la Cámara de los Comunes en 1846). Los Irlandeses recibieron un tratamiento similar como sujetos jurídicos y del lenguaje: “Los ingleses consideraban la cultura tradicional irlandesa —y su logro más impresionante, las Leyes de Brehon— con el mayor desprecio, como si fueran la obra de meros bárbaros, el gaélico, como los Galeses, no era propicio para la expresión racional”. MICHAEL HECHTER, INTERNAL COLONIALISM: THE CELTIC FRINGE IN BRITISH NATIONAL DEVELOPMENT, 1536-1966, en 77 (1975) (citación omitida).

<sup>183</sup> DERRIDA, OF GRAMMATOLOGY, nota 165, en 80. *Supra*.

<sup>184</sup> N.del trad: algunas referencias históricas también usan la expresión del “Terror Amarrillo”.

<sup>185</sup> Véase, ROBERTS. CHANG, DISORIENTED: ASIAN AMERICANS, LAW, AND THE NATION-STATE 53-58 (1999). Esto es, los asiáticos-americanos, como grupo, son percibidos como diligentes, bien educados y económicamente exitosos —es decir, una Minoría Modelo. Aunque el mito de la minoría modelo ha sido desmentido repetidamente, conserva un doble atractivo: genera y mantiene una imagen de minorías “malas”, y, al mismo tiempo, enmascara las formas mediante las cuales los asiáticos de origen estadounidense se mantienen, de hecho, social y económicamente marginalizados. Ver Bob H. Suzuki, *Education and the Socialization of Asian Americans: A Revisionist Analysis of the "Model Minority" Thesis*, 4 AMERASIAN. 23 (no. 2, 1977); ver también, Natsu Taylor Saito, *Model Minority, Yellow Peril: Functions of "Foreignness" in the Construction of Asian American Legal Identity*, 4 ASIAN.J. 71 (1997).

<sup>186</sup> Para un análisis de la inteligibilidad de los asiáticos estadounidenses para una ciudadanía completa, véase generalmente *Volpp, supra* note 155. Ver también el clásico estudio de la exclusión política y social de los chinos estadounidenses escrito por VICTOR G. NEE & BRETT DE BARY NEE, *LONGTIME CALIFORNIA: DOCUMENTARY STUDY OF AN AMERICAN CHINATOWN* (1972).



través del voto o de otros canales regulares de la democracia participativa, los chinos estadounidenses ahora usan su poder económico superior para financiar campañas políticas, como afirman los medios<sup>187</sup>—o simplemente venden secretos nacionales a china o al mejor postor.<sup>188</sup>

Aunque el poder de los tropos Orientalistas reside precisamente en su irrefutabilidad empírica, vale la pena repetir que incluso históricamente, desde la génesis de la exclusión de la inmigración china, la percepción de los chinos estadounidenses como incapaces o reacios de recurrir al derecho para defender sus intereses ha sido simplemente incorrecta. A pesar de que una de las justificaciones primordiales para mantener las leyes que excluían a los chinos era su inhabilidad putativa para comprender siquiera la noción de derechos individuales y, por lo tanto, cualificar para la forma “republicana [estadounidense] de gobierno”<sup>189</sup>, irónicamente la respuesta inmediata de los chinos ante su exclusión fue paradigáticamente americana: insistir en sus derechos ante una corte federal.<sup>190</sup>

## V. Hacia una ética del Orientalismo

*China...es la recompensa de la forma correcta de leer...[C]ada quien obtuvo la China que merecía y que le permitía su nivel de comprensión del lenguaje figurado.*<sup>191</sup>

—Haun Saussy

Aunque el enfoque de este artículo es el bosquejo de los amplios contornos de ciertas representaciones históricamente dominantes del derecho chino en Occidente, todavía puede preguntarse justamente qué tiene que ver esto, en todo caso, con la comprensión de China y el derecho chino hoy. ¿Cómo *debemos* usar la palabra “derecho” para entender a China, o “China” para entender al derecho?

La moraleja de este artículo no es emitir el imperativo categórico según el cual los abogados comparativistas deben cesar de Orientalizar a China, que nunca debe constituir un simple medio en nuestros propios proyectos de

---

<sup>187</sup> Ver L. Ling-chi Wang, *Race, Class, Citizenship and Extraterritoriality: Asian Americans and the 1996 Campaign Finance Scandal*, 24 AMERASIA1 (1998).

<sup>188</sup> Ver WENHO LEE & HELENZIA, MY COUNTRY VERSUS ME (2001); Neil Gotanda, *Racialization of Asian Americans and African Americans: Racial Profiling and the Wen Ho Lee Case*, 47 UCLA L. REV. 1689 (2000).

<sup>189</sup> Cf. *supra* texto acompañando la nota 160

<sup>190</sup> Ver Christian G. Fritz, *A Nineteenth Century "Habeas Corpus Mill": The Chinese Before the Federal Courts in California*, 32 AM. J. LEGALHIST.347 (1988).

<sup>191</sup> SAUSSY, *supra* nota 151, en 151.

auto-comprensión legal. Si bien tales afirmaciones moralizantes son, tal vez, retóricamente satisfactorias, concebir una moral categóricamente anti-Orientalista simplemente no es posible. Los prejuicios, en el sentido neutral gadameriano, sólo pueden ser administrados, no eliminados. Como Gadamer observa, para bien o para mal, “el prejuicio fundamental de la Ilustración es el prejuicio contra el prejuicio, que le niega a la tradición su poder”.<sup>192</sup> En últimas, “pertenecer a una tradición es una condición hermenéutica”<sup>193</sup> y las tradiciones inevitablemente nos hacen prejuiciosos en el sentido de disponernos a ver el mundo a la luz de nuestras propias preconcepciones —sean estas positivas o negativas.

Por lo tanto, no es posible tener un conocimiento inocente, y tenemos pocas opciones *salvo* orientalizar —siempre anticipar a China y sus tradiciones jurídicas en los términos de nuestros propios prejuicios. Además, al intentar entenderlos, no solo nosotros estamos inevitablemente involucrados en volver a China y sus tradiciones legales un Otro (*othering*) y esencializarlos, sino que los chinos, asimismo, nos esencializan a nosotros, a Occidente. Incluso, tanto nosotros como los chinos esencializamos nuestras propias tradiciones: los chinos se “auto-orientalizan” y los americanos se “auto-americanizan”, por así decirlo.

Como ejemplos de la auto-esencialización china, se puede considerar el hecho de que durante siglos la postura oficial del Estado, patrocinada por una visión confuciana del derecho, fue que este sólo jugaba un pequeño rol en la gobernanza del imperio Chino, que era idealmente gobernado a través de la moral —pero, de hecho, el Estado desarrolló un sofisticado sistema jurídico para llevar a cabo sus políticas. Sin embargo, en la medida en que el Confucianismo privilegiaba el derecho sobre la moral, y el Estado identificaba lo chino con el confucianismo, era un imperativo ideológico insistir en que China era un gobierno de hombres (de virtud superior), no de leyes (meramente instrumentales).<sup>194</sup>

Consideremos, de nuevo, la noción de una China estable, duradera. Este mito no es sólo una fantasía occidental, sino confuciana, también. El propio Confucio insistió, falsamente, en que su proyecto de reforma del Estado y de la sociedad china era simplemente un retorno a la Edad de Oro del pasado —una simple reafirmación de una antigua tradición, en vez de una reorganización fundamental de un mundo que él encontraba corrupto y

---

<sup>192</sup> GADAMER, *supra* note 26, en 270.

<sup>193</sup> *Id.* en 291, *ver también id.* en 277 (“Es necesario rehabilitar de forma fundamental el concepto de prejuicio”).

<sup>194</sup> *Cf supra* texto acompañando las notas 72-73.

carente de moral.<sup>195</sup> De hecho, desde Confucio (e incluso antes que él), casi todos los proyectos chinos de transformación social fundamental han buscado proyectar sus utopías hacia un pasado distante, con el fin de honrar un fuerte prejuicio cultural en contra el cambio radical.

Sin duda, desde la llegada de los comunistas al poder en 1949, por lo menos el Estado chino ha rechazado el pasado inequívocamente como una fuente de legitimidad. Sin embargo, incluso dicho rechazo se basa en una auto-orientalización de ese pasado. Es decir, aunque la visión sinizada (*Sinicized*) del marxismo bien puede representar una transformación significativa, incluso la variante maoísta está conducida en última instancia por una necesidad de ver el pasado chino como irremediablemente “feudal”, inactivo, a la espera del comunismo para rescatarlo de su trampa ahistórica. Por lo tanto, muchos historiadores chinos han internalizado algunos entendimientos orientalistas de Marx del mundo como parte de su propio entendimiento.<sup>196</sup> El consumado historiador

---

<sup>195</sup> Cf. CONFUCIUS, THE ANALECTS, Bk. VII, Ch.1 (D.C. Lau trans.,1979)(“El Maestro dijo ‘yo transmito pero no innovo; yo soy sincero en lo que digo y soy un devoto de la antigüedad’...”).

<sup>196</sup> Sobre la historiografía marxista en China, véase en general ARIF DIRLIK, REVOLUTION AND HISTORY: ORIGINS OF MARXIST HISTORIOGRAPHY IN CHINA, 1919-1937 (1978). Cf. PARTHA CHATTERJEE, NATIONALIST THOUGHT AND THE COLONIAL WORLD: A DERIVATIVE DISCOURSE? (1986). (analizando la adopción de la ideología europea del nacionalismo por el Estado indio). En la medida en que “lo chino” se basa en no ser “occidental”, Wang Ning usa el nombre del fenómeno del “occidentalismo”—en última instancia, otra forma de auto-orientalismo en la medida en que todavía se define principalmente en relación con el “Occidente”. Ver Wang Ning, *Orientalism versus Occidentalism?*, 28 NEW LITERARY HIST. 57 (1997). Como un ejemplo, considere la observación satírica hecha por Lu Xun, el literato moderno más importante de China, en el año 1934:

Debido a que hemos estado sufriendo de la agresión [extranjera] durante años, nos hacemos enemigos de este ‘aire extranjero’. Incluso vamos un paso más allá y deliberadamente corremos hacia el lado contrario al que apunta este ‘aire extranjero’: como les gusta actuar, nosotros nos sentamos quietos; como hablan de ciencia, nosotros dependeremos de la adivinación; como se visten con camisas cortas, nos pondremos largas túnicas; como hacen énfasis en la higiene, nosotros comeremos moscas; como ellos son fuertes y saludables, preferimos mantenernos enfermos.

Lu Xun, *Reflections Starting From My Son's Photographs*, citado en Zhang Longxi, *Western Theory and Chinese Reality*, supra nota 70, en 105-06; ver también CHEN XIAOMEI, OCCIDENTALISM: A THEORY OF COUNTER-DISCOURSE IN POST-

legal Jing Junjian, por ejemplo, pinta una visión incluso rica, dinámica de la regulación jurídica de la economía durante la dinastía Qing —sin embargo, casi contradiciendo su propia evidencia, al final, concluye que “el derecho chino estuvo permeado por los mismos principios básicos desde el comienzo hasta el final”.<sup>197</sup>

---

MAO CHINA 5 (1995) (observando que el “occidentalismo” chino o la definición en contra del Otro Occidental, es, “ante todo, un discurso que ha sido evocado por diversos grupos que compiten entre sí dentro de la sociedad china por una variedad de diferentes fines, en gran parte, aunque no exclusivamente, dentro de la política doméstica de China”. ver *infra* nota 201.

<sup>197</sup> Jing Junjian, *Legislation Related to the Civil Economy in the Qing Dynasty*, en CIVIL LAW IN QING AND REPUBLICAN CHINA, *supra* nota 22, en 42, 82; ver también Chen Duanhong, *Opposition - The Future of Chinese Constitutionalism from the Perspective of Administrative Litigation*, 4 ZHONG WAI FAXUE [PEKINGU. L.J.] 1 (1995) (pintando una imagen hegeliana del derecho tradicional chino como un gobierno paternalista donde los sujetos son reducidos a la posición de niños); Liang Zhiping, *Explicating "Law": A Comparative Perspective of Chinese and Western Legal Culture*, 3 J. CHINESEL. 55, 91 (1989) (“Obviamente, las tradiciones jurídicas de China y sus conceptos son incapaces de acomodar la rica esencia de los conceptos legales modernos....Debemos exponer y criticar la historia pasada y conscientemente reconocer las tradiciones que heredamos inintencionadamente”). Y justo como la tradición autóctona legal de China tiende a ser reducida a un estereotipo orientalista, las nociones idealizadas del derecho Occidental han venido a constituir la forma paradigmática de “derecho”. Ver, por ejemplo, Gao Hongjun, *Two Modes of the Rule of Law*, in YIFA ZHIGUO, JIANSHE SHEHUI ZHUYI FAZHI GUOJIA [RULING THE COUNTRY ACCORDING TO LAW, CONSTRUCTING A SOCIALIST RULE OF LAW STATE] 262, 266-67 (Liu Hainian et al. eds., 1996) (apoyándose en los escritos eurocéntricos de Roberto Unger sobre el desarrollo legal) Cf . Alford, *The Inscrutable Occidental*, nota 62. Irónicamente, la vanguardia de gran parte del pensamiento legal contemporáneo chino consiste en reescrituras de narrativas de la Ilustración Europea. Ver, por ejemplo, Yan Cunsheng, *Rationalization Is the Core of Legal Modernization*, 1 FAXUE [LAW SCIENCE MONTHLY] (1997); Du Wanhua, *The Dualistic Social Structure and Jurisprudential Reflections Thereon*, 1 XIANDAI FAXUE [MODERN LEGAL STUDIES] 5 (1996) (basándose en Hobbes, Kant, Locke y Rousseau, entre otros); Bei Yue, *Human Rational Agreement and the Origin of Legal Rules*, 1 XIANDAI FAXUE [MODERN LEGAL STUDIES] 8 (1997) (narrativa del contrato social). Sin duda, no hay nada “malo” en el auto-Orientalismo legal. Como Gayatri Spivak observa, “los programas de auto-representación cultural nunca son correctos o incorrectos. Ellos son la sustancia de las inscripciones culturales”. SPIVAK, A CRITIQUE OF POST COLONIAL REASON, *supra* note 64, en 341. Sin embargo, en la medida en que el auto-orientalismo legal se basa en una lectura incompleta del pasado chino, puede al menos ser criticado por tratar de asentarse a sí mismo en una historia insostenible, y por, de forma innecesaria, buscar la restricción de la capacidad de los reformadores contemporáneos chinos de aprovechar los recursos del pasado legal Chino. En este contexto, es tal vez digno de atención, como observa Xiaobing Tang,

Y de la misma manera que los chinos tienden a auto-orientalizar su propio pasado como carente de derecho e inmutable, he sugerido anteriormente que los estadounidenses tienden a “auto-americanizarse” a sí mismos como inherentemente jurídicos. Curiosamente, aunque los estadounidenses a menudo “otorgan un lugar de alta valoración cultural al cambio”,<sup>198</sup> que también les sirve para condenar la tradición legal china como “estancada”, en un contexto doméstico los estadounidenses también son capaces de valorar la *ausencia* de cambio. Así como el confucianismo buscaba la estabilidad política en el respeto de las formas de gobierno establecidas por el fundador de cada dinastía, muchos estadounidenses se enorgullecen en el hecho de que su Constitución se ha mantenido inalterada desde su adopción en la fundación.<sup>199</sup> Sin embargo, mientras que una percepción, real o falsa, de ausencia de cambio en la cultura política China significa usualmente una clasificación negativa de “estancamiento”, la misma falta de cambio en Estados Unidos representa la calidad positiva de “estabilidad”: no la esclavitud hacia la tradición, sino una admirable fidelidad hacia quienes “realmente” somos Nosotros, el Pueblo (*We the People*)<sup>200</sup>. Pueden considerarse, por ejemplo, las enormes cantidades de energía académica que los constitucionalistas originalistas han dedicado a explicar por qué los estadounidenses contemporáneos deben ser gobernados por un acuerdo configurado por un grupo de hombres blancos propietarios en Filadelfia en 1789. La expectativa de que estos hombres sean capaces de gobernarnos desde sus tumbas es seguramente una forma de culto a los antepasados tal como cualquiera de las defendidas por Confucio. Sin embargo, aquí es una que confirma la identidad estadounidense como esencial y sólidamente estadounidense.<sup>201</sup>

---

que la crítica de Said del Orientalismo “no ha realmente entrado en el discurso intelectual cultural general [de la China contemporánea] con un impacto palpable”. Xiaobing Tang, *Orientalism and the Question of Universality: The Language of Contemporary Chinese Literary Theory*, 1 POSITIONS 389, 389 (1993).

<sup>198</sup> COHEN, DISCOVERING HISTORY, *supra* note 41, en 6.

<sup>199</sup> Para estar seguros, la Constitución ha sido cambiada varias veces, pero, al menos en la visión popular, los estadounidenses continúan viviendo bajo “la misma” constitución. Cf. BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS(1991)

<sup>200</sup> N. del trad: la alusión cultural es clara, y la mantengo en el texto, pues hace referencia a las palabras inaugurales de la Constitución Norteamericana que empieza así: “We the People”, es decir, Nosotros, el pueblo.

<sup>201</sup> Como otro ejemplo de la auto-proyección-confuciana hacia la tradición, considérese el apego del Occidente hacia la idealizada “antigüedad clásica” (para ser estrictamente distinguidos del orientalmente influenciado helenismo, por ejemplo) y la necesidad de “preservar [] la dentro de la cultura Occidental como la

Pero si esta es, de hecho, la conclusión melancólica —no podemos dejar de esencializar a los otros, e incluso a nosotros mismos— ¿qué es lo que un abogado comparativista debe hacer? Si aceptamos la premisa de que los prejuicios constituyen, en última instancia, las “condiciones mismas del entendimiento”<sup>202</sup>, no necesitamos encontrar un punto arquimédico de observación para entender un absoluto: la perfección no es necesaria, incluso si queremos luchar por ella. En lugar de una afirmación moral simplista de anti-orientalismo —“No orientalizarás”—, que terminaría eficazmente con el derecho comparado, se nos permite continuar con nuestra empresa. De hecho, la comparación es, en última instancia, la *única* manera de encontrarnos y entrar en relación con los demás.<sup>203</sup>

Sin embargo, mientras que la moral puede no tener cabida en el derecho comparado, la ética debe tenerla. Por “moral” me refiero a los sistemas normativos que postulan a un sujeto moral predeterminado y, a partir de éste, elaboran directrices para las acciones apropiadas a tomar por este sujeto.<sup>204</sup> Por “ética”, en contraste, me refiero a los sistemas normativos que se ocupan, no de lo que un sujeto predeterminado pueda, o no, hacer, sino más bien de la construcción de dicho sujeto. En vez de asumir un sujeto ético para después regularlo, la ética regula las *condiciones* en las cuales emergen los sujetos. Lo que el derecho comparado necesita, entonces, es una ética del Orientalismo, en lugar de una imposible moral de anti-Orientalismo.

Es decir, a pesar de que podamos seguir comparando y, necesariamente, a través de esto, orientalizando, debemos tener en cuenta los efectos que tienen nuestras comparaciones en los demás.<sup>205</sup> En la medida en que las

---

herencia del pasado)”. GADAMER, *supra* nota 26, en 287. Recordándonos que los discursos orientalistas son constitutivos no solo del Oriente como un objeto sino también del sujeto Occidental, James Carrier usa el término “Occidentalismo” en una forma similar para describir las formas mediante las cuales los estudios antropológicos “del Oriente” han contribuido a la idealización del “Occidente”. James G. Carrier, *Occidentalism: The World Turned Upside-Down*, 19 AM. ETHNOLOGIS1T95 (1992).

<sup>202</sup> GADAMER, *supra* note 24, en 277-307.

<sup>203</sup> Cf CHARLES TAYLOR, *Comparison, History, Truth*, in PHILOSOPHICAL ARGUMENTS 147, 150 (1995) (“la comprensión del otro es siempre, en un sentido, comparativista”).

<sup>204</sup> La ética cristiana y Kantiana son ejemplos paradigmáticos de la moralidad en este sentido.

<sup>205</sup> La concepción ética de orientalismo puede también pensarse como una especie de “esencialismo estratégico” como lo elabora SPIVAK, *Subaltern Studies*, *supra*

categorías que empleamos siempre imponen límites a lo que podemos descubrir en el mundo, es un efecto fundamental de nuestros actos de comparación el producir, en parte, los objetos que están siendo comparados —por ejemplo, el “sujeto jurídico” estadounidense y el “no-sujeto, no-jurídico” chino. Debemos, por lo tanto, considerar las formas en que nuestras comparaciones subjetivan y sujetan (*subject*) a los demás, en dos sentidos: los reconocen como sujetos libres, pero también limitan su libertad como sujetos.<sup>206</sup>

A la luz de este imperativo ético, ¿cómo debemos evaluar los diversos Orientalismos legales? Consideremos, por ejemplo, la forma en la cual se ha aplicado recientemente el derecho chino en Hong Kong. Esta aplicación ha consistido, a menudo, en traducir las nociones orientalistas a la práctica. En efecto, en el sistema jurídico colonial, la distinción entre representaciones occidentales del derecho chino y el derecho chino como una práctica local y material colapsó en lo esencial, pues los tribunales británicos en Hong Kong frecuentemente recurrían a estudios orientalistas del derecho chino para construir un cuerpo jurídico que luego aplicaban a la población nativa como su propia noción idiosincrática de lo que era el “derecho chino”. Técnicamente, esto ha sido logrado con la ayuda de peritos y la sistematización e interpretación de las observaciones de historiadores occidentales sobre la materia en cuestión.<sup>207</sup> La razón para la necesidad de

---

note 68, es decir, una práctica de esencializar al otro para solo ciertos propósitos y con una conciencia de sus consecuencias.

<sup>206</sup> Cf *supra* note 112.

<sup>207</sup> Este corpus escrito consiste en una mezcla de arcaicas —y a menudo hostiles— anécdotas legales escritas por misionarios, historiadores orientalistas, antropólogos de sillón, y el ocasional abogado inglés. En una cadena de citación judicial, con el tiempo, esta jurisprudencia dudosa adquirió una autoridad que no requería ningún criterio distinto que su propio estatus como precedente: “un autor sintetiza varias fuentes, se citan en un juicio que se convierte en precedente al ser comparado con otros autores que utilizan las mismas fuentes, y así sucesivamente”. PETER WESLEY-SMITH, *THE SOURCES OF HONG KONG LAW* 216 (1994). De hecho, es bastante sorprendente que incluso hasta tan tarde como finales de la década de 1980 —tiempo en el que ciertamente existían estudios detallados, mucho más competentes sobre el derecho en la tardía Qing y su costumbre— los tribunales de Hong Kong continuaron dependiendo de un informe viejo de la comisión que, a su vez, citaba como “autoridad” varios textos arcaicos del siglo diecinueve. Ver, por ejemplo, *In re Estate de Ng Shum* (Nº 2), [1990] 1 H.K.L.R. 67, que se basa en varias ocasiones en HONG KONG COMMITTEE ON CHINESE LAW AND CUSTOM (1953), un informe elaborado por la comisión constituida por un gobernador en 1948. En el caso expresamente se cita a las referencias del informe que consisten en gemas orientalistas tales como una “historia” social, escrita por el archiduque británico de Hong Kong, JOHN HENRY GRAY, *CHINA: A HISTORY OF THE LAWS, MANNERS, AND CUSTOMS OF THE PEOPLE*

consultar peritos externos descansaba sobre uno de los axiomas jurídicos fundamentales del colonialismo británico: “como el derecho nativo es derecho extranjero, está sujeto a prueba como cualquier otro hecho”<sup>208</sup>. Este principio —digno de Borges— con rapidez y eficacia confundió “nativo” y “extranjero”, así como “derecho” y “hecho”, de tal manera que al momento en que los británicos terminaron con él, el derecho nativo chino no era ni “nativo” ni “derecho”. Y una vez que el vacío resultante se llenaba con proyecciones orientalistas, lo que quedaba era, a menudo, un derecho menos que “chino” también.

Por lo tanto, si el orientalismo legal es ordinariamente un conjunto de representaciones occidentales del derecho chino que han crecido por fuera de, y alrededor de, prácticas jurídicas reales —incluso cuando dichas representaciones pueden ser ellas mismas verdaderamente fantásticas—, en Hong Kong la dinámica ha sido invertida: allá, las prácticas legales han sido con frecuencia representaciones materiales del orientalismo legal<sup>209</sup>.

---

(1878) y and J.DYERBALL, THINGS CHINESE:BEING NOTES ON VARIOUS SUBJECTS CONNECTED WITH CHINA 392 (1892). (conteniendo entradas tales como “Topsy-Turvydom...los chinos no solo están en nuestras antípodas en relación a la posición en el mundo, pero son nuestros opuestos en casi cualquier acción y pensamiento”). Más allá de los contenidos del informe, el caso incluso cita el esfuerzo incesante de Edward Harper Parker de reducir el derecho de familia de la época tardía de la dinastía Qing a las categorías del derecho romano— en la presunción de que la ley Qing estaba en la etapa de desarrollo equivalente a la del “derecho romano anterior a la publicación de las Doce Tablas—hace 2.2000 años” Parker, *supra* nota 137, en 69. Aunque tribunales modernos de Hong Kong, han usado testigos expertos en el tema, dichos expertos han tendido a simplemente corroborar la heredada jurisprudencia. Como Peter Wesley-Smith describió la situación que se vivía a finales del domicilio colonial británico, la mayoría de los “testigos ‘expertos’” no tenían un conocimiento directo del objeto de su testimonio; por lo contrario, su experticia reposaba en el hecho que eran “académicos educados en el pequeño corpus de literatura sobre el derecho y la costumbre china”. WESLEY-SMITH, *supra*, en 216.

<sup>208</sup> Hughes v. Davies, RENN.550, 551 (1909).

<sup>209</sup> Esta descripción se puede aplicar, ciertamente, a gran parte de la producción de “derecho chino” en el Hong Kong colonial. El estatus de ese corpus de derecho — esencialmente el derecho vigente durante el fin de la época de la dinastía Qing y su costumbre— en el Hong Kong postcolonial es más difícil de describir, pero por lo menos, en un análisis formal, sigue siendo válido en la medida en que los británicos aún lo aplicaban a la víspera de la entrega. Ver Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, *supra* nota 17, en 1725-26; ver también Barbara E. Ward, *Rediscovering Our Social and Cultural Heritage in the New Territories*, 20 J. HONG KONG BRANCH J. ROYAL ASIATIC SOC.116, 121 (1980). (notando que el colonialismo británico funcionaba “en un sentido, como un refrigerador, ‘congelando’ el sistema social y cultural local a un estado al que, más



Este hecho no es, por sí mismo, claro está, una acusación en contra del cuerpo jurídico que surgió, pues la pureza de origen cultural o nacional es difícilmente una garantía de calidad, ni es tal pureza incluso alcanzable excepto por la auto-orientalización del propio pasado. Lo que es éticamente sospechoso de este Orientalismo es su relación colonial paradigmática hacia el no-jurídico no-sujeto chino: el derecho no otorga ningún papel en su construcción a los chinos que viven bajo él.

Y sin embargo, Hong Kong, a diferencia de la mayor parte del resto de China, tiene una historia colonial actual, y es por esto que no es de extrañar que el sujeto jurídico local haya sido colonizado por occidente. Pero, ¿qué pasa con el Orientalismo legal en la comprensión de la República Popular de China, por ejemplo? Desde el final de la Guerra Fría, el derecho se ha convertido en una de las más grandes exportaciones estadounidenses.<sup>210</sup> Varios proyectos de Estado de Derecho han sido ofrecidos a China con particular vigor.<sup>211</sup> Estos proyectos se basan implícitamente en la idea de que los recursos jurídicos autóctonos de China son inadecuados para la tarea de gobernar a China y que China depende de la ayuda occidental para la elaboración de un “verdadero” ordenamiento jurídico. La visión subyacente es, de nuevo, que China es esencialmente estática y será consignada al basurero de la Historia, salvo por las intervenciones occidentales. Esta visión implícita ha sido criticada desde las ciencias sociales, donde los críticos la llaman el paradigma del impacto-respuesta. La principal asunción del paradigma es que la llamada

---

o menos, había estado al momento que los británicos llegaron por primera vez, y, de forma sorprendente, en gran medida la inhibición de cambios que de otro modo habrían sucedido.”)

<sup>210</sup> Thomas Carothers, *The Rule of Law Revival*, 77 FOREIGN AFFAIRS 95 (1998). Para un análisis crítico, ver Margaret Jane Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 B.U. L. REV. 781 (1989).

<sup>211</sup> Véase en general, Matthew C. Stephenson, *A Trojan Horse Behind Chinese Walls? Problems and Prospects of U.S. Sponsored 'Rule of Law' Reform Projects in the People's Republic of China*, 18 PAC. BASIN L.J. 64 (2000). En la multiplicidad de significados del 'Estado de Derecho' en el contexto de china ver, Deborah Cao, *"Fazhi" vs/and/or Rule of Law? A Semiotic Venture into Chinese Law*, 14 INT'L J. SEMIOTICS L. 223 (2001); Randall Peerenboom, *Ruling the Country in Accordance with Law: Reflections on the Rule and Role of Law in Contemporary China*, 11 CULTURAL DYNAMICS 315 (1999); ver también, Albert H.Y. Chen, *Toward a Legal Enlightenment: Discussions in Contemporary China on the Rule of Law*, 17 UCLA PAC.BASINL.J. 125 (1999); Carol A.G. Jones, *Capitalism, Globalization and Rule of Law: An Alternative Trajectory of Legal Change in China*, 3 SOC. & LEGAL STUD. 195 (1994).

“modernización” de china ha sido, de hecho, una “respuesta” al “impacto” de su encuentro en el siglo diecinueve con Occidente.<sup>212</sup>

Hoy en día, muchos gobernantes y formuladores de políticas públicas estadounidenses todavía ven a los chinos como esencialmente sujetos sin ley y no-individuos del despotismo Oriental, siendo el último déspota el Partido Comunista, en lugar del Estado Imperial. En su encarnación actual, esta visión suscribe el proyecto político y económico de hacer que China abra sus mercados a la inversión occidental y al comercio: aquellos que favorecen la entrada de China en la Organización Mundial del Comercio y otros regímenes de derecho comercial y comercio internacional afirman que la participación de China, con el tiempo, transformará a su población en sujetos viables de un Estado de Derecho. Esta visión Orientalista particular corre el riesgo de transformar la misión del derecho estadounidense en China desde un turismo legal (relativamente inofensivo) hasta la imposición del neoliberalismo bajo la coartada de una reforma legal.<sup>213</sup>

Existe, también, una profunda ironía en este punto de vista, dado que, en el contexto nacional estadounidense, es precisamente la integración económica *demasiado* exitosa de los chinos estadounidenses que se presta para que sean ellos mismos considerados sospechosos en tanto sujetos de derecho: incluso como ciudadanos, se cree que ellos ejercen su agencia principalmente a través de medios económicos y no políticos ni legales, al menos de acuerdo con la interpretación que han producido los medios.<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> Ver COHEN, DISCOVERING HISTORY, *supra* nota 39, en 58-96. La articulación clásica del paradigma en su forma moderna es la influyente respuesta de China a Occidente, por primera vez publicada en 1954. Ver, JOHN K. FAIRBANK & SSU- YUTENG, CHINA'S RESPONSE TO THE WEST(1954). Para una visión correctiva, ver, por ejemplo, JONATHAN SPENCE, TO CHANGE CHINA: WESTERN ADVISOR IN CHINA 1620-1960 (1980). Ver también Alford, *Law? What Law?*, *supra* note 13, en 49-50; Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship*, *supra* note 15, en 1717.

<sup>213</sup> Esto no es para sugerir que no existe una demanda indígena de china para reformar el derecho. Es evidente que muchos chinos favorecen la reforma legal, al igual que la participación de china en la OMC. No hay nada inherentemente objetable sobre la búsqueda de estos fines, por sí mismos. Lo que es cuestionables de estos proyectos es la asunción implícita (hecha comúnmente tanto por los exportadores legales estadounidenses y los importadores legales chinos) acerca de la auto-evidente occidentalidad (*Westernness*) de todas las formas posibles de legalidad modernas, y la expectativa que la expansión de los mercados, naturalmente, va a “civilizar” a los sujetos chinos del despotismo hacia sujetos (liberales) jurídicos.

<sup>214</sup> *Cf. supra* text acompañando las notas 186-188.

Sin embargo, sean cuales sean las diferencias entre los Orientalismos mencionados anteriormente, todos se apoyan en una auto-imagen excesivamente idealizada del sujeto legal estadounidense y una visión excesivamente negativa del (no)sujeto (no)jurídico chino: los chinos se rigen por la moral, los estadounidenses por la ley; los chinos son despóticos, los estadounidenses democráticos; China es inmutable, Estados Unidos dinámico. Juntas, estas nociones forman un complejo analíticamente indisoluble de significados, de tal manera que, a menudo, invocar uno de ellos es invocarlos todos. El problema no es que estos Orientalismos hagan suposiciones acerca de la subjetividad jurídica china —esto es inevitable—, sino que estos supuestos esencialmente excluyen cualquier posibilidad real de comunicación entre el sujeto jurídico estadounidense y su aspirante a contraparte china. En la medida en que perciben al sujeto jurídico americano como lo paradigmático y auténtico, implícitamente se autorizan a enseñar a los chinos *cómo volverse* (verdaderos) sujetos jurídicos. Y hasta que esta lección haya sido impartida, es poco lo que el derecho chino puede ofrecer al derecho estadounidense, lo cual no es una receta prometidora para la empresa de comprensión intercultural (*cross-cultural*). En efecto, en la medida en que esta concepción del sujeto de derecho tiene el potencial de deslegitimar cualquier otra tradición jurídica, el orientalismo legal está integrado en la propia definición de “derecho”, que, junto con el tipo de subjetividad individual que implica, se convierte en una de las contribuciones claves de Occidente al mundo moderno.<sup>215</sup>

Y aunque el narcisismo legal puede no ser fatal y, quizás, sólo nos proporcione la tenue visión del derecho chino que efectivamente nos merecemos, los chinos ciertamente se merecen algo mejor. Es sólo a causa de ciertos “prejuicios habilitadores fundamentales”<sup>216</sup> que podemos comunicarnos con los otros: nuestras preconcepciones de los otros permiten, en parte, que estos emerjan como sujetos. Sin embargo, los mismos prejuicios que lo permiten, inevitablemente limitan a dichos sujetos: la subjetividad nunca implica una libertad perfecta. Lo que distingue a un Orientalismo de otro, entonces, son sus usos y sus efectos:<sup>217</sup> *¿cómo se subjetiva/sujeta al otro?*

Así, la distinción ética no es entre orientalismos con prejuicios negativos en lugar de positivos, aún a pesar de que en el contexto del derecho los

---

<sup>215</sup> Como observa Peter Fitzpatrick, la creación de mitos acerca del derecho de otras sociedades es una parte inevitable en la legitimación del propio derecho. Ver PETER FITZPATRICK, *THE MYTHOLOGY OF MODERN LAW*(1992).

<sup>216</sup> Cf. GADAMER, *supra* nota 27, en 295.

<sup>217</sup> Cf. Alford, *The Inscrutable Occidental*, *supra* note 62.

prejuicios orientalistas tienden a ser abrumadoramente negativos.<sup>218</sup> La idealización comunitaria, y otras, del genio chino para la mediación y la armonía, por ejemplo, tienden a basarse en nociones similares a las del chino no-jurídico no-sujeto.<sup>219</sup> A menudo, representan una aceptación occidental acrítica de la ficción de la ideología confuciana según la cual los chinos tienen el deleite natural de someterse a los dictados de la moral del grupo. Y, de la misma manera que sus contrapartes negativas, estos orientalismos positivos tienden a esbozar el derecho como inherentemente “occidental” y “moderno”, excluyendo efectivamente a los chinos tanto del derecho como de la modernidad. Sin lugar a dudas, el punto de tales orientalismos adornadores es típicamente criticar (los excesos de) la legalidad occidental, pero al usar la no-juridicidad china como un contra ejemplo, reducen a los chinos a los equivalentes jurídicos del buen salvaje: primitivos, felizmente indómitos por la modernidad jurídica.

Ya que una ética de la comparación no insiste en una división categórica entre orientalismos positivos y negativos, ésta no requiere aislar las prácticas legales chinas de cualquier tipo de crítica.<sup>220</sup> El humanismo ilustrado pudo muy bien haber estado profundamente implicado en el ascenso del imperialismo occidental, pero como Dipesh Chakrabarty observa, “ha propiciado históricamente una base sólida sobre la cual erigir —tanto en Europa como por fuera de ella— críticas a prácticas sociales injustas”.<sup>221</sup> De hecho, tenemos un deber ético de estar preocupados por las prácticas de sujetamiento/subjetivamiento —las formas en que los sujetos jurídicos están siendo habilitados o deshabilitados—, tanto en China como en casa.

En efecto, aunque insisto en que nuestra concepción del Estado de Derecho no debe ser tan cerrada y rígida como para deslegitimar categóricamente todas las alternativas de organización social y política, no pretendo sugerir que el Estado de derecho (*rule of law*) no puede ser un modelo legítimo, tanto para nosotros como para otros. Incluso si uno apoya el proyecto de conceptualizar la noción del Estado de Derecho en un sentido amplio, parece estar más allá de cualquier discusión —es tautológico, de hecho— afirmar que en China no existe el Estado de Derecho en el sentido

---

<sup>218</sup> Cf. *supra* Sección IV.B.

<sup>219</sup> Ver, por ejemplo, DAVID HALL & ROGER AMES, *DEMOCRACY OF THE DEAD* 216-20 (1999).

<sup>220</sup> Para un recuento de cómo los derechos humanos han figurado en las relaciones extranjeras de China en la década pasada, ver MINGWAN, *HUMAN RIGHTS IN CHINESE FOREIGN RELATIONS: DEFINING AND DEFENDING NATIONAL INTERESTS* (2001).

<sup>221</sup> CHAKRABARTY, nota 32, en 4.

angloamericano del término.<sup>222</sup> Por lo tanto, parece más sensato no preguntar si hay Estado de Derecho en China, sino más bien si *debería* haber Estado de Derecho en China como actualmente lo concebimos.<sup>223</sup> Al responder esta pregunta, debemos ser realistas acerca de lo que el Estado de Derecho puede y no puede lograr. Y esto no es para establecer prejuicios en la pregunta: incluso si admitimos las deficiencias del Estado de Derecho, todavía podemos encontrarlo deseable en última instancia.<sup>224</sup> Sin embargo, para nadie es un beneficio venderlo por más de lo que realmente vale.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Esta, por supuesto, no es la única definición legítima. Randall Peerenboom, por ejemplo, señala que “el socialismo [chino] de un solo partido en el que el partido juega un papel de liderazgo es, en teoría, compatible con [el] Estado de Derecho - aunque no una versión democrática liberal del estado de derecho.” Randall Peerenboom, *Globalization, Path Dependency and the Limits of Law: Administrative Law Reform and Rule of Law in the People's Republic of China*, 19 BERKELEYJ. INT'LL. 161, 167 (2001).

<sup>223</sup> Michael Dowdle, *Heretical Laments: China and the Fallacies of "Rule of Law,"* 11 CULTURAL DYNAMICS 287, 287 (1999) (énfasis añadido). Como Donald Clarke señala, “La afirmación que China carece de un sistema de “Estado de Derecho” normalmente “deja...injustificada su componente más crucial: el ideal en contra del cual el sistema legal chino es identificado y medido”. Clarke, *supra* nota 65, en 9. El reclamo de que el sistema legal chino “le falta”, incluso si es preciso, debería estar acompañado de un argumento de por qué una “falta” particular es indeseable en contexto cultural, político, histórico y social chino. Pueden haber buenos argumentos para apoyar dichas afirmaciones, pero esos argumentos deben hacerse explícitos, no solo implícitos, como si ellos se siguieran inexorablemente por el mero hecho de que China se regula de forma diferente.

<sup>224</sup> Como lo señala Yuanyuan She, cualesquiera que sean las deficiencias prácticas y conceptuales del “Estado de Derecho”, es posible que siga “siendo útil para la China contemporánea”. Yuanyuan Shen, *Conceptions and Receptions of Legality*, en THE LIMITS OF THE RULE OF LAW IN CHINA, *supra* nota 13, en 20, 21.

<sup>225</sup> En este contexto, considérese también los calientes debates sobre el significado de la “independencia judicial”. La independencia judicial puede ser deseable como un fin, pero, como el Estado de Derecho, es en últimas solo un valor instrumental, no un fin en sí mismo. Como lo observa Mark Ramseyer, “estudios comparados básicos muestran que la independencia del poder judicial...no es común en las naciones amantes de la libertad” Mark Ramseyer, *The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach*, 23 J. LEG. STUD. 7.21, 721-22 (1994). De hecho, presumiblemente pocos americanos desearían tener una rama judicial *verdaderamente* independiente, un tipo de aristocracia judicial sin restricciones; como advierte Jerome Cohen, “Una rama judicial independiente puede frustrar el gobierno democrático tan fácil como puede frustrar un gobierno totalitario”. Jerome Alan Cohen, *The Chinese Communist Party and "Judicial Independence": 1949-1959*, 82 HARV L. REV. 967, 973 (1969); ver también, Jose J. Toharia, *Judicial Independence in an Authoritarian Regime: The Case of Contemporary Spain*, 9 LAW & SOC'YREV. 475 (1975) (observando la coexistencia del autoritarismo político con un grado considerable de independencia judicial). Además, la

Y aunque articulemos nuestras críticas en términos de derechos humanos o algún otro discurso, no debemos proceder a condenar a China sin un juicio justo. A menudo, las prácticas legales chinas son juzgadas con evidencia sin relevancia, basándose en prejuicios sobre la naturaleza “despótica” e “irracional” de los chinos, por ejemplo. De forma igualmente frecuente, el sistema jurídico chino se presume culpable incluso antes de presentar la evidencia en el juicio —o, cuando se ofrece, muy a menudo son habladurías orientalistas con un bagaje que se remonta varios siglos atrás. Y con demasiada frecuencia, el proceso parece centrarse en torno a nosotros, y el proyecto destinado a probar la inocencia de *nuestras* normas y prácticas por derivación, en el acto de desafiar las chinas. Finalmente, existe la cuestión estructural última de todas las epistemologías Orientalistas: ¿por qué China siempre es enviada al lado defensor y Occidente es traído como juez —y jurado?<sup>226</sup>

De hecho, una audiencia judicial no es la mejor metáfora para comprender el derecho chino. Regresando a Gadamer, su noción del proceso interpretativo como un “círculo hermenéutico” es más descriptivo del proceso de comparación, y, en términos normativos, ofrece ciertamente un modelo más deseable para éste. En términos de Gadamer, comenzamos nuestro estudio del derecho chino proyectando nuestros prejuicios, que derivamos de nuestras preconcepciones históricas. Lo ideal sería que estas preconcepciones constituyeran sólo un punto de partida provisional, objeto de revisión a medida que pasa el tiempo—con el fin de proyectarlas de nuevo y de nuevo en el mundo, revisándolas cada vez, dependiendo de la medida en que (consideremos que) nuestros prejuicios, de hecho, representan al mundo. Sin embargo, en cada punto, nuestras descripciones

---

independencia judicial no existe en forma no calificada (*un qualified*) incluso en su variante contemporánea, ni tampoco ha tenido un significado histórico estable incluso en los Estados Unidos. Ver, por ejemplo, Stephen B. Bright, *Can Judicial Independence Be Attained in the South? Overcoming History, Elections, and Misperceptions about the Role of Judiciary*, GA.ST.U. L. REV. 817, 856 (1998) (“criticando a varios jueces del sur contemporáneos como “ni independientes, ni comprometidos con el Estado de Derecho”); Christine A. Desan, *Remaking Constitutiona lTradition at the Margin of the Empire: The Creation of Legislative Adjudication in Colonial New York*, 16 LAW & HIST. REV. 257, 316(1998)(haciendo un llamado a reconocer que el sistema colonial de adjudicación legislativa—decisión judicial por el legislador— constituye una parte integral de la historia de la “legalidad estadounidense”).

<sup>226</sup> Cf. Leti Volpp, *Feminism vs. Multiculturalism*, 101 COLUM.L. REV. 1181 (2001) (analizando las formas en las que los discursos legales feministas de Occidente muestran a las prácticas culturales no occidentales como patriarcales y, por lo tanto, encuentran al multiculturalismo como opuesto al feminismo).

del mundo afectan también su propia organización, de manera que no existe un término final para esta empresa. No es la búsqueda de una verdad histórica fija. En lugar de ello, el proceso en sí mismo constituye una verdad producida en y por la historia.

El término “círculo hermenéutico”, de hecho, suena más estático de lo necesario. No es sólo una especie de *loop* infinito que nos hace rehenes permanentes de nuestros prejuicios actuales. Por el contrario, “el círculo posee una significación ontológica positiva”.<sup>227</sup> Siempre implica la posibilidad de una “fusión de horizontes”, un genuino encuentro entre diferentes sistemas hermenéuticos.<sup>228</sup> No tenemos más remedio que traer nuestras propias categorías jurídicas, nuestros propios aparatos mentales, a dicho encuentro, pero mientras nos acercamos al sistema legal chino, *podemos* cuestionar nuestras propias categorías. Aunque no podamos cuestionarlas todas al mismo tiempo, podemos sin duda cuestionar una, o varias, a la vez. Por lo tanto, mientras que el círculo hermenéutico *es* circular por definición, no es estático, sino que puede cambiar con el tiempo. Su movimiento no es teleológico, dirigido hacia un lugar de descanso final donde el círculo se derrumba sobre sí mismo y se contrae en un singular ojo de toro (*bull's eye*), que significaría que hemos alcanzado una comprensión completa, definitiva. Más bien, el círculo se mueve *como un círculo* en direcciones que no están predeterminadas: a la izquierda o a la derecha, arriba o abajo, al Este o el Oeste.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup>GADAMER, *supra* nota 24, en 266.

<sup>228</sup> *Id.* en 306 (“[La comprensión es siempre la fusión de estos horizontes supuestamente existentes por sí mismos.”] (énfasis omitido). Sin duda, el lenguaje de los horizontes separados que se unen y se fusionan es desafortunado desde la perspectiva del derecho comparado postcolonial, en la medida en que implican la existencia de sistemas jurídicos discretos o horizontes legales discretos. Sin embargo, el propio Gadamer aclara en otra parte que “estos horizontes *supuestamente* existentes por sí mismos”, no son nunca discretos, nunca están completamente cerrados:

De la misma forma como el individuo nunca es simplemente un individuo porque siempre está en entendimiento con los demás, así también el horizonte cerrado que se supone cerca toda una cultura es una abstracción. El movimiento histórico de la vida humana consiste en el hecho de que nunca está absolutamente unida a una perspectiva (*standpoint*), y, por lo tanto, nunca puede tener un horizonte realmente cerrado. El horizonte es, más bien, algo en lo que nos movemos y se mueve con nosotros. Los horizontes son cambiantes para una persona que se está moviendo.

*Id.* en 304.

<sup>229</sup> Gracias a Erika Evasdottir por sugerir la idea de un círculo hermenéutico que se mueve en el espacio.

Considere lo que le pasó a Herbert Fingarette, un filósofo educado en los cánones de occidente, luego de que empezara a ponerle una seria atención al pensamiento chino:

Cuando empecé a leer a Confucio, me encontré con que era un prosaico y parroquial moralizador; sus dichos recogidos, las *Analectas*, me parecían de una irrelevancia arcaica. Luego, y cada vez con mayor fuerza, lo encontré como un pensador con una visión profunda e imaginativa del hombre igualmente grandiosa a cualquiera de las que conozco.<sup>230</sup>

La interpretación del derecho chino —y la interpretación de qué constituye “derecho”— nos implica inevitablemente en el proceso de interpretarnos a nosotros mismos: ¿Quiénes *somos*, como sujetos (jurídicos)? Por lo tanto, en la medida en que “el derecho es realmente una práctica interpretativa y la interpretación es ontológica, siempre nos arriesgamos al cambio a través de nuestros actos de interpretación jurídica.”<sup>231</sup>

Entonces, de cualquier forma en que los abogados comparativistas puedan sentirse marginalizados, el derecho comparado importa. En el sentido más amplio, todos somos abogados comparativistas en la medida en que necesariamente nos entendemos a nosotros jurídicamente en contra de nuestras ideas acerca de los otros. Así concebido, el derecho comparado es un lugar de formación del sujeto, una práctica a través de la cual creamos a los otros y a nosotros mismos. Este poder no debe llevarnos a abstenernos de realizar actos de comparación —lo que no podríamos hacer incluso si quisiéramos—, sino simplemente a ejercer dicho poder éticamente, de manera que permita a diferentes tipos de sujetos jurídicos surgir, en vez de

---

<sup>230</sup> HERBERT FINGARETTE, *CONFUCIUS: THE SECULAR AS SACRED*, en vii (1972).

<sup>231</sup> J.M Balkin. *Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Coherence.* , 103 YALE L.J. 105, 163 (1993). Tomando de Gadamer, Balkin enfatiza la naturaleza “existencial o “ontológica” de la interpretación legal, *id.* en 159, observando que “escritos sobre la coherencia en el mundo social...son, en el fondo, impulsados por nuestra necesidad de creer que nuestra creencias son ordenadas, coherentes, y racionales” *id.* en 115. Por lo tanto, muchos de nosotros estamos ontológicamente comprometidos “en creer que vivi[mos] en una sociedad que es básicamente justa, y que elementos de arbitrariedad, irrazonabilidad, e injusticia son la excepción en vez de la regla.” *id.* en 147. Cuando los supuestos acerca de la tradición jurídica China contradicen los nuestros, tienen el potencial de poner en duda la coherencia misma de nuestro mundo social. O, como dice Balkin, “donde el sistema legal se identifica con la autoridad social general, los ataques en la coherencia de las normas jurídicas pueden ser interpretados como ataques contra la propia sociedad”. *Id.* en n. 80.



fijar y clasificar sujetos históricos sobre la base de la autenticidad de su subjetividad legal.

## VI. Epílogo

*El derecho no es malo ni justo*<sup>232</sup>,  
*El derecho es sólo crimen,*  
*Castigado por el lugar y las épocas*  
*El derecho es sólo las ropas que los hombres visten*  
*En cualquier momento, en cualquier lugar,*  
*El derecho es 'buenos días' y 'buenas noches'.*<sup>233234</sup>

— W.H. Auden.

No importa cuántas veces proclamen los abogados *res ipsa loquitur*. Las cosas no hablan por sí mismas, y el hecho no interpretado sigue siendo una ficción legal y social.<sup>235</sup> Sin embargo, con demasiada frecuencia, los observadores occidentales inconscientemente reclaman para sí mismos la

---

<sup>232</sup> Nota del trad. La expresión en inglés “neither wrong nor right” tiene varios sentidos y se puede traducir también “no es correcto ni incorrecto” e incluso, “no es malo ni bueno”. Escojo “malo y justo” en la traducción del texto pues me parece que encaja en la discusión sobre la ética y la moral planteada en la sección V, *Hacia una ética del Orientalismo*, y mantiene un sentido particular que tiene la palabra ‘justo’ dentro de las discusiones posmodernas, especialmente desde Nietzsche. Sin embargo, me parece, cualquiera de los sentidos se puede intercambiar en el poema que Ruskola cita, teniendo en cuenta, claro, lo que implica el cambio para la lectura particular de Ruskola y la conclusión que se recoge en el poema. Por ejemplo, “bueno y malo” apuntaría hacia un escape del espacio moral del derecho, que está fuera de él, mientras que “correcto o incorrecto” más hacia una neutralidad del derecho, que solo es, y así...

<sup>233</sup> Nota del trad. Por la complejidad de traducir un poema, por la cantidad de sentidos y matices que están impresos en las diferentes lecturas de cada frase, cada palabra, le presento al lector la estrofa en el idioma original:

*Law is neither wrong nor right,*  
*Law is only crime*  
*Punished by place and times,*  
*Law is only the clothes men wear*  
*Anytime, anywhere,*  
*Law is Good-morning and Good-night*

<sup>234</sup> W.H. AUDEN, *Law Like Love*, en COLLECTED SHORTER POEMS 1927-1957, en 154 (1966), citado en Mezey, supra note 86, en 5.

<sup>235</sup> Cf. GEERTZ, supra nota 67, en 173 (“Las configuración fácticas no son cosas que simplemente son encontradas tendidas ahí en el mundo y llevadas corporalmente al tribunal”)

última instancia de autoridad al momento de interpretar el derecho chino. Para una explicación de por qué esto es así, considere la obra de teatro de David Henry Hwang, *M. Butterfly* [El señor mariposa], en la cual analiza ciertas nociones orientalizadas del género (entre otras). Uno de los personajes de Hwang ofrece una explicación simple de por qué un hombre puede personificar perfectamente a una mujer: “debido a que sólo un hombre conoce la manera en que, se supone, debe actuar una mujer”.<sup>236</sup> Es decir, en la medida en que una “verdadera mujer” es, en última instancia, una fantasía masculina, son los hombres quienes tienen la llave de la “verdad” acerca de las “mujeres”. Nuestros puntos de vista fetichizados acerca del derecho no son diferentes. Siempre que insistamos en afirmar que el derecho “verdadero” es una noción occidental, siempre será Occidente quien tendrá la llave de la “verdad” acerca del derecho.

Por desgracia, entonces, no existe un estándar intercultural que nos ayude a llegar a una definición final del “derecho”. Aunque las teorías del derecho natural han sufrido (en su mayoría) una muerte bien merecida, en nuestros momentos de menor autoconsciencia, de todas formas operamos como si sus nociones ya desacreditadas siguieran siendo un buen derecho, y nos olvidamos de que incluso las categorías legales aparentemente más naturales son, en última instancia, artefactos culturales. Sin embargo, la única instancia de derecho natural es que en China, como en otros lugares, personas nacen y mueren —y, en el medio, se esfuerzan por inculcarle al mundo, y a sí mismos, un significado. En ese proyecto, el derecho es un recurso de significación.

---

<sup>236</sup> DAVID HENRY HWANG, *M BUTTERFLY* (1988). Para un análisis de las políticas raciales en *M. Butterfly*, ver DAVID. L. ENG, *Heterosexuality in the Face of Whiteness*, en *RACIAL CASTRATION: MANAGING MASCULINITY IN ASIAN AMERICA* 137 (2001).