

El sistema legal de Hong Kong¹

Dickar Bonyuet Lee**

Resumen

En el presente trabajo se presenta un estudio del sistema legal de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (RAEHK), como un ejemplo de la familia jurídica del *Common Law*. Se hace una revisión de su sistema legislativo, sobre todo su Ley Básica, y como ejemplo institucional se considera su sistema de justicia, representado en sus tribunales.

Abstract

In this work, it is presented a study of the legal system of Hong Kong Special Administrative Region (HKSAR), as an example of the juridical family of the Common Law. It is made a review of its legislative system, especially its Basic Law and, as an institutional example, it is considered its judiciary system, represented in their tribunals.

Palabras clave

Región Administrativa Especial de Hong Kong. Ley Básica de Hong Kong. Principio “Un País, Dos Sistemas”.

Sumario

I. Introducción. II. Repaso del *Common Law*. A. Características del *Common Law*. B. Fuentes formales del *Common Law*. C. Instituciones judiciales del sistema inglés. III. Sinopsis de la historia de Hong Kong. IV. Fuentes de Derecho. A. Fuentes primarias de Derecho. 1. Ley Básica (*Basic Law*). 2. Leyes nacionales de la República Popular de China. 3. Estatutos. 4. *Case law*. 5. Derecho Consuetudinario chino. 6. Derecho Internacional. B. Fuentes secundarias de Derecho. V. Instituciones judiciales. A. Principios y características. B. Tribunales. 1. Corte de Apelación Final (*Court of Final Appeal*). 2. Corte Suprema (*High Court*). 3. Corte de Distrito (*District Court*). 4. Corte de Magistrados (*Magistrates' Courts*). 5. Corte del Juez de Instrucción (*Coroner's Courts*). 6. Corte de Menores (*Juvenile Court*). 7. Tribunal de Propiedades (*Lands Tribunal*). 8. Tribunal Laboral (*Labour Tribunal*). 9. Tribunal de Reclamaciones Menores (*Small Claims Tribunal*). 10. Tribunal de Atentados Contra el Pudor (*Obscene Articles Tribunal*). VI. Conclusiones.

I. Introducción

La Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular de China (pīnyīn¹: *Zhōnghuá Rénmín Gònghéguó Xiānggǎng tèbié Xíngzhèngqū*) es una región constituida por una península y varias islas, siendo la más grande la isla de Hong Kong (*Xiānggǎng*), en el Mar de China Meridional, en el delta del Río de las Perlas, al lado de la

*El presente trabajo está basado en la monografía final presentada para el curso Teoría General del Derecho Comparado dictado por el Prof. Rafael Bernard, en el semestre I-2009. Ha sido actualizado y ampliado.

** *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado (UCV), Abogado *Magna cum Laude* (UCV), Doctor en Ciencias (Metalurgia y Ciencias de los Materiales, UCV), Doctor en Ciencias (Física, UCV), Master of Science (Physics, Brown University, USA), Licenciado en Física (UDO). Profesor Titular jubilado del Instituto de Investigaciones en Biomedicina y Ciencias Aplicadas de la UDO (IIBCAUDO). Profesor de Derecho Internacional Privado y de Derecho Romano (UCV).

¹ El pīnyīn es el sistema de transcripción del chino mediante caracteres latinos, adoptado por la República Popular de China.

provincia de Guangdong. El nombre de la isla de Hong Kong significa “puerto fragante”. La transcripción “Hong Kong” se basa en la pronunciación cantonesa.

Desde el 29 de agosto de 1842 hasta el 1 de julio de 1997 fue colonia de Reino Unido. Es una de las dos Regiones Administrativas Especiales de la República Popular China. La otra es la antigua colonia portuguesa de Macao. En las dos Regiones Administrativas Especiales se aplica el modelo administrativo “Un País, Dos Sistemas”: dos sistemas legales completamente diferentes coexisten dentro del mismo país. Bajo este modelo se mantiene el sistema económico capitalista bajo la soberanía de un país con ideología oficial marxista-leninista². Además, estas regiones tienen un sistema administrativo y judicial independiente, con su propio sistema de aduanas y fronteras externas.

En la década de los ochenta Hong Kong se convirtió en una de las potencias económicas de la región, formando parte del grupo de los llamados “tigres asiáticos”. Hong Kong se ha consolidado como uno de los principales centros financieros a nivel mundial. En marzo de 2020 el *think tank* Z/Y en lo colocó en la sexta posición, solo detrás de Nueva York, Londres, Tokio, Shanghái y Singapur³, y el Banco Mundial lo ubicó en el tercer lugar del Índice de Facilidad para Hacer Negocios de 2020⁴.

Un aspecto interesante es que el sistema legal de Hong Kong es similar al sistema del *Common Law* de Reino Unido y otros países de la Mancomunidad de Naciones (*Commonwealth of Nations*), mientras que el sistema legal de China continental es análogo al de Europa continental, específicamente al de la familia románico-germana. Sin embargo, es poco o casi nulo lo que se ha publicado sobre su sistema legal en español. La mayor parte de la información que se presenta en este trabajo sobre su sistema legal ha sido tomada de las páginas web oficiales en inglés del gobierno de Hong Kong.

II. Repaso del *Common Law*

Antes de empezar a estudiar el sistema legal de Hong Kong, se hará un breve repaso del *Common Law*, especialmente el sistema de Inglaterra. El *Common Law* es un sistema jurídico que comprende el derecho de varios países: Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, todos los estados de Estados Unidos de América (excepto Luisiana) y todas las provincias de Canadá (excepto Quebec). Además, existen otros países donde el *Common*

² Preámbulo. Constitución de la República Popular China. Disponible en: <https://bit.ly/2PIKbSf>, última consulta 15 de octubre de 2020.

³ Z/Y, en: *The Global Financial Centres Index 27. 2020*. Disponible en: <https://bit.ly/31Vid8o>, última consulta 15 de octubre de 2020.

⁴ World Bank Group, *Doing Business 2020*. Disponible en: <https://bit.ly/3dMnjJF>, última consulta 15 de octubre de 2020.

Law es una parte importante de su derecho nacional; por ejemplo, India, Pakistán, Israel, Malasia, Singapur, Birmania y algunas naciones africanas, como Sudáfrica.

El autor A. Hogue lo define de esta manera:

El *Common Law* es el cuerpo de normas generales, aplicadas por las cortes reales ordinarias y caracterizado por el desarrollo de sus propios principios en las controversias jurídicas que se van presentando y a través de un procedimiento de juicio con jurado y con fundamento en la doctrina de la supremacía del derecho⁵.

El *Common Law* inglés tuvo su origen con la creación de un gobierno central impuesto por Guillermo el Conquistador (posteriormente, Guillermo I de Inglaterra), después de la conquista normanda en 1066. Inicialmente, Guillermo el Conquistador no hizo nada en contra de los tribunales locales que existían antes de la conquista, ni contra el derecho que aplicaban. Sin embargo, posteriormente con el transcurso del tiempo se desarrolló, partiendo del gobierno central, un cierto número de cuerpos judiciales que adquirieron jurisdicción progresivamente sobre las controversias que iban apareciendo, resolviéndolas mediante la aplicación de un derecho común o *Common Law* para toda Inglaterra⁶.

A. Características del *Common Law*

Entre los rasgos característicos del *Common Law* tenemos:

1. Los principios del *Common Law* son: la supremacía del derecho (*rule of law*), el debido proceso (*due process*) y el precedente judicial (*stare decisis*). El principio de la supremacía del derecho (*rule of law*) fue uno de los legados más importantes de Inglaterra a la Edad Media. Se conoce también como el principio de legalidad. Según Hogue, “Esta idea (la supremacía del derecho) implica que el poder del gobierno tiene sus límites, que todos los órganos del gobierno y los tribunales deben actuar de acuerdo a normas y procedimientos”. En consecuencia, este principio significa que el soberano y sus representantes deben obrar conforme a las leyes y no según su voluntad arbitraria, que están obligados a seguir la razón en lugar de ser libres para seguir su capricho.

El debido proceso (*due process*) es una garantía de donde emanan todos los derechos individuales y conforma una serie de derechos y principios tendentes a proteger a la persona humana frente al silencio, el error o a la arbitrariedad por parte del Estado. Su origen se encuentra en la *Carta Magna Liberhatum* de 1215, impuesta por los barones ingleses al

⁵ Hogue, Arthur, *Origins of the Common Law*, London, Indiana University Press, 1966, p. 180.

⁶ Jolowicz, John Anthony, Vistazo al *Common Law*, en: *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, septiembre-diciembre, 1967, No. 60, pp. 501 ss., especialmente p. 502.

rey Juan Sin Tierra. Aunque no aparece de manera expresa allí, su concepto está implícito, tal como lo podemos apreciar en el Artículo 29 de dicha Carta Magna:

Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera, y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares o por la ley del país (*per legem terrae*).

El Parlamento de 1350 parafraseó “*per legem terrae*” en el sentido de “*par voie de la loi*”. Luego, el Parlamento de 1354 la convirtió en “*par due process de la loi*”, de donde, probablemente a través de las *Institutas* de Coke, fue tomado por las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos. En la Segunda *Instituta*, Coke explica que la expresión “*per legem terrae*” significa el derecho consuetudinario o la costumbre de Inglaterra, un derecho independiente de la voluntad del Rey y del Parlamento, con autonomía con respecto de cualquier disposición escrita, incluida la *Carta Magna*.

Posteriormente, el debido proceso fue consagrado en importantes documentos como, por ejemplo, en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano (con motivo de la Revolución Francesa de fines del siglo XVIII), en diferentes Constituciones nacionales promulgadas en los siglos XIX y XX, y, especialmente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas, 1948).

El principio del precedente judicial (*stare decisis*) requiere que los jueces deben resolver los casos que se encuentran pendientes ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes, dictadas en casos similares, por jueces de la misma institución, de jerarquía coordinada o superior. El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quieta non movere*, que significa “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. Fue formulado por el Juez Bracton en estos términos: “Si surgen nuevas circunstancias, entonces si anteriormente existía algún caso análogo, el nuevo caso debe ser juzgado en la misma forma (*si tamen similia evenerint per simile judicentur*), pues es una buena oportunidad para proceder de similar a similar (*a similibus ad similia*)”⁷.

El jurista al aplicar un precedente debe determinar si es de autoridad (*ratio decidendi*), es decir, obligatorio, o si es meramente persuasivo (*obiter dictum*). Si es de autoridad, el precedente debe ser aplicado; pero si es persuasivo, deben considerarse un conjunto de factores para determinar si se aplicará y el grado de aplicación. Por consiguiente, la primera fuente de derecho del *Common Law*, dado que es un derecho hecho por los jueces (*judge-made law*), es la jurisprudencia (*case law*), en el que su autoridad deriva de la regla

⁷ Citado por Hogue, *Origins of the...*, ob. cit., p. 189.

de la obligatoriedad del precedente judicial (*stare decisis*)⁸. El desarrollo del *case law* condujo a la creación de precedentes y la doctrina del *stare decisis* con el fin de garantizar la certeza, la equidad y la coherencia del sistema.

Sin embargo, la doctrina del precedente judicial tiene limitaciones en su aplicación:

a. Los precedentes no se pueden aplicar ciegamente. Deben ser analizados para determinar si existe una semejanza en cuanto a los hechos.

b. No se puede aplicar esta doctrina a casos donde se demuestre que una ley ha sido mal interpretada o aplicada erróneamente en el caso particular.

2. Falta de codificación. El Derecho inglés no está codificado. La codificación consiste en el establecimiento en forma estatutaria de todo el Derecho sobre un asunto particular. En el *Common Law* no existe una compilación de normas y estatutos legales. Aunque existen estatutos dispersos, productos de decisiones legislativas, el *Common Law* se basa principalmente en precedentes judiciales. Estos precedentes se mantienen a lo largo del tiempo a través de los registros de los tribunales y se documentan históricamente en colecciones de *case law*. Los precedentes que se van a aplicar en la decisión de cada caso nuevo son determinados por el Juez Presidente. De esta manera, los jueces juegan un papel importante en la configuración del *Common Law*.

3. Adaptabilidad, persistencia y vitalidad. Estas características han permitido al sistema sobrevivir a muchos cambios políticos y sociales. Además, su continuidad histórica se debe gracias a su lento desarrollo en un período aproximado de 1.400 años.

4. No hay recepción del Derecho Romano. A pesar de que la ocupación romana de Inglaterra duró más de 300 años, iniciada por el emperador Claudio en el año 43 d. C. hasta el año 407, cuando los romanos abandonaron la isla, la influencia del Derecho romano en la formación del Derecho inglés fue escasa. La continuidad histórica del *Common Law* junto con otros factores (como la independencia de la profesión legal) ayudó al Derecho inglés a resistir la recepción del Derecho Romano en el siglo XVI.

5. Técnica de decisión. La técnica de decisión que utilizan los jueces del *Common Law* consiste en darle formas nuevas a los preceptos con el objeto de satisfacer nuevas situaciones y desarrollar nuevos principios con el mismo fin. El juez del *Common Law* al decidir un caso debe determinar cuál precedente va a aplicar al caso concreto y la decisión que tome siempre es ley.

⁸ González Martín, Nuria, Common Law: Especial Referencia a los Restatement of the Law en Estados Unidos, en: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. Disponible en: <https://bit.ly/3dMkUyq>, última consulta 15 de octubre de 2020.

El *Common Law* tiene dos notas típicas en la actividad judicial: la decisión de un caso (aplicación de derecho) y la sanción de un nuevo precedente (creación de derecho). De manera que el juez no es un autómatas que resuelve los casos mediante puros desarrollos silogísticos, a partir de premisas lógicas preexistentes, ya que él desarrolla en su tesis el carácter creador de su actividad judicial. En el *Common Law* son los jueces quienes crean y administran el Derecho. Por lo tanto, el *Common Law* es un derecho jurisprudencial.

6. Razonamiento inductivo. El método jurídico utilizado por los jueces del *Common Law* se explica por su manera de razonar inductiva, ya que los conceptos son creados de instancias particulares y su dirección es de lo particular a lo general. Los juristas del *Common Law* no tratan de establecer principios universales para aplicarlos posteriormente a las situaciones particulares, sino que cuando observan un patrón en la solución de casos concretos crean unos principios generales llamados precedentes judiciales.

Sin embargo, esos precedentes no se convierten en principios inmodificables ya que el juez se mantiene abierto a las exigencias del momento, puede corregir y cambiar en cada caso conforme a la nueva situación. El autor Quevedo Casas señala lo siguiente: “El *Common Law* no es simplemente costumbre, ni norma. Su estructura es de principios y normas generales que se extraen inductivamente de sentencias precedentes”⁹.

7. Empirismo. Esta característica le proporciona la flexibilidad y capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias, aceptar sus propios defectos y criticarse a sí mismo. El sentido del derecho no está orientado hacia un derecho ideal, sino hacia un derecho vigente y actual.

8. No existe una distinción entre Derecho público y Derecho privado, ni las divisiones: Derecho Civil, Mercantil o Administrativo. En cuanto al origen, todo el Derecho inglés es público, ya que la justificación histórica de la competencia de las Cortes Reales fue el interés que la Corona tuviese en el litigio¹⁰.

Esta característica está vinculada con la doctrina de la supremacía del derecho, puesto que como no hay distinción entre Derecho público y Derecho privado, ni el Estado, ni los funcionarios del Estado ocupan una posición privilegiada, todos están sujetos a las mismas reglas y normas generales del Derecho. Como consecuencia de esta característica es que, al menos en teoría, es completo; puesto que, siempre hay un principio o precepto en el *Common Law* aplicable al caso que se presenta.

⁹ Quevedo Casas, N., *La Filosofía del Common Law*, Bogotá, Editorial Kelly, 1972, p. 31.

¹⁰ Rubano Lapasta, Mariela, El sistema del *Common Law* en el Derecho inglés y el Derecho de los Estados Unidos de América, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay*, 2000, No. 18, pp. 69 ss., especialmente p. 73.

9. Eminentemente procesalista. La organización de la administración de justicia, el procedimiento, la prueba y la ejecución de las sentencias judiciales, tienen un carácter más procedimental que sustantivo. Esta característica del *Common Law* está relacionado con su naturaleza casuística. El romanista generalmente piensa el Derecho como una forma de moralidad social y sus principios son declarados por el legislador sobre la base en que debería asentarse la conducta humana en la sociedad; y la resolución de las controversias se ve como una función secundaria del Derecho.

En cambio, desde su origen, el *Common Law* inglés siempre buscó la resolución de las controversias mediante la aplicación de un derecho común o *Common Law*, es decir, un derecho común para toda Inglaterra, diferente de un Derecho de aplicación puramente local. El lema de acción del jurista del *Common Law* es *solvitur ambulando*.

10. Sistema dualista, incluye tanto al *Common Law (strictu sensu)* como a la *Equity and Fairness*. Al principio, las cortes del *Common Law* estaban limitadas en su jurisdicción por el *writ system*¹¹. Este sistema consistió en una orden expedida en nombre del rey y dirigido a un oficial, mediante el cual le autorizaba la instauración de acciones específicas, conocidas como formas de acción (*forms of action*). Solo había lugar a una acción civil cuando existía esta orden judicial. Si la persona no tenía la orden judicial, no había derecho y su acción no era admitida. Se decía entonces que “*where there is no writ, there is no right*” (donde no hay orden, no hay derecho).

George Spencer definió el *writ* como:

una orden del Rey, bajo el Sello Real, dirigida al Sheriff¹² del condado en el que surgió la causa de la acción (...) ordenándole que obligara a la parte demandada a presentarse en la Corte del Rey (...) con el fin de contestar a la demanda. Cada *writ* se basaba en algún principio del Derecho, *regula juris*.

La *Equity* surgió de la obstinación de las cortes del *Common Law* cuando éstas rehusaban a acomodarse al cambio de circunstancias, hasta que finalmente las cortes de Derecho aceptaron nuevas instituciones. Con el objeto de aminorar la rigidez del *writ system*, el rey y, posteriormente, su Canciller (*Chancellor*), aceptaron peticiones de equidad. Más tarde, la Corte de la Cancillería (*Court of Chancery*) asumió la jurisdicción de las peticiones de

¹¹ El *writ* es una orden escrita en nombre del rey, emitida por la Cancillería (*Chancery*) a instancia del denunciante. Es una forma de iniciación de procedimientos por el actor. No tiene traducción exacta al español, pero se puede entenderlo como mandamiento, auto, decreto, escrito, orden o mandato.

¹² A veces se traduce al español como “alguacil”. La palabra “*sheriff*” es una contracción del término “*shire reeve*”. Este término, descendiente de la palabra “*scīrgerefa*” en inglés antiguo, designaba a un funcionario de la realeza encargado del mantenimiento de la paz (un “*reeve*”) por toda una comarca (un “*shire*”) en nombre del rey. De manera que un sheriff es un magistrado civil, un administrador de justicia. El término se conservó en Inglaterra, a pesar de la conquista normanda. Luego se extendió a Escocia, a Irlanda y a los Estados Unidos. En Estados Unidos designa al jefe de policía de un condado.

equidad. De esta manera, la *Equity* surgió como una rama jurídica complementaria para tratar casos que, debido a su carácter rígido y formal, el *Common Law* no podía resolver.

La existencia de dos jurisdicciones paralelas con tribunales distintos, los del *Common Law* y el de la *Equity*, continuaron hasta finales del siglo XIX. Mediante las Leyes de la Judicatura (*Judicature Acts*), entre 1873 y 1875, se modificó la organización judicial, fusionando los tribunales del *Common Law* y el de la Cancillería. Esta fusión se realizó por medio de la creación de la Suprema Corte de la Judicatura (*Supreme Court of Judicature*), el cual quedó integrado por varios cuerpos, que absorbieron a los tribunales del *Common Law* y al Tribunal de la Cancillería. Además, se estableció que cualquier tribunal podía conocer asuntos relativos al *Common Law* como a la *Equity*; de esta forma, los tribunales podían pronunciarse en derecho y en equidad¹³. La Suprema Corte conserva ambos procedimientos: el oral y contradictorio del *Common Law* y el escrito e inquisitorio de la *Equity*. Aún se mantiene la distinción entre ambos sistemas¹⁴.

11. En relación al sistema procesal del *Common Law*, tenemos como elementos característicos el juicio con jurado (*trial by jury*), que todas las audiencias son públicas y que las partes tienen el derecho de hacerse representar por abogados. Así se asegura que la fuerza de la opinión pública se puede ejercer siempre sobre las actuaciones de los tribunales y que el juez y el jurado están obligados a oír a las partes. El derecho a ser oído es fundamental y se extiende a instituciones diferentes a los tribunales de justicia.

12. En el *Common Law* no existe el “término de pruebas”. La prueba testifical es oral, no por escrito y, además, el juez presencia toda la prueba. La separación entre hecho y derecho es la base de la institución del jurado. El jurado resuelve respecto de los hechos y el juez respecto del derecho. Entre las instrucciones respecto del derecho que el juez da al jurado en un proceso penal, está la advertencia de que el jurado no debe condenar si no está convencido de la culpabilidad “más allá de la duda razonable”. En los juicios civiles, el jurado decide de acuerdo con la preponderancia de las pruebas.

B. Fuentes formales del *Common Law*

La tradición inglesa ha distinguido entre fuentes escritas y fuentes no escritas. Se toma como elemento diferenciador que la norma haya sido o no formalmente expedida y que haya constancia escrita de sus disposiciones. Dentro de las fuentes no escritas están las decisiones judiciales, las costumbres, las convenciones, y la Prerrogativa Real (*Royal*

¹³ Morineau, Marta, *Una Introducción al Common Law*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 19.

¹⁴ Rubano Lapasta, El sistema del *Common Law*..., ob. cit., p. 74.

Prerogative). La ley escrita comprende las leyes, las actas o los edictos hechos por el Rey con el Consejo de los Lores espirituales y temporales y las hechas por el Parlamento.

En Blackstone encontramos su formulación clásica: “El Derecho nacional de Inglaterra (...) puede ser propiamente dividida en dos clases: la *lex non scripta*, el Derecho no-escrito o “*Common Law*”; y la *lex scripta*, el Derecho escrito o legislado”¹⁵. La referencia a Derecho no-escrito no debe ser entendida literalmente. Blackstone aclara que el “*Common Law*” se encuentra formalizado en documentos escritos de la misma forma que el legislado. Pero la razón por la cual se denomina Derecho no-escrito al “*Common Law*” se encuentra en el hecho de que su institución original y su autoridad primitiva no revistieron forma escrita, como las leyes del Parlamento, sino que su poder obligatorio y su fuerza legal devinieron a través de usos inmemoriales y prolongados en el Reino.

A diferencia del *Civil Law*, donde la fuente de mayor jerarquía es la ley escrita, en los sistemas del *Common Law*, la ley constituye una forma excepcional de crear Derecho y, por ello, debe interpretarse de forma restrictiva. A pesar de esto, ningún juez puede negarse a sentenciar una controversia por ausencia de una norma jurídica dictada por el Parlamento, que regule el caso concreto y le sirva para fundar su decisión.

Los juristas del *Common Law* recurrieron a una ficción según la cual hay un Derecho preexistente que el juez debe descubrir. Actualmente, esta concepción ha quedado obsoleta y se acepta que las sentencias de los jueces crean Derecho. Por consiguiente, la fuente más importante en el *Common Law* es la jurisprudencia (*case law*), siendo el precedente jurisprudencial (*stare decisis*) una manifestación de los principios fundamentales de la razón y del Derecho Natural.

Históricamente, el *Common Law* era un derecho consuetudinario. Se originó de un conjunto de normas constituidas por las costumbres. De hecho, la costumbre tuvo una función muy importante en la resolución de las controversias; puesto que sentó las bases iniciales del Derecho Penal y el Derecho de Familia. Sin embargo, actualmente la mayoría de las normas consuetudinarias han sido integradas a la jurisprudencia y, por ende, al *Common Law*.

Con respecto a los principios generales del Derecho, en el *Common Law*, no tienen mayor consideración ni interés, puesto que el derecho es creado a partir de las decisiones judiciales. Se comienza con el caso real y se compara con los mismos o similares asuntos legales que han sido tratados por los tribunales en casos anteriormente decididos, y a partir de estos precedentes relevantes la norma legal vinculante se determina por medio de

¹⁵ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, 1807. Citado por Cueto, Julio, *El Common Law*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1957, p. 30.

inducción¹⁶. Por su parte, a manera de comparación, en el *Civil Law*, la principal tarea de los tribunales es aplicar e interpretar la norma contenida en una ley o un código a los hechos del caso concreto. Se supone que la ley regula todos los casos que ocurren en la práctica, y cuando ciertos casos no están regulados por la ley, los tribunales deben aplicar algunos de los principios generales del Derecho para llenar esas lagunas¹⁷.

Aunque teóricamente la doctrina no es fuente de Derecho en el *Common Law*, se ha venido utilizando con más frecuencia por los jueces y abogados para analizar el *case law*. Esto se evidencia en el mayor empleo de citas a fuentes doctrinales en decisiones judiciales contemporáneas¹⁸.

C. Instituciones judiciales del sistema inglés

Las instituciones judiciales en el *Common Law* han sufrido cambios a lo largo de su historia. En este trabajo se hará referencia a las instituciones jurídicas a raíz de las reformas judiciales efectuadas en los siglos XIX y XX en Reino Unido, puesto que las reformas sociales y legislativas modificaron el Derecho inglés en el siglo XIX. Jeremy Bentham propuso una codificación con el objeto de lograr una mayor seguridad jurídica.

El Parlamento fue el promotor del cambio social y adoptó medidas, pero sin llegar a codificar las normas. En tal sentido, el Parlamento trató de darle un orden a la estructura social, ya que las distintas jurisdicciones no estaban bien definidas. Con la Ley de la Judicatura (*Judicature Act*) de 1873 se creó una Suprema Corte de Justicia (*High Court of Justice*) que contenía la Corte de Apelación (*Court of Appeal*) y la Corte Suprema (*High Court*). Esta última reunía a la Corte de la Cancillería (*Court of Chancery*), a la Corte del Banco del Rey (*Court of King's Bench*), a la Corte de Causas Comunes (*Court of Common Pleas*) y a la Corte del Tesoro (*Court of Exchequer*).

La Ley de la Judicatura de 1873 aceleró la fusión entre Derecho y equidad. Cada una de las divisiones de la Corte Suprema debía aplicar tanto el Derecho como la equidad. A pesar del refinamiento del sistema judicial inglés en el siglo XX, las cortes retienen características asociadas con su estructura, por ejemplo, el sistema judicial permanece como un sistema unitario.

¹⁶ Pejović, Časlav, *Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal*, en: *Poredbeno pomorsko parvo*, 2001, Vol. 40, No. 155, pp. 817 ss., especialmente p. 819.

¹⁷ “Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”. Artículo 4, aparte único. Código Civil venezolano.

¹⁸ Maekelt, Tatiana y Claudia Madrid Martínez, *Civil Law y Common Law: Un acercamiento*, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 2003, Vol. 70, No. 141, pp. 229 ss., especialmente p. 254.

Las cortes principales en el sistema inglés son las cortes ordinarias, que se dividen en cortes superiores e inferiores. La jurisdicción de las cortes inferiores está limitada geográfica y judicialmente, e incluyen cortes penales y civiles. Las cortes superiores no se encuentran limitadas de ninguna de las dos formas y son: la Corte de la Corona (*Crown Court*), la Corte Suprema (*High Court*), la Corte de Apelación (*Court of Appeal*) y la Cámara de los Lores (*House of Lords*).

Están también las Cortes del Condado (*County Courts*), cuyas predecesoras fueron las Cortes del *Hundred* (*Hundred Court*)¹⁹ y de *The Shires*²⁰. Estos tribunales resuelven asuntos civiles menores. Es el foro donde se llevan a cabo los litigios civiles y dentro de los cuales puede participar el ciudadano inglés. Son tribunales de primera instancia, están organizados por distritos, cuyas apelaciones en la mayoría de los asuntos se dirigen a la Corte de Apelaciones.

Las Cortes de Magistrados (*Magistrates' Courts*) están establecidas a lo largo de Inglaterra y Gales. Sus miembros son ciudadanos comunes. Son designados por el Canciller (*Lord Chancellor*). Forman un cuerpo colegiado que resuelven sumariamente gran cantidad de crímenes menores sin la ayuda de un jurado.

La participación de ciudadanos comunes para juzgar asuntos criminales menores tiene sus raíces históricas en los Jueces de Paz (*Justices of the Peace*). Los Jueces de Paz tuvieron su origen durante las Cruzadas del siglo XII, que afectaron la vida rural inglesa. Para evitar el desorden que pudieran promover los soldados que regresaban de las Cruzadas, Ricardo Corazón de León comisionó a ciertos caballeros para preservar la paz y mantener el orden rural, y los llamó “Mantenedores de la Paz” (*Keepers of the Peace*). Mediante una reforma legislativa durante el reinado de Eduardo III de Inglaterra se creó el título de Justicia de la Paz o Juez de Paz (*Justice of the Peace*). Posteriormente tomaron el lugar del *Sheriff*.

La Corte de la Corona (*Crown Court*) es una corte superior de jurisdicción penal comparable a la jurisdicción civil de la Corte Suprema. Fue creada en 1971 y tiene sus raíces en los tribunales locales *Assizes*²¹. No tiene jueces propios, sino que éstos consisten en los jueces de la Corte Suprema, Jueces del Circuito y Jueces de Paz y Recorder²².

¹⁹ El *hundred* era una subdivisión de un condado y tenía su propio tribunal. Originalmente, el término probablemente se refería a un grupo de 100 *hides* (*hide*: unidad de tierra necesaria para mantener a una familia campesina).

²⁰ *The Shires* se refiere a los condados de Leicestershire, Northamptonshire y Rutland.

²¹ Los tribunales *Assizes*, comúnmente conocidas como *the Assizes*, eran tribunales que se celebraban en las principales ciudades del condado y estaban presididas por jueces visitantes de los tribunales superiores con sede en Londres. Página web del Parlamento del Reino Unido: <https://bit.ly/31WzrSE>, última consulta 15 de octubre de 2020.

²² Recorder es a menudo el primer paso en la escalera judicial para el nombramiento en el tribunal de circuito. Pueden actuar tanto en las Cortes de la Corona como en las del Condado, pero la mayoría comienza por actuar en la Corte de la Corona. Su jurisdicción es muy similar a la de un juez de circuito, pero generalmente se ocuparán de asuntos menos complejos o serios que

La Corte de Apelación es parte de la Corte Suprema. Su jurisdicción se extiende a asuntos civiles y penales. Atiende las apelaciones civiles de la Corte Suprema, cortes del condado y ciertas cortes administrativas, y las apelaciones penales de la Corte de la Corona. La Cámara de los Lores tiene actualmente pocas funciones judiciales. Proviene de la Corte del Rey (*Curia Regis*). Su papel actual es la de un tribunal de apelación superior.

Otra evolución de la Corte del Rey es el Consejo Privado del Rey (*Privy Council*). Inicialmente fue creado para oír apelaciones de las islas del Canal y de la isla de Man. Luego, asumió el papel de la Corte Final de Apelaciones a lo largo del imperio. Su fuente de poder fue la Prerrogativa Real. Posteriormente, este tribunal se limitó a las apelaciones de la Mancomunidad de Naciones (*Commonwealth of Nations*), ayudado por la creación de un comité judicial.

III. Sinopsis de la historia de Hong Kong

Desde la era neolítica, empezaron a llegar los primeros pobladores. En el siglo XVII, la región fue testigo de las luchas entre la dinastía Míng y la dinastía Qing. Sin embargo, durante la mayor parte de su historia hasta el siglo XIX, Hong Kong era una pequeña comunidad pesquera y comercial, sin mayor importancia. Geográficamente, Hong Kong consta de tres regiones principales: la isla de Hong Kong, la península de Kowloon y los Nuevos Territorios.

Por el Tratado de Nanjing, firmado el 29 de agosto de 1842, que puso final a la Primera Guerra del Opio, China fue obligada a ceder “en perpetuidad” Hong Kong a Reino Unido. El Tratado de Nanjing fue el primero de los llamados “Tratados Desiguales”, suscrito entre China y varias potencias europeas durante el siglo XIX. Dichos tratados obligaron a China a ceder territorios (como la isla de Hong Kong), pagar onerosas compensaciones por los costes de la guerra, abrir puertas para el comercio e, inclusive, hacer concesiones de soberanía a potencias europeas. Con el Tratado de Nanjing se inició lo que el gobierno y los académicos chinos han denominado el “Siglo de Humillación”.²³ Por estas razones, la recuperación de la soberanía de Hong Kong ha sido un punto de honor para China.

Luego de la Segunda Guerra del Opio, China fue obligada a ceder también parte de la península de Kowloon y la isla de Stonecutters también a Gran Bretaña por el Convenión de Pekín de 1860. La superficie de la colonia se incrementó con la incorporación de la

se presenten ante la Corte. Página web del Poder Judicial de Reino Unido: <https://bit.ly/3d2F6xb>, última consulta 15 de octubre de 2020.

²³ Kaufman, Alison Adcock, The “Century of Humiliation”. Then and Now: Chinese Perceptions of the International Order, en: *Pacific Focus*, 2010, Vol. XXV, No. 1, pp. 1 ss., especialmente pp. 1-4.

Nuevos Territorios (incluyendo New Kowloon y la isla de Lantau), arrendados a Gran Bretaña por 99 años desde el 1 de julio de 1898 hasta el 30 de junio de 1997.

En la Segunda Guerra Mundial, los japoneses expulsaron a los británicos y ocuparon Hong Kong en 1941, convirtiéndolo en un bastión militar y estación de suministros para sus campañas en Asia oriental. Gran Bretaña recuperó Hong Kong el 04 de agosto de 1945 luego de la rendición incondicional de Japón.

Hong Kong recuperó rápidamente su posición como el principal mercado de Asia oriental. Sin embargo, la guerra civil entre los nacionalistas y los comunistas en China trajo como consecuencia numerosos problemas económicos. Con la victoria de los comunistas, se fundó la República Popular de China (RPC) el 1 de octubre de 1949, y se incrementó el número de refugiados chinos en la colonia.

Durante la guerra de Corea, Estados Unidos impuso la prohibición de comerciar con la RPC en 1950 y esto trajo como consecuencia un decaimiento de la actividad comercial de Hong Kong. A pesar de esto, la colonia se pudo recuperar gracias a los refugiados chinos, quienes proporcionaron dinero y mano de obra. Lo cual aunado a una política liberal de impuestos que atrajo a inversores extranjeros, produjo un crecimiento económico.

Posteriormente, en 1977 se realizó el XI Congreso del Partido Comunista Chino y Deng Xiaoping logró asumir el control del poder. Se liquidó la Revolución Cultural iniciada en el año 1966 por Mao Zedong, dando paso a una política más realista y pragmática, donde jugaron un papel esencial las llamadas cuatro modernizaciones: agricultura, industria, defensa nacional, y ciencia y tecnología; especialmente, la última.²⁴

En 1978 se promulgó una nueva Constitución en la RPC y Deng Xiaoping emprendió una serie de reformas dirigidas a la liberalización de la economía y se permitió la creación de empresas mixtas con una parte de capital extranjero. De allí en adelante, China experimentó un desarrollo económico extraordinario. Si bien Sun Yat-sen es considerado el padre de la China moderna y Mao Zedong tiene el mérito de la fundación de la República Popular China, el verdadero arquitecto de la China contemporánea fue Deng Xiaoping.

En 1982, al acercarse el fin del arrendamiento británico sobre los Nuevos Territorios, se iniciaron una serie de conversaciones entre la República Popular China y Gran Bretaña acerca del futuro de Hong Kong. En diciembre de 1984, se firmó un acuerdo en Pekín denominado la Declaración Conjunta Chino-Británica sobre la Cuestión de Hong Kong

²⁴ “La clave de las cuatro modernizaciones es la modernización de la ciencia y la tecnología. Sin ciencia y tecnología modernas, es imposible construir una agricultura moderna, una industria moderna o una defensa nacional moderna. Sin un desarrollo rápido de la ciencia y la tecnología, no puede haber un desarrollo rápido de la economía”. Deng, Xiaoping, Speech of the Opening Ceremony of the National Conference of Science. March 18, 1978, en: *Selected Works, 1975-1982*, Vol. 2. Disponible en: <https://bit.ly/3wDKcrp>, consultado el 15 de octubre de 2020.

(*Sino-British Joint Declaration on the Question of Hong Kong*) que estipulaba que la totalidad de Hong Kong retornaría a la soberanía china el 1 de julio de 1997. Es justo reconocer que el artífice de la recuperación de Hong Kong fue Deng Xiaoping, por dos razones fundamentales:

1. Su posición firme en recuperar Hong Kong. En 1982, durante las conversaciones entre la República Popular de China y Gran Bretaña, Deng Xiaoping le dijo a Margaret Thatcher, Primera Ministra Británica en aquel momento:

Sobre la cuestión de soberanía, China no tiene espacio para la maniobra. Para ser franco, la cuestión no está abierta para la discusión. El momento está listo para hacer inequívocamente claro que China recuperará Hong Kong en 1997. Es decir, China no solo recuperará los Territorios Nuevos sino también la Isla de Hong Kong y Kowloon (...) Si China fracasa en recuperar Hong Kong en 1997 (...) ningún líder o gobierno chino podrían justificarse ellos mismos por ese fracaso ante el pueblo chino (...).

Significaría que el presente gobierno chino sería justamente como el gobierno de la última Dinastía Qing (...) El pueblo ya no tendría razón para confiar en nosotros, y cualquier gobierno chino no tendría otra alternativa que dimitir y abandonar voluntariamente el escenario político²⁵.

2. Fue el ideólogo del principio “Un País, Dos Sistemas” (*yì guó, liǎng shì*). Este principio fue una suerte de solución salomónica para resolver el problema de la diferencia del sistema político y económico entre China Continental y Hong Kong, puesto que permitió salvaguardar la unidad estatal, la integridad territorial y mantener la prosperidad y la estabilidad de Hong Kong.

El propio Deng Xiaoping lo explicó en los siguientes términos:

El gobierno chino está firme en su posición, principios y políticas sobre Hong Kong. Hemos establecido en varias ocasiones, que después de que China recupere el ejercicio de su soberanía sobre Hong Kong en 1997, el actual sistema económico y social de Hong Kong permanecerá sin cambios. Su ordenamiento legal tampoco será básicamente alterado. Su forma de vida y su condición de puerto libre y centro internacional de comercio y finanzas no cambiará y podrá mantener o establecer relaciones económicas con otros países y regiones (...) Aspiramos a una política de “un país, dos sistemas”. Más específicamente, esto significa que en el interior de la República Popular de China, el continente con mil millones de personas, se mantendrá el sistema socialista, mientras que Hong Kong y Taiwán continuarán bajo el sistema capitalista²⁶.

El gobierno de la RPC nunca aceptó la legitimidad de la soberanía británica en Hong Kong, sino que siempre consideró que Hong Kong pertenecía legítimamente a China, a pesar de que el gobierno británico había gobernado Hong Kong durante casi 100 años. Para

²⁵ Deng, Xiaoping, Our basic position on the question of Hong Kong, 1982, en: *Selected Works*, 1982-1992, Vol. 3. Disponible en: <https://bit.ly/2OwBKJe>, consultado el 15 de octubre de 2020.

²⁶ Deng, Xiaoping, One Country, Two Systems..., ob. cit.

ellos la transición de 1997 era simplemente una reunificación y, por lo tanto, postulaban que “Un País” es el requisito previo y la base de “Dos Sistemas”. Es decir, “Dos Sistemas” es un medio para lograr “Un País”²⁷.

Bajo la política “Un País, Dos Sistemas”, el territorio que se denominaría Región Administrativa Especial de Hong Kong (RAEHK), podría mantener sus sistemas legal, social y económico durante, al menos, otros 50 años y se garantizaban a sus ciudadanos las libertades civiles. De esta manera, el sistema legal de Hong Kong difiere del de la China continental y se basa en el *Common Law*. La República Popular China asumiría la responsabilidad en materias de política exterior y defensa.

El marco constitucional para el sistema legal se acordó antes del traspaso de poderes y garantiza la continuidad del sistema legal utilizado antes de que China recuperara la soberanía de Hong Kong, el 1 de julio de 1997.

IV. Fuentes de Derecho

El sistema legal de Hong Kong se basa en el principio de la supremacía del derecho (*rule of law*)²⁸. Este principio rige la forma como se ejerce el poder en Hong Kong y tiene diversos significados y corolarios. El significado más importante de dicho principio es que el ejercicio del poder por parte del Estado debe emanar de la ley expresada en la legislación y en las decisiones judiciales de los tribunales independientes.

Un corolario de este principio es que nadie, incluyendo el Jefe Ejecutivo (*Chief Executive*), puede realizar un acto que sea ilegal o que afecte la libertad de una persona, a menos de que tenga un motivo legal. La persona afectada puede recurrir a un tribunal, el cual puede dictaminar que el acto es inválido o no tiene efecto legal y, además, puede ordenar una indemnización a favor de esa persona. Este aspecto de la supremacía del derecho se conoce como el principio de legalidad. Una consecuencia del principio de legalidad es la igualdad ante la ley. Es fundamental que todas las personas, independientemente de su raza, rango, política y religión, estén sujetos a la ley.

Además, la supremacía del derecho requiere que los tribunales sean independientes del Ejecutivo. Esta independencia es crucial para poder dictar sentencias imparciales en juicios relacionados con la legalidad de los actos del Ejecutivo. La legalidad y la igualdad ante la ley son dos facetas fundamentales de la supremacía del derecho.

²⁷ Yang, Xiaonan, *The Interpretation of the Hong Kong Basic Law: An Institutional Analysis*, Doctor of Legal Science Thesis. Hong Kong, The University of Hong Kong, 2009, p. 272.

²⁸ Wong, Yan Lung, *The Legal System in Hong Kong*, 2020, 5th ed. Disponible en: <https://bit.ly/31VIPY0>, consultado el 15 de octubre de 2020.

A. Fuentes primarias de Derecho

Las fuentes primarias de Derecho son las normas legales obligatorias en una jurisdicción. Puesto que la RAEHK tiene un sistema legal del *Common Law*, las fuentes primarias de Derecho son la legislación y el *case law*. Además, el derecho Consuetudinario chino (bajo algunas circunstancias como en los asuntos de herencias de tierras) y el Derecho Internacional (tratados), son reconocidos como fuentes primarias.

Dentro la legislación están: 1) la Ley Básica; 2) las leyes nacionales de la RPC enumeradas en el Anexo III de la Ley Básica como aplicadas a la RAEHK; 3) las leyes, incluyendo el *Common Law* y las reglas de la *Equity*, vigentes antes del 1 de julio de 1997, excepto aquellas que contravengan la Ley Básica, y sujetas a alguna enmienda por el Poder Legislativo de la RAEHK; y 4) los estatutos promulgados por el Poder Legislativo de la RAEHK²⁹.

1. Ley Básica (*Basic Law*)

La Ley Básica de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, llamada también Ley Fundamental, es la ley más importante de Hong Kong. De hecho, es considerada como la Constitución de Hong Kong. El 19 de diciembre de 1984 se firmó la Declaración Conjunta Sino-Británica sobre la Cuestión de Hong Kong (la Declaración Conjunta) entre el gobierno chino y el británico. La Declaración Conjunta establecía, entre otras cosas, las políticas básicas de la RPC con respecto a Hong Kong. Bajo el principio “Un País, Dos sistemas”, el sistema socialista no será aplicado en la Región Administrativa Especial de Hong Kong (RAEHK) y el sistema y el estilo de vida capitalista de Hong Kong permanecerán sin cambio por 50 años. La Declaración Conjunta estableció que estas políticas serían estipuladas en una Ley Básica de la RAEHK.

La Ley Básica se promulgó el 4 de abril de 1990 por el Séptimo Congreso Popular Nacional de la RPC. Entró en vigor el 1 de julio de 1997. La Ley Básica es el documento constitucional de la RAEHK. Contiene los principios: “Un País, Dos Sistemas”, “un alto grado de autonomía” y “El pueblo de Hong Kong gobierna Hong Kong”, y se prescriben los diversos sistemas que se practicarán en la RAEHK.

Un corolario del principio “Un País, Dos Sistemas” es la naturaleza dual de la Ley Básica: es a la vez una ley nacional y un instrumento constitucional de la RAEHK. Fue promulgada por el Congreso Popular Nacional de conformidad con los principios constitucionales y los procedimientos legislativos de la RPC y, sin embargo, sirve como base del

²⁹ Gobierno de Hong Kong, *Hong Kong: The Facts. Legal System*. Página web del gobierno de Hong Kong (2019). Disponible en: <https://bit.ly/2Q5XTP3>, consultado el 15 de octubre de 2020.

Common Law en el sistema legal de Hong Kong después de 1997 y es aplicado por los tribunales del *Common Law* de la RAEHK³⁰.

Además de un Preámbulo que proclama la fundación de Hong Kong como una Región Administrativa Especial de la República Popular de China, la Ley Básica consta de las siguientes secciones:

I. El texto completo de la Ley Básica, la cual comprende un total de nueve capítulos, con 160 artículos, que cubren:

1. Principios generales (arts. 1-11)
2. Relación entre las autoridades centrales de Beijing y Hong Kong (arts.12-23)
3. Derechos fundamentales y deberes de los residentes (arts.24-42)
4. Estructura política (arts.43-104)
5. Economía (arts.105-135)
6. Educación, ciencia, cultura, deportes, religión, trabajo, y servicios sociales (arts.136-149)
7. Asuntos externos (arts.150-157)
8. Interpretación y enmienda de la Ley Básica (arts.158-159)
9. Disposiciones suplementarias (arts.160)

II. Anexo I. Establece el método para la selección del Jefe Ejecutivo o Primer Mandatario (*Chief Executive*) de la RAEHK.

III. Anexo II. Establece el método para la formación del Consejo Legislativo (*Legislative Council*) de la RAEHK.

IV. Anexo III. Establece las leyes nacionales a ser aplicadas en la RAEHK.

a. Antecedentes

La Ley Básica fue redactada por un comité compuesto por miembros tanto de Hong Kong como de China continental. En 1985 se nombró un Comité Consultivo de la Ley Básica (*Basic Law Consultative Committee*) conformado exclusivamente por gente de Hong Kong para investigar las opiniones en Hong Kong sobre los proyectos.

El primer proyecto se publicó abril en 1988, seguida por una consulta pública de cinco meses. El segundo proyecto se publicó en febrero de 1989, y el período de consulta

³⁰ Chen, Albert, The Interpretation of the Basic Law - Common Law and Mainland Chinese Perspectives, en: *Hong Kong Law Journal*, 2000, Vol. 30, pp. 380 ss., especialmente p. 381.

subsiguiente terminó en octubre de 1989. La Ley Básica fue formalmente promulgada el 4 de abril de 1990 por el Congreso Popular Nacional, junto con los diseños de la bandera y el escudo de la RAEHK. A continuación se señalarán las disposiciones más importantes que establecen las políticas básicas de la RPC con respecto a la RAEHK.

b. Principios Generales

- La RAEHK tiene un alto grado de autonomía y disfruta de poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial independiente, que inclusive tiene la facultad de dictar sentencias definitivamente firmes (art. 2, LB).
- Las autoridades ejecutivas y el Poder Legislativo de la RAEHK estarán compuestas de residentes permanentes de Hong Kong (art. 3, LB).
- El sistema y las políticas socialistas no serán aplicadas en la RAEHK, y el sistema y modo de vida capitalista previos permanecerán sin cambios por 50 años (art. 5, LB).
- Las leyes previamente vigentes en Hong Kong, esto es, el *Common Law*, las reglas de la *Equity*, las ordenanzas, la legislación subordinada y el derecho consuetudinario se mantendrán, excepto aquellas que contravengan la Ley Básica, y sujetas a alguna enmienda por el Poder Legislativo de la RAEHK (art. 8, LB).
- Los sistemas y las políticas que se practiquen en la RAEHK, incluyendo el sistema social y el económico, el sistema para salvaguardar los derechos y libertades fundamentales de los residentes, los sistemas ejecutivo, legislativo y judicial, y las políticas pertinentes, se basarán en las disposiciones de la Ley Básica. Además, ninguna ley promulgada por el Poder Legislativo de la RAEHK contravendrá esta ley (art. 11, LB).
- La RAEHK dependerá directamente del Gobierno Popular Central (GPC) (art. 12, LB).

c. Relación entre la Autoridad Central y la RAEHK

- El GPC será responsable por la defensa y los asuntos extranjeros relacionados con la RAEHK (arts. 13 y 14, LB).
- El GPC autoriza a la RAEHK dirigir los asuntos extranjeros relevantes por su propia cuenta (art. 13, LB).
- La RAEHK será responsable por el mantenimiento del orden público en la Región (art. 14, LB).
- Las leyes nacionales no serán aplicadas en la RAEHK, excepto aquellas que están enumeradas en el Anexo III a la Ley Básica. Las leyes enumeradas en el Anexo III

estarán restringidas a aquellas relacionadas con la defensa y los asuntos extranjeros, así como también otras materias fuera de los límites de la autonomía de la RAEHK. Las leyes enumeradas en el Anexo III se aplicarán localmente mediante la promulgación o legislación por la RAEHK (art. 18, LB).

- Ningún departamento del GPC y ninguna provincia, región autónoma, o municipalidad directamente bajo el Gobierno Central puede interferir en los asuntos que la RAEHK administra por su propia cuenta de acuerdo con la Ley Básica (art. 22, LB).

d. Protección de Derechos y Libertades

- La RAEHK protegerá el derecho de propiedad privada de acuerdo con la ley (art. 6, LB).

- Todos los residentes de Hong Kong serán iguales ante la ley. Los residentes permanentes de la RAEHK tendrán el derecho a voto y el derecho a ser elegido de acuerdo con la ley (arts. 25 y 26, LB).

- La libertad personal de los residentes de Hong Kong será inviolable. Ningún residente de Hong Kong será sometido bajo arresto, detención o encarcelamiento arbitrario o ilegal. La inspección personal arbitraria o ilegal de cualquier residente o la privación o restricción de la libertad de la persona estará prohibida. La tortura de cualquier residente o la arbitraria o ilegal privación de la vida de cualquier residente estará prohibida. De esta forma, se consagra el principio de legalidad en la Ley Básica (art. 28, LB).

- Los residentes de Hong Kong tendrán, entre otras cosas, libertad de expresión, de prensa y de publicación, libertad de asociación, de reunión, de procesión, de manifestación pública, de comunicación, de movimiento, de conciencia, de creencia religiosa, y de matrimonio; y el derecho y la libertad para formar y unirse a sindicatos, y el derecho a la huelga (arts. 27-38, LB).

- Las disposiciones del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Culturales, Sociales y Económicos, y las convenciones laborales internacionales aplicadas en Hong Kong permanecerán en vigor y serán implementadas a través de leyes de la RAEHK (art. 39, LB).

e. Estructura Política

e.1. Autoridades Ejecutivas (Executive Authorities)

- El Jefe Ejecutivo o Primer Mandatario (*Chief Executive*) de la RAEHK será un ciudadano chino, no menor de 40 años, residente permanente de la RAEHK, sin derecho

de residencia en ningún país extranjero y debe haber residido regularmente en Hong Kong por un período continuo no menor de 20 años (art. 44, LB).

- El Jefe Ejecutivo de la RAEHK será seleccionado por elección o a través de consultas celebradas localmente y es designado por el GPC. El método de seleccionar el Jefe Ejecutivo será especificado según la situación actual en la RAEHK y de acuerdo con el principio de progreso gradual y ordenado. El propósito final es la selección del Jefe Ejecutivo por sufragio universal sobre la nominación por un comité de nominación ampliamente representativo de acuerdo con procedimientos democráticos (art. 45, LB).

- El Gobierno de la RAEHK debe sujetarse a la ley y ser responsable ante el Consejo Legislativo de la RAEHK: aplicará leyes pasadas por el Consejo y, una vez en vigor, presentará política regular dirigida al Consejo, responderá preguntas surgidas por miembros del Consejo, y obtendrá aprobación del Consejo para impuestos y gasto público (art. 64, LB).

e.2. Poder Legislativo (*Legislature*)

- El Poder Legislativo de la RAEHK será constituido por elección. El método para formar el Consejo Legislativo (*Legislative Council*) estará especificado según la situación actual en la RAEHK y de acuerdo con el principio de progreso gradual y ordenado. El propósito final es la elección de todos los miembros del Consejo Legislativo por sufragio universal (art. 68, LB).

- Las atribuciones y funciones para ser ejercidas por el Consejo Legislativo de la RAEHK incluyen principalmente, promulgar, enmendar o derogar leyes; examinar y aprobar presupuestos introducidos por el gobierno; aprobar tributos y gasto público; presentar controversias sobre el trabajo del gobierno; debatir cualquier asunto de interés público; respaldar el nombramiento y remoción de los jueces de la Corte de Apelación Final (*Court of Final Appeal*) y el Juez Presidente (*Chief Judge*) de la Corte Suprema (*High Court*). (art. 73, LB).

e.3. Poder Judicial (*Judiciary*)

- La facultad de dictar sentencia definitivamente firme en la RAEHK estará conferida a la Corte de Apelación Final de la RAEHK, la cual puede, de ser necesario, invitar a jueces de otras jurisdicciones del *Common Law* para formar parte de la Corte de Apelación Final (art. 82, LB).

- En la RAEHK la doctrina del precedente judicial no está restringida a las decisiones judiciales dictadas en los tribunales de Hong Kong, sino que incluye a los precedentes judiciales de otros países bajo la jurisdicción del *Common Law* (art. 84, LB).

- Los tribunales de la RAEHK ejercerán el Poder Judicial de manera independiente, libre de cualquier interferencia (art. 85, LB).
- Se mantiene el principio de juicio por jurado previamente practicado en Hong Kong. Cualquiera que sea legalmente arrestado tendrá el derecho a un juicio imparcial y sin dilación por los órganos jurisdiccionales. Se le presumirá inocente hasta que sea condenado por los órganos jurisdiccionales (arts. 86 y 87, LB).
- Los jueces y otros miembros del Poder Judicial de la RAEHK serán escogidos sobre la base de sus cualidades profesionales y judiciales, y no tienen que ser de Hong Kong, sino que pueden ser de otras jurisdicciones del *Common Law* (art. 92, LB).
- La RAEHK puede, mediante consultas y de acuerdo a la ley, mantener relaciones judiciales con los órganos judiciales de otras partes de la RPC, y ellos se pueden prestar asistencia entre sí. Con la asistencia o autorización del GPC, el Gobierno de la RAEHK puede también realizar convenios con Estados extranjeros para asistencia judicial recíproca (arts. 95 y 96, LB).

f. Economía

- La RAEHK permanecerá como un puerto libre, un territorio con derechos de aduana separado y un centro financiero internacional. Sus mercados para divisas, oro, títulos-valores y entregas a plazo continuarán. Habrá libre flujo de capital (arts. 109, 112, 114 y 116, LB).
- El dólar de Hong Kong (HK\$), como moneda de curso legal en la RAEHK, continuará en circulación. La autoridad para emitir moneda corriente estará conferida en el Gobierno de la RAEHK (art. 111, LB).
- La RAEHK continuará con la política de libre comercio y protegerá la libre circulación de bienes, activos intangibles y capital (art. 115, LB).
- La RAEHK estará autorizada por el GPC para continuar con el mantenimiento del registro de embarque y emitir certificados relacionados bajo el nombre “Hong Kong, China”. Las empresas marítimas privadas y las empresas relacionadas con navegación y terminales de contenedores privados en la RAEHK podrán continuar operando libremente (arts. 125-127, LB).
- La RAEHK continuará con el sistema previo de administración de aviación civil en Hong Kong y mantendrá su propio registro de aeronaves. La RAEHK podrá, bajo la autorización del GPC, negociar y concluir los convenios de servicios aéreos con estados o regiones extranjeras (arts. 129-134, LB).

g. Educación, ciencia, cultura, deportes, religión, trabajo y servicios sociales

- El Gobierno de la RAEHK formulará por su propia cuenta políticas sobre el desarrollo y mejoramiento de la educación, la ciencia y la tecnología, la cultura, los deportes, la beneficencia social y el trabajo (arts. 136-147, LB).
- Organizaciones no-gubernamentales en campos tales como la educación, la ciencia, la tecnología, la cultura, el arte, los deportes, las profesiones, la medicina y la salud, el trabajo, la beneficencia social, así como las organizaciones religiosas en la RAEHK podrán mantener y desarrollar relaciones con sus contrapartes en países y regiones extranjeras y con organizaciones internacionales relevantes. Ellas podrán, de ser necesario, usar el nombre “Hong Kong, China” en las actividades relevantes (art. 149, LB).

h. Asuntos externos

- La RAEHK podrá por propia cuenta, usar el nombre “Hong Kong, China”, mantener y desarrollar relaciones y concluir y cumplir convenios con estados y regiones extranjeras y organizaciones internacionales relevantes, en los campos apropiados, incluyendo los campos económico, mercantil, financiero y monetario, embarque, comunicaciones, turismo, cultural y deportivos (art. 151, LB).
- Representantes del Gobierno de la RAEHK podrán, como miembros de delegaciones de la RPC, participar en organizaciones internacionales o conferencias en campos apropiados limitados a Estados y que afecten a la RAEHK, o pueden atender con otra facultad que les sea permitida por el GPC y la organización o conferencia internacional interesada, y pueden expresar sus opiniones, usando el nombre “Hong Kong, China”. La RAEHK puede también, usando el nombre “Hong Kong, China”, participar en organizaciones y conferencias internacionales no limitadas a los Estados (art. 152, LB).
- La solicitud a la RAEHK de convenios internacionales en los cuales la RPC es o será parte, será decidido por el GPC, de acuerdo con las circunstancias y necesidades de la RAEHK, y después de solicitar las opiniones del Gobierno de la RAEHK. Los convenios internacionales a los cuales la RPC no es parte pero que serán ejecutados en Hong Kong, podrán continuar para ser ejecutados en la RAEHK. El GPC, si es necesario, autorizará o ayudará al Gobierno de la RAEHK hacer los acuerdos apropiados para la aplicación a la RAEHK de otros convenios internacionales relevantes (art. 153, LB).

i. Interpretación y enmienda de la Ley Básica

- La facultad de interpretación de la Ley Básica estará conferida en el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional (CPCPN, *Standing Committee of the National People's Congress*). El CPCPN autorizará a los tribunales de la RAEHK interpretar por cuenta propia, en la sentencia de casos, las disposiciones de la Ley Básica que estén dentro de los límites de la autonomía de la RAEHK. Los tribunales de la RAEHK pueden también interpretar otras disposiciones de la Ley Básica en el pronunciamiento judicial de los casos. Sin embargo, si los tribunales de la RAEHK, en la sentencia de los casos, necesitan interpretar las disposiciones de la Ley Básica concernientes a los asuntos que sean de la responsabilidad del GPC, o concernientes a la relación entre las Autoridades Centrales y la RAEHK, y si tal interpretación afectará las sentencias sobre los casos, los tribunales de la RAEHK, antes de pronunciar los fallos definitivos, los cuales no son apelables, buscarán una interpretación de las disposiciones relevantes del CPCPN a través de la Corte de Apelación Final (CAF) de la RAEHK (art. 158, LB).

- La relación entre la CAF y el CPCPN es mucho más compleja que la relación entre un tribunal regional ordinario y una autoridad central. La independencia judicial del CPCPN refleja el valor de “Dos Sistemas” y una de sus misiones en la interpretación de la Ley Básica es supervisar la aplicación de dicha Ley como uno de los representantes de “Un País”. Esta es la divergencia política entre la CAF y el CPCPN. Por un lado, la CAF intenta minimizar la influencia del CPCPN en la interpretación de la Ley Básica y, por el otro lado, el CPCPN tiene que interpretar la Ley Básica si una interpretación es políticamente necesaria. Esta tensión entre la CAF y el CPCPN se puede reducir a la tensión ideológica inherente entre “Un País” y “Dos Sistemas”³¹.

- La facultad de proponer proyectos de enmienda a la Ley Básica estará conferida al CPCPN, al Consejo de Estado y a la RAEHK. Ninguna enmienda a la Ley Básica contravendrá las políticas básicas establecidas de la RPC con respecto a Hong Kong (art. 159, LB).

2. Leyes nacionales de la República Popular de China

Varias leyes nacionales de la República Popular China se aplican en Hong Kong conforme al artículo 18, LB. En el Anexo III de la Ley Básica se encuentran enumeradas las leyes nacionales de la RPC a ser aplicadas en la RAEHK:

1. Resolución sobre la Capital, Calendario, Himno Nacional y Bandera Nacional de la RPC.

³¹ Yang, *The Interpretation of the Hong Kong Basic Law ...*, ob. cit., p. 279.

2. Resolución sobre el Día Nacional de la RPC.
3. Orden sobre el Emblema Nacional de la RPC proclamado por el Gobierno Popular Central.
4. Declaración del Gobierno de la RPC sobre el Mar Territorial.
5. Ley de Nacionalidad de la RPC.
6. Regulación de la RPC relativos a Privilegios Diplomáticos e Inmunidades.

Además, el artículo 18, LB, establece que el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional puede agregar o eliminar leyes de la lista del Anexo III, después de consultar a su Comité para la Ley Básica de la RAEHK y al Gobierno de la Región. Las leyes enumeradas en el Anexo III de la Ley Básica estarán confinadas a aquellas relativas a la defensa y asuntos extranjeros, así como otras materias fuera de los límites de la autonomía de la Región tal como se especifica en la Ley Básica.

En el evento de que el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional decida declarar un estado de guerra o, por razones de gran confusión dentro de la RAEHK que ponga en peligro la seguridad o unidad nacional y esté más allá del control del gobierno de la Región, decida que la Región está en un estado de emergencia, el Gobierno Popular Central puede dictar una orden aplicando las leyes nacionales relevantes en la Región. Además, como se ha señalado anteriormente, conforme al artículo 158, LB, la interpretación de una disposición de la Ley Básica por el Comité Permanente del Congreso Popular Nacional, es vinculante para los tribunales de Hong Kong.

3. Estatutos

El Congreso o Parlamento de Hong Kong se denomina Consejo Legislativo (*Legislative Council*). Tiene la atribución de promulgar estatutos denominados ordenanzas (*ordinances*), las cuales son firmadas por el Jefe Ejecutivo y publicadas semanalmente en la bilingüe Gaceta del Gobierno de la RAEHK (*Government of the HKSAR Gazette*). La Gaceta tiene un volumen principal y otros siete volúmenes, denominados Suplementos. Estos Suplementos son fuentes legales importantes. Las Ordenanzas son publicadas en el Suplemento 1.

A veces el Consejo Legislativo delega su facultad de legislar en la autoridad ejecutiva y entonces se producen leyes subsidiarias llamadas reglamentos (*by-laws*), órdenes (*orders*), regulaciones (*regulations*) y reglas (*rules*), las cuales tienen la finalidad de desarrollar las leyes principales. Por ejemplo, una ordenanza puede delegar al Jefe Ejecutivo en Consejo (el Jefe Ejecutivo con el asesoramiento del Consejo Ejecutivo) la facultad de regular

los detalles de la ejecución de un proyecto legislativo. Las leyes subsidiarias se publican en el Suplemento 2 de la Gaceta.

Con respecto a las ordenanzas que estaban en vigor antes del 1 de julio de 1997, casi todas continúan aplicándose en la RAEHK. Muchas de esas ordenanzas requirieron ser adaptadas para armonizarlas con la Ley Básica y reflejar el nuevo estatus de Hong Kong como Región Administrativa Especial de la RPC. Sin embargo, catorce ordenanzas y leyes subsidiarias fueron consideradas estar en contravención con la Ley Básica, y fueron derogadas completamente. L. W. Kwan las divide en tres categorías: 1) normas coloniales, p. e., la Ordenanza del Regimiento Real de Hong Kong (*Royal Hong Kong Regiment Ordinance*); 2) normas sobre sucesión del Derecho inglés, p. e., la Ordenanza de Aplicación del Derecho Inglés (*Application of English Law Ordinance*); y 3) normas sobre disposiciones electorales, p. e., la Ordenanza del Consejo Legislativo (Disposiciones Electorales) (*Legislative Council (Electoral Provisions) Ordinance*)³².

La Gaceta ha publicado toda la legislación de Hong Kong desde 1844. Sin embargo, las leyes han cambiado con el tiempo y las leyes reformadas se pueden encontrar en las Leyes de HK (*Laws of HK*). La actual recopilación oficial bilingüe de la legislación de Hong Kong se denomina también Leyes de HK (*Laws of HK*) y está disponible en forma impresa y en línea. Actualmente existe una versión del sistema en línea llamada Legislación Electrónica de Hong Kong (*Hong Kong e-Legislation* o *HKeL*) lanzada el 24 de febrero de 2017, sucediendo al Sistema de Información de Leyes Bilingüe (*Bilingual Laws Information System* o *BLIS*) que comenzó en 1997, que está reemplazando gradualmente a la edición impresa como la versión oficial. Este proceso tardará varios años en completarse. Mientras tanto, se puede consultar la Gaceta o la *HKeL* para conocer los cambios a partir desde aquellos publicados en la última edición impresa de Leyes de HK.

En las Ordenanzas Comentadas de Hong Kong (*Annotated Ordinances of HK*) se pueden encontrar las 139 ordenanzas más importantes y frecuentemente citadas junto con sus respectivos comentarios. Esos comentarios incluyen la historia de la legislación, los *case law* más relevantes (tanto domésticos como del extranjero), referencias a Ordenanzas relacionadas y comparaciones con las Actas inglesas y de otras jurisdicciones del *Common Law*. La historia legislativa previa a la Segunda Guerra Mundial no se encuentra en las Ordenanzas Comentadas, pero se puede consultar en Dictámenes del Gobierno de HK En Línea, 1853-1941 (*HK Government Reports Online, 1853-1941*).

³² Kwan, Ling Wai, *The Interpretation of the Basic Law. A Study of the Common Law and Chinese Principles of Constitutional Interpretation*, Master of Philosophy in Law Thesis, Hong Kong, The University of Hong Kong, 2001, p. 57.

Además de la Gaceta, están las siguientes publicaciones gubernamentales: Dictámenes Administrativos (*Administrative Reports*), Actas Oficiales de los Debates Parlamentarios (*Hansard*) y Documentos de las Sesiones Parlamentarias (*Sessional Papers*). En ellas se pueden encontrar notificaciones oficiales, actas del Consejo Legislativo, estadísticas y dictámenes de diversos órganos gubernamentales y comités especiales, los cuales son esenciales para estudiantes y académicos que realizan investigación jurídica en Hong Kong³³.

4. Case law

Dentro de las fuentes primarias de Derecho en la RAEHK está el *case law*, el cual está constituido por las recopilaciones de las decisiones judiciales de los jueces de los distintos tribunales en Hong Kong y es una de las fuentes vinculantes del Derecho en el sistema del *Common Law*.

Desde el siglo XV, recopilaciones de sentencias dictadas por los jueces han establecido con detalle los principios que regulan las relaciones entre el Estado y el ciudadano, y entre los ciudadanos. El *Common Law* y las reglas de *Equity* se hallan en las decisiones de los tribunales superiores de Hong Kong y otras jurisdicciones del *Common Law*. Una diferencia importante entre el *Common Law* y las reglas de la *Equity* es que los recursos del *Common Law* están disponibles como de derecho, mientras que los recursos de la *Equity* son discrecionales. Un tribunal no tiene que garantizar un recurso equitativo cuando considere que el comportamiento de la parte que busca una sentencia equitativa no merece tal sentencia.

Actualmente, hay cientos de miles de casos recopilados en las jurisdicciones del *Common Law*. La libertad de expresión, la libertad de reunión, el derecho de no ser arrestado arbitrariamente y otros derechos civiles, han sido alegados en casos decididos durante más de tres siglos y ahora están consagrados en la Ley Básica (arts. 27-38, LB).

Las sentencias de los tribunales de la RAEHK son de dos tipos: recopiladas (*reported*) y no recopiladas (*unreported*). Las sentencias no recopiladas son sentencias sin mejoramiento editorial, como *LexisNexis Headnotes* y *West Key Numbers*. Todas las sentencias son inicialmente no recopiladas. Si se consideran importantes, entonces son recopiladas o publicadas posteriormente en una colección de recopilaciones de leyes.

Las sentencias recopiladas contienen aspectos legales importantes, bien sea nuevos o desarrollos de otros anteriores. Se incluye un resumen del caso en el texto de la sentencia

³³ Sturgeon, Roy L. y Sergio D. Stone, *UPDATE: "One Country, Two Systems" of Legal Research: Finding the Law of China's Hong Kong Special Administrative Region*, 2018. Disponible en: <https://bit.ly/2PIvAGu>, consultado el 15 de octubre de 2020.

en un conjunto de recopilaciones de leyes. Después que una sentencia es recopilada, todas las referencias se deben hacer a esta versión, en lugar de la versión no recopilada.

El *case law* de la RAEHK se encuentra disponible, inclusive en línea, de manera gratuita o comercialmente. La base de datos de sentencias y referencias legales de la judicatura contiene decisiones de varios tribunales. El Instituto de Información Legal de HK (*HK Legal Information Institute*) también tiene *case law*, es completamente bilingüe y se actualiza casi a diario.

Los tribunales de la RAEHK prefieren que abogados en libre ejercicio profesional (*practitioners*) citen una de las dos recopilaciones de leyes autorizadas (oficiales): *HK Court of Final Appeal Reports* y *HK Law Reports & Digest*. Estas recopilaciones están “autorizadas” porque el tribunal o el juez han verificado su contenido antes de su publicación. Una cita a una recopilación no autorizada (no oficial) es suficiente si una decisión no ha sido publicada en una recopilación de ley autorizada.

5. Derecho Consuetudinario chino

Algunos aspectos del Derecho Consuetudinario chino se aplican en Hong Kong. Por ejemplo, según la sección 13 de la Ordenanza de los Nuevos Territorios (*New Territories Ordinance*), los tribunales pueden reconocer y hacer cumplir costumbres chinas o derechos subjetivos consuetudinarios con relación a la tierra en los Nuevos Territorios. Además, en la Ordenanza de Legitimidad (*Legitimacy Ordinance*), se reconocen las leyes chinas y la costumbre.

6. Derecho Internacional

Desde la transición de 1997, se han observado puntos de interacción interesantes entre el Derecho Internacional Público y la Ley Básica. Dichas interacciones están inscritas dentro del marco de la doctrina dualista, aplicable a la RAEHK, la cual trata el Derecho Internacional y el derecho interno como regímenes distintos que operan en planos separados. Sobre esta base, los tratados en los cuales la RAEHK es parte, deben ser incorporados por la legislación para tener efecto interno. De esta manera, más de 225 tratados multilaterales han sido aplicados en la RAEHK. En algunas áreas, como, por ejemplo, comercio, transporte y promoción y protección de inversiones, la RAEHK puede concluir sus propios tratados bilaterales³⁴.

³⁴ Ejemplos de tratados bilaterales suscritos por la RAEHK: *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of*

A pesar de que los tratados no tienen efecto legal a menos que sean incorporados por la legislación, el Derecho Internacional Consuetudinario es tratado de manera diferente. Siguiendo la jurisprudencia inglesa que adopta la doctrina de la incorporación (la cual sigue vigente en virtud del artículo 8, LB), los tribunales de la RAEHK consideran la costumbre como una fuente del *Common Law*.

Además, los jueces han considerado el Derecho Internacional Consuetudinario en diversos asuntos, mediante el examen de la práctica de los Estados y la *opinio juris*. Específicamente, en el caso *C v. Director de Inmigración* se examinó el principio del Derecho Consuetudinario Internacional de no devolución (*non-refoulement*)³⁵. Los tribunales de la RAEHK han considerado que debían continuar con la aplicación del mencionado principio, conforme al artículo 8, LB, que establece que se mantendrán las “leyes previamente vigentes”.

Los tribunales de Hong Kong han aplicado la doctrina de la incorporación antes de la transición y, por lo tanto, nada obsta invocar dicha doctrina a partir de entonces. Sin embargo, los tribunales de la RAEHK han dado primacía a la intención legislativa y a la interpretación jurídica sobre cualquier imperativo de incorporar una costumbre, lo cual limita severamente el alcance de una costumbre para sobrevivir a la interpretación jurídica, ya que muchas atribuciones legales a una autoridad implican amplias discreciones³⁶.

B. Fuentes secundarias de Derecho

Las fuentes secundarias de Derecho son meramente persuasivas y no vinculantes en una jurisdicción. Puesto que Hong Kong tiene un sistema legal del *Common Law*, las fuentes secundarias incluyen cualquier cosa excepto la legislación (incluyendo la Ley Básica), el *case law*, el Derecho Consuetudinario chino (bajo ciertas circunstancias) y el Derecho Internacional (tratados). La fuente secundaria más útil y de mayor uso es la doctrina. Se puede encontrar en libros, revistas especializadas y publicaciones periódicas. Actualmente,

Investments; Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Región de Administración Especial de Hong Kong de la República Popular de China relativo a los Servicios Aéreos; Tratado de Libre Comercio entre Chile y Hong Kong, China; *Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China*; *Free Trade Agreement between the EFTA States and Hong Kong, China (EFTA States: Iceland, the Principality of Liechtenstein, the Kingdom of Norway, the Swiss Confederation)*.

³⁵ El principio de no devolución (*non-refoulement*) constituye la piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Actualmente, está consagrado en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. El artículo 33(1) de la Convención de 1951 establece: “Ningún Estado contratante expulsará o devolverá (‘refouler’) a un refugiado de ninguna manera a las fronteras de los territorios donde su vida o libertad se verían amenazadas a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política”.

³⁶ Ramsden, Michael, Dualism in the Basic Law. The First 20 Years, en: *Hong Kong Law Journal*, 2019, Vol. 49. Part 1. pp. 1 ss., especialmente pp. 1-16.

existen numerosos enlaces en internet mediante los cuales se pueden acceder a tales fuentes, así como a organizaciones relacionadas (profesionales, educativas, organizaciones no gubernamentales, etc.).

V. Instituciones judiciales

A. Principios y características

Antes de la transferencia de soberanía, el Comité Judicial del Consejo Privado del Rey (*Privy Council*) era el tribunal de apelación final de Hong Kong. El Comité Judicial no era un tribunal local sino un comité permanente del Consejo Privado, una institución británica que asesoraba al Rey. Bajo el derecho constitucional británico, el Comité Judicial actúa como un tribunal y escucha las apelaciones judiciales de las colonias británicas.

Por lo tanto, el Hong Kong colonial no disfrutó de la facultad de dictar sentencia definitivamente firme. Sin embargo, no hubo muchas apelaciones al Comité Judicial ya que existían condiciones estrictas para presentar una apelación. Las decisiones de los tribunales coloniales fueron de hecho definitivas en la mayoría de los casos, pero las decisiones de los tribunales ingleses eran vinculantes para los tribunales coloniales de acuerdo con el principio de *stare decisis* del *Common Law*³⁷.

Cuando la República Popular China recuperó el ejercicio de la soberanía sobre Hong Kong el 1 de julio de 1997, entró en vigor un nuevo orden constitucional en Hong Kong, basado en la política de “Un País, Dos Sistemas”. De esta forma, la RAEHK cuenta con un Poder Judicial independiente, con facultad para dictar sentencias definitivamente firmes e, inclusive, anular la legislación de su Poder Legislativo por incompatibilidad con la Ley Básica³⁸.

Los tribunales se restablecieron el 1 de julio de 1997, aunque algunos cambiaron de nombre. La Corte de Apelación Final (*Court of Final Appeal*) de RAEHK se estableció en esa fecha y reemplazó al Comité Judicial del Consejo Privado del Rey como la Corte de Apelación más alto de Hong Kong. Todos los jueces en funciones fueron nombrados por el Jefe Ejecutivo de la RAEHK el 1 de julio de 1997, y todos los procedimientos judiciales iniciados antes de esa fecha continuaron su curso en virtud de la Ordenanza de Reunificación de HK.

Las diferencias entre los sistemas legales de la RAEHK y la RPC son especialmente significativas en lo que se refiere a la autonomía judicial de la RAEHK. No solo las normas

³⁷ Tai, Benny, Judicial autonomy in Hong Kong, en: *China Information*, 2010, 24(3), pp. 295 ss., especialmente p. 298.

³⁸ Lo, Pui Yin, *Judicial Construction of the Basic Law: The Independent Judicial Power of the Courts of the Hong Kong Special Administrative Region*, Doctor of Philosophy Thesis, Hong Kong, The University of Hong Kong, 2011, p. 354.

y métodos legales aplicables, tales como los principios de interpretación jurídica, son diferentes, sino que los valores subyacentes y fundamentos normativos de los sistemas legales son sustancialmente diferentes. El Poder Judicial de la RAEHK mantiene un sentido de justicia constitucional heredado de la tradición del *Common Law*, el cual es diferente de la percepción china de constitución y justicia³⁹.

Aunque a la RAEHK se le concede un “alto grado de autonomía” y puede disfrutar incluso de más poderes autónomos que un gobierno estatal bajo un sistema federal, ese derecho a la autonomía de alto grado no es autonomía plena, sino que se trata de un poder de administración de los asuntos legales otorgado por el Gobierno Central⁴⁰.

Como se ha señalado *up supra*, uno de los principios característicos del *Common Law* es el debido proceso. En la RAEHK agrupa una serie de principios de defensa que han sido incorporados dentro de varias ordenanzas: Ordenanza sobre Declaración de Derechos de Hong Kong (*Hong Kong Bill of Rights Ordinance*), Ordenanza sobre Procedimiento Penal (*Criminal Procedure Ordinance*), Reglas de Asistencia Legal en Casos Penales (*Legal Aid in Criminal Cases rules*). La Ley Básica garantiza la preservación de estos derechos, que son:

1. Igualdad ante los tribunales;
2. Derecho a un juicio público y justo por un tribunal imparcial, independiente y competente establecido por ley;
3. Derecho a un juicio con jurado en los casos más graves;
4. Presunción de inocencia;
5. La carga de la prueba descansa en la acusación;
6. La prueba debe estar más allá de la duda razonable;
7. Derecho a una rápida y detallada información como a la naturaleza y a la causa de la imputación;
8. Tiempo adecuado para la preparación de la defensa del caso;
9. Derecho a una representación legal.

Otro principio esencial del *Common Law* de RAEHK es la presunción de inocencia, tal como lo ha reconocido el Consejo Privado (*Privy Council*) en *Kwan Ping-Bong v R* ([1979] HKLR 1) en una sentencia sobre una apelación. En este caso, Lord Diplock señaló:

³⁹ Tai, *Judicial autonomy...*, ob. cit., p. 299.

⁴⁰ Oficina de Información del Consejo de Estado de la República Popular China, Práctica de “un país con dos sistemas” en la región administrativa especial de Hong Kong, en: *Estudios Internacionales*, Universidad de Chile, 2014, No. 178, pp. 135 ss., especialmente p. 169.

No hay un principio del derecho criminal de Hong Kong más fundamental que el principio de que la acusación debe probar la existencia de todos los elementos esenciales del delito con que se imputa al acusado –y la prueba debe estar “más allá de la duda razonable”–, el cual exige un grado de certeza considerablemente mayor que una prueba sobre un mero balance de probabilidades.

Actualmente, la presunción de inocencia tiene un fundamento legal adicional en el artículo 11(1), Declaración de Derechos de Hong Kong (*Hong Kong's Bill of Rights*), que dice: “Todo aquél que sea acusado en un delito tendrá el derecho de ser presumido inocente hasta que se demuestre su culpabilidad de acuerdo a la ley”. De acuerdo con la presunción de inocencia, la regla general es que la acusación soporta la carga de demostrar la culpabilidad del acusado “más allá de la duda razonable”.

Un elemento importante del *Common Law* con relación al sistema judicial, es la institución del jurado. En Hong Kong, el juicio por jurado es una de las características más prominentes y está consagrado en el artículo 86, LB. Los jurados están formados por residentes de Hong Kong, a quienes se les ha tomado juramento para oír y dar el veredicto sobre una persona acusada en un caso penal y en algunas acciones civiles. Deliberando juntos y sin ninguna otra persona presente, deciden sobre los hechos en un caso sobre la base de las pruebas presentadas en el tribunal. No son expertos legales y son instruidos sobre puntos legales por el Juez de Juicio. La responsabilidad personal de cada miembro del jurado es asegurar que se haga justicia, y esta responsabilidad se extiende no solo a la persona enjuiciada, sino también a toda la comunidad de la cual ellos forman parte.

En los juicios penales, el Presidente del Jurado informa al Juez de Juicio en sesión pública del tribunal, delante de todos los miembros del jurado y en la presencia del acusado, si el jurado ha encontrado al acusado culpable o no culpable. En una investigación sobre un fallecimiento, el jurado decide la causa y las circunstancias conectadas con la muerte. Los delitos más graves (tales como homicidio, violación, tráfico de drogas, etc.) son tratados en la Corte de Primera Instancia (*Court of First Instance*) con un jurado de siete personas o, si lo ordena el juez, nueve personas.

Servir como jurado es una obligación de todo ciudadano de Hong Kong que esté calificado para ello. Los requisitos para servir como jurado son:

1. Ser mayor de 21 años, pero menor de 65.
2. No tener discapacidades tales como daños auditivos o visuales que le impidan servir como jurado.
3. Tener buen carácter.
4. Tener suficiente conocimiento del lenguaje usado en los procedimientos del tribunal (chino o inglés, según sea el caso).

En julio de 1995, la Ordenanza de Lenguas Oficiales (*Official Languages Ordinance*) fue enmendada para facultar a cualquier tribunal en Hong Kong para usar una o ambas lenguas oficiales (chino e inglés) en cualquier procedimiento ante este, según la conveniencia. Además, independientemente de que se use el chino o el inglés en los procedimientos, cualquiera tiene el derecho de usar la lengua de su preferencia para proporcionar pruebas y los tribunales deben proporcionar las facilidades para la interpretación.

B. Tribunales

En la RAEHK el tribunal más alto es la Corte de Apelación Final (*Court of Final Appeal*). Por debajo de este tribunal están la Corte Suprema (*High Court*), que comprende la Corte de Primera Instancia (*Court of First Instance*) y la Corte de Apelación (*Court of Appeal*); la Corte de Distrito (*District Court*) que incluye la Corte de Familia (*Family Court*); y la Corte de Magistrados (*Magistrates' Court*). Además, existen varios tribunales que tienen jurisdicción para resolver litigios relacionados con áreas específicas, tales como la Corte del Juez de Instrucción (*Coroner's Court*), la Corte de Menores (*Juvenile Court*), el Tribunal de Propiedades (*Lands Tribunal*), el Tribunal Laboral (*Labour Tribunal*), el Tribunal de Reclamaciones Menores (*Small Claims Tribunal*), y el Tribunal de Atentados contra el Pudor (*Obscene Articles Tribunal*)⁴¹.

1. Corte de Apelación Final (*Court of Final Appeal*)

La Declaración Conjunta y la Ley Básica garantizaron específicamente el establecimiento el 1 de julio de 1997 de una Corte de Apelación Final en Hong Kong, que reemplazaría el Comité Judicial del Consejo Privado del Rey (*Judicial Committee of the Privy Council*) en Londres, como tribunal de última apelación para Hong Kong. Tiene jurisdicción respecto a las materias conferidas por la Ordenanza de la Corte de Apelación Final de Hong Kong (*Hong Kong Court of Final Appeal Ordinance*), y por cualquier otra ley. De acuerdo a las disposiciones de la Ley Básica y la Ordenanza mencionada, los jueces de este tribunal son designados por el Jefe del Ejecutivo (*Chief Executive*), de acuerdo a las recomendaciones de una comisión independiente, y estas designaciones deben ser avaladas por el Poder Legislativo.

La Ordenanza de la Corte de Apelación Final de Hong Kong dispone que una apelación sea oída y decidida por la Corte que constituye el Juez Presidente (*Chief Justice*), tres jueces permanentes y uno no permanente de Hong Kong o un juez de otra jurisdicción del *Common Law*. Esta Corte oye las apelaciones de la Corte Suprema (*High Court*).

⁴¹ Wong, *The Legal System...*, ob. cit.

El 29 de enero de 1999, La Corte de Apelación Final decidió el primer caso después de la transición: Ng Ka Ling y otros v. Director de Inmigración. Se trató de un caso sobre Derecho de Residencia (Right of Abode). La Corte de Apelación Final identificó el propósito de la Ley Básica en tres partes: 1) establecer la Región Administrativa Especial de Hong Kong, 2) aplicar el principio “Un País, Dos Sistemas” con un “alto grado de autonomía”, y 3) cumplir con las políticas básicas de China con respecto a Hong Kong según lo establecido y elaborado en la Declaración Conjunta⁴².

2. Corte Suprema (*High Court*)

La Corte Suprema comprende la Corte de Apelación (*Court of Appeal*) y la Corte de Primera Instancia (*Court of First Instance*).

a. Corte de Apelación (*Court of Appeal*)

La *Court of Appeal* oye apelaciones sobre todos los asuntos, civiles y penales, de la *Court of First Instance* y la *District Court*, así como apelaciones del *Lands Tribunal*. También decide sobre cuestiones legales referidas por tribunales inferiores.

b. Corte de Primera Instancia (*Court of First Instance*)

La jurisdicción de la Corte de Primera Instancia es ilimitada tanto en asuntos civiles como penales. Los asuntos civiles incluyen divorcio, derecho marítimo, bancarrota, disolución de compañías, adopción, sucesiones e interdicciones por defecto intelectual. También oye apelaciones de la Corte de Magistrados, del Tribunal Laboral, Tribunal de Reclamaciones Menores y Tribunal de Atentados contra el Pudor.

3. Corte de Distrito (*District Court*)

La Corte de Distrito tiene jurisdicción limitada tanto en asuntos civiles como penales. Tiene jurisdicción civil para oír demandas monetarias sobre HK\$50.000, pero no mayor de HK\$1.000.000. Además, este tribunal tiene jurisdicción exclusiva sobre demandas producidas bajo la Ordenanza de Indemnización al Empleado (*Employees' Compensation Ordinance*), demandas para reintegro de impuestos bajo la Ordenanza de Hacienda (*Inland Revenue Ordinance*), y embargo por alquiler bajo la Ordenanza de Arrendamiento Inmobiliario (*Landlord and Tenant (Consolidation) Ordinance*). Las demandas de divorcio y solicitudes de adopción deben comenzar en el Corte de Distrito. El tribunal que maneja este último tipo de casos es la Corte de Familia (*Family Court*).

⁴² Kwan, *The Interpretation of the Basic Law...*, ob. cit., p. 139.

En su jurisdicción penal, la Corte puede tratar casos más graves, con excepción de algunos muy graves, como homicidio y violación. La pena de prisión máxima que puede imponer es de siete años.

4. Corte de Magistrados (*Magistrates' Courts*)

Los magistrados ejercen la jurisdicción penal, la cual cubre un amplio rango de delitos. Las penas máximas que pueden imponer son de dos años o multas de HK\$100.000. Sin embargo, un número creciente de ordenanzas otorgan a los magistrados competencia para imponer penas de prisión de hasta tres años y multas sustancialmente mayores (para algunas faltas hasta HK\$5 millones).

5. Corte del Juez de Instrucción (*Coroner's Courts*)

Esta Corte investiga sobre defunciones que ocurren como resultado de un accidente, violencia o bajo circunstancias sospechosas, como cuando una persona fallece repentinamente o cuando se encuentra un cadáver en o traído a Hong Kong.

6. Corte de Menores (*Juvenile Court*)

Esta Corte tiene jurisdicción para oír cargos contra niños (menores de 14 años) y personas jóvenes (edad comprendida entre 14 y 16 años) para cualquier delito diferente al homicidio. Los niños menores de 10 años se consideran que no han alcanzado la edad para ser responsables penalmente y, por lo tanto, ningún tribunal, incluyendo la Corte de Menores, tiene jurisdicción sobre los casos que involucren a los mismos. Sin embargo, esta Corte tiene competencia tratar casos de protección y cuidado de personas jóvenes hasta los 18 años.

7. Tribunal de Propiedades (*Lands Tribunal*)

Este Tribunal trata con casos de inquilinato y condominio. Además, el Tribunal oye solicitudes para la determinación de indemnizaciones causadas por la recuperación de terrenos, apelaciones contra los avalúos de justiprecios o valores en el mercado de inmuebles bajo la Ordenanza de Vivienda (*Housing Ordinance*).

8. Tribunal Laboral (*Labour Tribunal*)

Este Tribunal proporciona un método rápido, barato e informal para arreglar disputas entre patronos y trabajadores. No hay límite superior sobre el monto del reclamo, pero el tribunal solo oye casos cuya cuantía exceda de HK\$8.000 para al menos uno de los

demandantes en una sola demanda o si el número de demandantes en la misma sea más de diez. Las audiencias son informales y no se permite representación legal.

9. Tribunal de Reclamaciones Menores (*Small Claims Tribunal*)

Este Tribunal oye demandas monetarias menores que no excedan de HK\$50.000. La audiencia es informal y no se permite representación legal.

10. Tribunal de Atentados Contra el Pudor (*Obscene Articles Tribunal*)

Este Tribunal se creó con la Ordenanza sobre el Control de Artículos Indecentes y Obscenos (*Control of Obscene and Indecent Articles Ordinance*) que entró en vigor en 1987. Sus funciones son determinar si un artículo o cualquier cosa mostrada públicamente referida a este por un tribunal o por un magistrado son indecentes u obscenos; y clasificarlo como Clase I (no es obsceno ni indecente), Clase II (indecente) o Clase III (obsceno).

VI. Conclusiones

1. El sistema legal de la RAEHK está basado en el Common Law. La recepción del *Common Law* en Hong Kong fue consecuencia de haber sido colonia del Reino Unido durante 155 años. El *Common Law* de Inglaterra fue formalmente recibido en Hong Kong en 1844. A partir del 1 de julio de 1997, Hong Kong pasó a formar parte de la República Popular China como una Región Administrativa Especial y entró en vigor la Ley Básica.

2. El Derecho de la RAEHK está conformado por la legislación y el *case law*. La legislación comprende: 1) la Ley Básica; 2) las leyes nacionales de la RPC enumeradas en el Anexo III de la Ley Básica como aplicadas a la RAEHK; 3) las leyes vigentes antes del 1 de julio de 1997, excepto aquellas que contravengan la Ley Básica, y modificadas por el Poder Legislativo de la RAEHK; y 4) los estatutos promulgados por el Poder Legislativo de la RAEHK.

3. La característica más importante de la Ley Básica es el principio “Un País, Dos Sistemas”, según el cual no se aplicará el sistema socialista en la RAEHK, y el sistema capitalista anterior se mantendrá por 50 años.

4. El CPCPN y la CAF son los intérpretes dominantes de la Ley Básica. El CPCPN es un órgano político de la RPC y la CAF es una corte tradicional del *Common Law* en la RAEHK. La facultad del CPCPN para interpretar la Ley Básica es general, mientras que la facultad de la CAF está limitada por el Artículo 158(2) y (3), LB.

5. La facultad de enmienda de la Ley Básica está conferida al Congreso Popular Nacional. La facultad de proponer peticiones de enmiendas a la Ley Básica está conferida al CPCPN, al Consejo de Estado y a la RAEHK.

6. La característica más importante del *Common Law* de la RAEHK es la doctrina del precedente en las sentencias de los tribunales, el cual no está limitada a las decisiones judiciales dentro de la RAEHK, sino al *case law* de todas las jurisdicciones del mundo del *Common Law*. Además, la Corte de Apelación Final y el Poder Judicial de la RAEHK tienen la facultad de invitar jueces de otras jurisdicciones del *Common Law* para participar en los procesos judiciales.

7. El componente mayor de las leyes de la RAEHK está constituido por los estatutos, que consisten de ordenanzas que han pasado por el procedimiento legislativo del Consejo Legislativo de la RAEHK. Además, algunas legislaciones han sido elaboradas bajo potestad delegada. Esto se conoce como legislación subsidiaria. Por ejemplo, una ordenanza puede delegar al Jefe Ejecutivo, con la asesoría del Consejo Ejecutivo, la facultad de regular los detalles de la ejecución de un proyecto legislativo.

8. Algunos aspectos del Derecho Consuetudinario chino se aplican en la RAEHK. Por ejemplo, bajo la Ordenanza de los Nuevos Territorios, los tribunales pueden reconocer y ejecutar derechos subjetivos consuetudinarios con relación a las tierras en los Nuevos Territorios.

9. Más de 225 tratados multilaterales se aplican en la RAEHK. Un tratado no forma parte del Derecho de la RAEHK hasta que entre en vigor mediante legislación. Sin embargo, puede afectar el *Common Law*. Por ejemplo, un tribunal puede recurrir a un tratado como una ayuda para interpretar cierta ordenanza. Las normas del Derecho Consuetudinario Internacional pueden ser absorbidas dentro del *Common Law*.

10. Los tribunales mayores de la RAEHK son: la Corte de Apelación Final, la Corte Suprema (comprende la Corte de Apelación y la Corte de Primera Instancia), la Corte de Distrito (incluye la Corte de Familia), y la Corte de Magistrados.

11. Existen varios tribunales que tienen jurisdicción para resolver litigios relacionados a áreas específicas, tales como la Corte del Juez de Instrucción, la Corte de Menores, el Tribunal de Propiedades, el Tribunal Laboral, el Tribunal de Reclamaciones Menores, y el Tribunal de Atentados contra el Pudor.

12. La Ordenanza de Lenguas Oficiales permite a cualquier tribunal de la RAEHK usar una o ambas lenguas oficiales (chino e inglés) en cualquier procedimiento, según la conveniencia. Sin importar que se utilice el chino o el inglés en los procedimientos,

cualquiera tiene el derecho de utilizar la lengua de su elección para proporcionar pruebas. El tribunal debe proporcionar facilidades para la interpretación.

13. Sin duda, Hong Kong representa un interesante y único experimento sociológico, donde una sociedad liberal capitalista retorna a un Estado socialista bajo la dictadura democrática popular⁴³. A pesar de algunas controversias, como el caso de Derecho de Residencia (*Right of Abode case*) de 1999, las protestas en 2003 contra el artículo 23 de la Ley Básica, las protestas en 2014 contra la reforma electoral del Congreso Popular Nacional, las protestas en 2019 contra el Proyecto de Ley sobre Delincuentes Prófugos y Asistencia Judicial Recíproca en Materia Penal (Enmienda) (*Fugitive Offenders and Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Legislation (Amendment) Bill*) y las protestas en 2020 contra la Ley de la República Popular de China sobre la Salvaguardia de la Seguridad Nacional en la Región Administrativa Especial de Hong Kong (*Law of the People's Republic of China on the Safeguarding National Security in the Hong Kong Administrative Region*), hasta ahora el principio “Un País, Dos Sistemas” ha funcionado bien. Pero mantener esta coexistencia pacífica no es fácil. Aún quedan problemas por resolver como la incógnita de lo que ocurrirá en el 2047, cuando se cumplan los referidos 50 años.

14. Después del 30 de junio de 2047, un escenario de cambio radical no es necesariamente el más probable. Mucho dependerá de las decisiones que tomarán las próximas generaciones de líderes chinos en las décadas por venir., equilibrando las ventajas y desventajas de mantener o cambiar el sistema actual de Hong Kong. Es conveniente recordar que antes del 1 de julio de 1997, hubo muchos pronósticos apocalípticos de cambios radicales que se esperaban que ocurrirían en Hong Kong inmediatamente después de la reanudación de la soberanía de China. Esos cambios radicales no se materializaron, sino que más bien ocurrió un alto grado de continuidad, especialmente en el sistema legal de Hong Kong. Aunque es prematuro, no hay razones para esperar que necesariamente el 2047 sea diferente⁴⁴.

⁴³ Artículo 1. Constitución de la República Popular de China, ob. cit.

⁴⁴ Gittins, Danny, What will happen to Hong Kong after 2047?, en: *California Western International Law Journal*, 2011, Vol. 42, No. 1, pp. 37 ss., especialmente p. 59.