

# Metodología y técnicas en el Derecho Comparado

Laureano Gómez Serrano



## **METODOLOGÍA Y TÉCNICAS EN EL DERECHO COMPARADO**

AUTOR: LAUREANO GOMEZ SERRANO  
FECHA DE RECEPCIÓN: Octubre de 2009.  
DIRECCIÓN: lgomezse@unab.edu.co

RESUMEN: La presente ponencia es producto de la Investigación titulada "Las Fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico colombiano", del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas y ha sido presentada y expuesta en el PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA, de la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA, los días 25 y 28 de noviembre de 2009.

PALABRAS CLAVE: Hermenéutica jurídica, Derecho Comparado, Microcomparación y macrocomparación, Jurisdicción, Internacionalización de las relaciones jurídicas, Sistemas y Regímenes jurídicos, Legislación.

ABSTRAC: The present paper is an investigation`s product, entitled: "Law`s sources of the colombian law sistem", from the Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, and this paper have been present and expose on the FAMILY LAW MAGISTER PROGRAM, from the UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA LAW SCHOOL, the 25 and 28 november of 2009.

KEY WORDS: Legal hermeneutic, Law compare, Microcompare and macrocompare, Legal, Internationalize of the legal relationship, Legal Systems and Regimes, Legislation.

# Metodología y técnicas en el Derecho Comparado<sup>1</sup>

---

Laureano Gómez Serrano

**“No existirán leyes distintas en Roma y Atenas, ni diferentes disposiciones legales ahora y en futuro, sino que una misma e idéntica ley será válida en todos los países y en todos los tiempos”**  
CICERON<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN



niciarnos en el estudio del Derecho comparado implica despegar las velas jurídicas para partir del puerto seguro de la dogmática reflexión sobre el derecho nacional, hacia los mares azarosos de los regímenes jurídicos foráneos.

Proponemos entonces, las aventuras y emociones de una travesía, de un periplo por lejanos confines del derecho, abandonando nuestras pretensiones de conocer el mundo cerrado y autónomo del derecho nacional, para penetrar en el universo abierto de la jurisdicción, para comprender que solo constituimos una partícula que discurre en un tiempo infinito, que somos un corpúsculo inserto en una estructura muy compleja de sistemas jurídicos, que simultáneamente nos presentan diferencias y semejanzas, que con sus múltiples interacciones se autoconstruyen permanentemente.

No obstante partir hacia tierras ignotas, la seguridad de nuestro viaje es demarcada por una estrella que orienta la ruta y garantizada por un instrumental de uso común en todos los sistemas jurídicos.

Existe un horizonte hermenéutico, común a todos los juristas del orbe y un instrumental de trabajo depurado que pone de presente semejanzas y disimilitudes de todos los ordenamientos jurídicos, que conocemos como técnicas del derecho comparado.

---

<sup>1</sup> La presente ponencia es producto de investigación del Grupo de Investigación de Hermenéutica Jurídica, dirigido por LAUREANO GÓMEZ SERRANO.

<sup>2</sup> CICERÓN, Obras completas, Aguilar S.A. Madrid, 1951.

Ya en Aristóteles encontramos la referencia al carácter directriz de la Hermenéutica Jurídica: **“Cuando la Ley está redactada en términos generales pero surge un caso que no está previsto por el precepto general, si la disposición del legislador es inadecuada por su excesiva simplicidad, es justo corregir la omisión que el mismo legislador admitiría si estuviese presente y que hubiese hecho constar en la ley si lo hubiese conocido.”**<sup>3</sup> Y tanto en el Sistema Jurídico Continental Europeo, en el Sistema Jurídico Anglosajón, o en los sistemas orientales, tengan o no un referente escrito, los juristas siempre acudirán al oráculo hermenéutico en procura de la luz que ilumine la decisión del caso concreto.

De otra parte, la disciplina jurídica ha elaborado de manera racional y sistemática un conjunto de técnicas e instrumentos para el análisis comparativo de los distintos órdenes jurídicos, ha estructurado los fines propuestos por esta área del conocimiento legal, y definido los patrones estructurales de los diferentes sistemas legales.

Así entonces, pretendemos exponer de manera sucinta los principales problemas que tendremos que abordar en el estudio comparativo de las diferentes legislaciones, y mostrar el instrumental que nos permitirá transitar seguramente por sus senderos, construido por esa rama del derecho denominada DERECHO COMPARADO, muy olvidada en nuestro medio, lo cual nos ha aislado del concierto jurídico universal, y que es preciso rescatar ahora, en que las crecientes manifestaciones de la existencia del mercado mundial, en el orden de lo jurídico se nos expresan como una avasallante invasión de disposiciones foráneas.

La comparación de sistemas jurídicos tiene vetusto arraigo en diferentes pensadores y sus obras desde la Política de Aristóteles o los Diálogos de Platón, en el Espíritu de las Leyes del Barón de Montesquieu, o en la propuesta de Francis Bacon de elaborar un estudio comparativo de los derechos Inglés y Escocés; pero adquiere en el siglo XIX, inigualable impulso gracias a Zacharías y Mittermaier en 1829 en la Crítica del Derecho, a Henry Summer Maine con sus Leyes Antiguas, con la creación de la Cátedra de Derecho Comparado y la fundación de la Sociedad de Derecho Comparado en París en 1859 por Laboulaye, así como el célebre llamado de Feuerbach, para que los juristas a semejanza de los anatomistas, tuviesen una disciplina comparada.

Los doctrinantes del Derecho Comparado, suelen determinar tres períodos en su formación:

El primero, ubicable dentro de los años de 1800 y 1850, caracterizado por los intentos de formación de la disciplina, gracias a la labor pionera de Feuerbach, Zacharías y Mittermaier, las influencias Kantianas y Hegelianas en el mismo y la aguda oposición de la Escuela Histórica Alemana.

---

3 ARISTÓTELES, La Política. Obras Completas, Aguilar S.A. Madrid, 1951

El segundo, corrido de 1850 a 1900, caracterizado por la erección del Derecho Comparado como disciplina autónoma, en las obras de Amari, Azcárate y Bevilacqua, la constitución de las Sociedades del Derecho Comparado, la publicación de revistas especializadas, y la aplicación de las técnicas de la etnología a los estudios jurídicos.

El tercero, a partir del siglo XX, después del Congreso de Derecho Comparado de París en 1900, retomando gran impulso gracias a la obra de Salelilles, quien pretende convertirlo en un instrumento de Política Jurisprudencial, es decir, postulando su función hermenéutica, y los aportes de Del Vecchio, Von Listz, Radbruch, Meyer, Lambert, Rottondi, Rabel, Mayer, Kholer, Roguin, Sausser-Hall, David, Neumayer, en el Viejo Continente, Gutteridge, Lawson, Anderson, Brown en Inglaterra y Roscoe Pound en Estados Unidos, citando sólo algunos de los más relevantes, hasta la creación de las Universidades Internacionales de Derecho Comparado, como la de Estrasburgo, y diversos institutos como el de París, Lyon, Múnich, Córdoba y México.

En el apasionante proceso histórico de formación del Derecho Comparado, se ha generado una progresiva ruptura de los marcos jurídicos nacionales al compás de la internacionalización del capital, demandándose, por ende, la necesidad de una homogeneización de las estructuras normativas en el planeta; en el presente trabajo vamos a examinar algunas especificidades de la disciplina en relación con el estudio de las Instituciones del Derecho de Familia.

## I. LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN

CARLOS MARX inicia su capítulo primero de El Capital con la célebre frase: “**la sociedad capitalista es un inmenso arsenal de mercancías...**”, poniendo de presente la tendencia del modo capitalista de producción de homogeneizar en un solo mercado mundial las relaciones económicas del planeta, en el cual la fuerza del bajo precio de las mercancías arrasa con todo tipo de barreras nacionales, de tal manera que ni siquiera la Gran Muralla China, podía detener su incontenible avance.

Hoy, cuando el pragmatismo neoliberal se ve acorralado por una de sus recurrentes crisis, sus gestores no han dudado en recurrir, aún cuando de manera vergonzante, por vía de los esguinces Keynesianos, al derribo de todo rasgo distintivo nacional que entorpezca la circulación de mercancías; por tanto, hablar de derechos nacionales es considerado en el ámbito jurídico como una desuetud.

Volviendo los ojos al pasado, algunos añoran la universalidad del Derecho Romano en las relaciones civiles, y la del Derecho Canónico en el Derecho de Familia; empero ni la rueda de la historia da marcha atrás, ni el desarrollo futuro del derecho transita sendas de retorno; la universalización de que ahora se trata, no hace más que seguir las leyes del mercado, generando relaciones jurídicas homogéneas en respuesta a relaciones económicas homogeneizadas.

No obstante, tampoco podemos mitificar el proceso, olvidando los ingentes problemas políticos, económicos y sociales que él conlleva; la caída del muro de Berlín, hace ya veinte años, sólo se ha traducido, en tratándose de la circulación de la fuerza del trabajo, en la erección de la gran barrera invisible de los pasaportes y visados que se complementa con los vallados de la frontera mexicana-norteamericana o el cerco del Estado de Israel a los palestinos de Gaza y Cisjordania.

Sin embargo en nuestro país, somos testigos de excepción del avance incontenible, consciente o inconsciente, de normatividades, estilos jurídicos y hasta decisiones jurisdiccionales foráneas que se imponen sobre la nuestra dejándonos sumidos en la perplejidad por no comprender este inexorable proceso.

Y para comprenderlo es necesario que los juristas se hallen dotados de los instrumentos necesarios que les permitan asimilar sus elementos vitales, compatibles con nuestra estructura jurídica, nuestra idiosincrasia, y para rechazar todo aquello que nos sea nocivo, que nos subyugue o demerite en el concierto universal; para ello el Derecho Comparado, desde la tripartita visión de su objeto, fin y método, puede facilitarnos un mirador que nos permita atisbar anteladamente las embarcaciones foráneas que pretenden arribar a nuestro puerto.

El Derecho Comparado se propone, por su objeto, confrontar el conjunto de las reglas de derecho y de las prácticas judiciales y extrajudiciales del mundo, desde la perspectiva de sus Fuentes de Derecho.

La finalidad está dada por la búsqueda de las corrientes universalizadoras del pensamiento humano a partir de las instituciones jurídicas acogidas y consagradas por los diferentes estados, y las tendencias fundamentales de su movimiento.

Desde el punto de vista metodológico, implica la confrontación permanente de las reglas nacionales con las extranjeras, observando sus confluencias y discrepancias, estudiando no sólo sus efectos sino determinando sus causas.

## **2. EL DERECHO DE LOS PAÍSES EXTRANJEROS**

La Comparación nos permite constatar la existencia de un complejo proceso de imbricación del derecho nacional con el de otras naciones, que se concreta en la incorporación progresiva de normas internacionales al ordenamiento interno; determinado por los siguientes presupuestos<sup>4</sup>:

i) La globalización implica intercomunicación jurídica, la circulación de mercancías en el mercado mundial que se propicia desde los organismos internacionales determina que las relaciones que expresan jurídicamente su movimiento deban homogeneizarse para superar las colisiones que entrarían los procesos de intercambio mercantil

4 BREYER, Stephen; en el Prefacio a *Juzgar en Estados Unidos y Francia*; editorial Odile Jacob, París, 2003.

li) La protección de los Derechos Fundamentales de los sujetos de derecho ha de ser internacional; en efecto, la universalización de los agentes del mercado se desarrolla a la par con la libre circulación de mercancías, generando nuevos problemas materiales y jurídicos, como los que implican la necesaria traslación de los representantes del capital a todos los lugares del planeta, la migración masiva de las poblaciones de los países pobres del sur del hemisferio hacia los países ricos del norte, la confluencia de razas y el mestizaje.

El efecto de expansión de los Derechos Fundamentales, se ha traducido en el tratado de Roma, en la institución de la Corte Penal Internacional, para someter a juicios a los autores de crímenes contra la Humanidad, mientras que en la comunidad europea se creó la Corte de Estrasburgo para encomendarle los litigios sobre Derechos Fundamentales de los ciudadanos europeos ante las vulneraciones de los estados miembros; la Constitución colombiana de 1991, incorpora este principio en su artículo 93<sup>5</sup>

iii) El desarrollo económico, las crisis del mercado, los problemas económicos, la ecología, el desarrollo de la tecnología como es el caso de “Internet”, han roto las fronteras nacionales para convertirse en fenómenos que impactan todos el globo terráqueo y a la población mundial: “el aleteo de una mariposa en China, puede desatar una tormenta en el desierto del Sahara.....Un segundo de pánico en la Bolsa de valores en Nueva York o en Hong Kong, puede causar un desastre económico en Alemania o una hambruna en el África ecuatorial.”

iv) Los Jueces de todas las naciones utilizan métodos, técnicas y argumentaciones similares en casos análogos: ante problemas similares, empiezan a dar respuestas similares.

La construcción de la Comunidad Económica Europea a partir de los años cincuenta del siglo XX, y su interrelación con el mercado Norteamericano y Asiático ha generado una comunicación directa y creciente entre el **Common law** y el derecho continental europeo del **Civil law**, poniendo de presente sus raíces, similitudes y diferencias, planteando sincretismos antes insospechados.

---

5 Constitución Política de Colombia, artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

Así por ejemplo, cuando en 1996 se planteó una reforma al sistema de peritaje Inglés, influenciada por el derecho Francés, y a su vez, esta ha repercutido en los juristas norteamericanos afiliados a la *American Bar Association* (ABA), que la han encontrado esta forma del peritaje como un mecanismo eficaz y mejor adaptado a la diversa variedad de los asuntos que plantea el comercio internacional.

De contera, en los tribunales franceses también se han aceptado elementos pragmáticos de los peritajes técnicos, muy usuales en la cultura jurídica norteamericana, como en el caso de la acción de la liga contra el racismo y el antisemitismo contra Yahoo, para impedir el uso de la red en la difusión de símbolos y objetos nazis, que concluyó con un "**acuerdo técnico**" sin abocar los asuntos de "fondo", decisión exótica en la cultura jurídica francesa<sup>6</sup>.

En el Canadá francófono, mientras sus jueces empezaban a plantearse el tema de la concreción del principio de "**Fraternidad**" en sus leyes civiles, de manera simultánea en USA la Corte Suprema de Justicia admitía la "**discriminación positiva**" o "**affirmative actio**" frente al principio de Igualdad garantizado como "**equal protección of the law**" por la Constitución de los Estados Unidos.

En efecto, en el caso de la selección de estudiantes por una Universidad estatal, en la cual se asignaron cupos a minorías raciales (negros, indígenas, judíos), se planteó el problema de sí tener en cuenta el origen étnico para favorecer la admisión, ¿viola el principio de Igualdad?

Así, entonces, se contrastó **Affirmative action** en relación con el principio de Igualdad (**equal protección cause**), a efecto de compensar discriminaciones pasadas; con el principio de Libertad, ya que la universidad puede ejercer su libertad de buscar la diversidad; y con el principio de Fraternidad, ya que la heterogeneidad racial fortalece el sistema, cuando, por el contrario, la homogeneidad divide a la sociedad; en su conclusión la Corte de USA determina que la solidaridad social en la democracia es expresión del principio de Fraternidad.

Hoy, se ponen al orden del día en todos los países los fenómenos de globalización de la cultura jurídica y la procesalización de la vida como expresión de una sociedad conten-ciosa; así, por ejemplo, han tomado relevancia los procesos por acoso sexual, acoso laboral, las demandas por práctica médica, la extensión del sistema penal acusatorio y el otorgamiento de privilegios al procesado que confiesa; así como en el derecho económico las instituciones del gobierno empresarial y los "Códigos de buen gobierno".

### 3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

Si la finalidad de la disciplina es poner de presente los elementos comunes de las diferentes normatividades estatales, en procura de encontrar los cauces de su convergencia, como lo señalan Garfapon y Papadopoulos,

---

6 BREYER, Stephen. *Op., cit.* Prefacio XIII.

**“Nos creemos iguales pero somos diferentes; pensamos que queremos decir las mismas cosas con las mismas palabras -que un *judge* es un juez, que el *trial* es un proceso, por ejemplo- sin comprender que éstas provienen de representaciones colectivas muy diferentes, y que son más complicadas al no ser explícitas..”<sup>7</sup>**

La construcción de un modelo convergente, que permita superar las contradicciones, poniendo de presente las semejanzas y las diferencias, haciéndolas explícitas, a través de un diálogo que permita el reconocimiento mutuo, que reconozca la relatividad de las instituciones del **common law** y del **civil law**, que examine sus raíces comunes como lo son el derecho romano y el capitalismo, que realice la interpelación recíproca de sus problemas y soluciones, que comprenda plenamente sus fracturas, riesgos y riquezas; como lo señala Ricoeur, **“La comprensión, es una terrible aventura en la que todas las herencias culturales corren el riesgo de zozobrar en un sincretismo vago”<sup>8</sup>**.

Desde la perspectiva de la convergencia, podremos comprender mejor el significado que en el mundo occidental ha tomado la esfera de lo mercantil en el **common law**, en el cual se plantea una plena libertad de realización de los **business**, y la esfera de lo público en el **civil law**, frente al Negocio Jurídico, que le permite excluir ciertos bienes del comercio, o limitar la libertad contractual por razones de orden público, que tienen expresiones en casos como el de **“el enano bala y la dignidad humana”** en Francia<sup>9</sup>, los contratos de arrendamiento de vientres, los matrimonios homosexuales, o la pena de muerte en USA.

Este modelo convergente, nos permite apreciar también, los efectos que el modelo codificador ha tenido en el derecho angloamericano, hasta el punto que en USA se ha expedido el **Uniform commercial Code**, y en Inglaterra se propugna por codificar la jurisprudencia sobre **tort y contract**.

El derecho continental como el derecho anglosajón, abrevan en la fuente común del derecho romano, expresan la tradición jurídica de Occidente, que mantiene puntos de contacto en su progresiva construcción, unas veces del centro hacia la periferia, otras en sentido inverso, unas veces privilegiando el Derecho de los Jueces (**Judge made law**) como en Inglaterra, otras el Derecho de los Funcionarios, como en Francia, que convergen en el principio de independencia del poder judicial, en procura de seguridad jurídica; como ya lo señalaba JHERING, en El espíritu del derecho romano:

---

7 GARAPON, Antoine y PAPADOPOULUS, Ioannis; Juzgar en Estados Unidos y en Francia; LEGIS editores, Bogotá, 2006, Introducción, xviii.

8 RICOEUR, Paul; Historia y verdad; Seduil, París, 1964.

9 Consejo de Estado Francés, sentencia del 27 de octubre de 1995. Comuna de Morsng-sur-Orge: “El lanzamiento de un enano en un espectáculo público, atenta contra la dignidad humana.”

**“Mientras que las reglas se revelen en el primer momento, mientras que las instituciones y las definiciones de derecho se denuncien ellas mismas en su aplicación práctica, las fuerzas motrices del derecho se ocultan en lo más profundo de su esencia íntima. Éstas sólo actúan poco a poco, infiltrándose, es cierto, dentro de todo el organismo, pero sin manifestarse en ninguna parte de una forma lo suficientemente evidente para que puedan necesariamente ser percibidas...Éstas no son reglas sino cualidades, rasgos del carácter de instituciones jurídicas, ideas generales que no son susceptibles por ellas mismas de ninguna paliación, pero que han ejercido una influencia determinante sobre la formación de las reglas prácticas del derecho.”<sup>10</sup>**

El modelo convergente ha de permitir comparar no sólo las leyes y las soluciones jurídicas, sino sus presupuestos fácticos, que subyacen en la cultura en la cual se desarrollan las instituciones, tomándolas en su conjunto, comparando las leyes, las soluciones jurídicas, los procedimientos y de las prácticas legales ya que la comparación no debe limitarse al derecho dogmático, esto, es a realizar una verificación de los textos vigentes, sino que es preciso examinar la cultura jurídica que le sirve de sustento; como lo decía el Barón de la Brede y Montesquieu: **“No es suficiente comparar cada una de las leyes; es necesario tomarlas todas juntas y compararlas en conjunto.”<sup>11</sup>**

Los sistemas jurídicos tienen en su origen una divergente percepción de la fuente del poder público, mientras en el derecho norteamericano es la Constitución la que organiza el sistema jurídico, de la cual el juez es el intérprete, en el derecho francés la fuente del ordenamiento no es jurídica sino política, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que constituye la columna medular de la República, y eso se expresa en la concepción de que los jueces son meros ventrílocuos de un legislador racional que expresa el interés general.

El estudio de la **“praxis”** jurídica permite determinar que sus protagonistas<sup>12</sup> son distintos en las diferentes culturas jurídicas, en Inglaterra, son los Jueces, los legisladores en Francia y los profesores en Alemania; mientras que en el **civil law** el Juez es activo y sujeto a reglas, en el **common law**, es pasivo, no actúa, su misión es preservar la regla.

---

10 JHERING, Rudolph, von; El Espíritu del Derecho Romano en las diferentes fases de su desarrollo; Forni editores, Bologne, 1969.

11 MONTESQUIEU, Charles de Secondant, barón de; El Espíritu de la Leyes; LXXIX, Cap. Xi; Oxford University Press, México, 1999.

12 CAENGEM, R. C. van; Judges, legislators and Professors. Chapter in European Legal History; Cambridge (RU), Cambridge, University Press, 1987.

Así mismo, el jurista tiene actitudes, creencias, percepciones, valores y diferencias en los distintos sistemas jurídicos, mientras en el **civil law**, debe actuar en un campo donde el escrito, el expediente y el secreto son las características dominantes, en el **common law**, la cultura oral, la audiencia y la transparencia constituyen el ámbito de su actuación.

La práctica judicial tiene por objeto la producción de la verdad mediante el cuestionamiento de los hechos, a través de la investigación de los mismos y de las pruebas recaudadas que han de presentarse en el juicio con la finalidad de imponer una pena, es en todas las culturas un dispositivo que a la vez que racional, es simbólico, rodeado de una parafernalia que permite distinguir entre el Juez que condena a muerte, el verdugo que la ejecuta, o el carnicero que **“in situ”** se toma la justicia por propia mano, todos ellos con el mismo resultado, pero mediante distintos procedimientos.

Así, el proceso se configura como un camino abierto para trascender el sistema de ordalías y juramentos, donde se hace necesario responder de manera coherente a preguntas planteadas para auscultar la verdad, los anglosajones lo hacen poniendo el énfasis en la prueba, en el Juicio por Jurados o del **“Adversary Trial”** que constituye el sustrato del sistema acusatorio, mientras que los continentales europeos lo ponen en la investigación, como un vestigio del ritual inquisitivo ; por las formas, el ritual del primero es parlamentario; en el segundo, es una **“mise en escene”**; como lo dice Michel Foucault,

**“ Las prácticas judiciales, son las formas mediante la cual, entre los hombres, se dirimen los errores y responsabilidades (...) la forma (...) a través de la cual los hombres pueden ser juzgados en función de los errores cometidos; la forma mediante la cual se impone a unos hombres la reparación de sus acciones y la punición de otras...”**<sup>13</sup>

El examen de las distintas vertientes nos permite comparar sus orígenes, sus relaciones con el poder y las formas de gobierno, la preponderancia de la **“norma”** que expresa la voluntad del poder, o del **“derecho”** como idea generatriz que antecede al poder y lo limita, mediante acciones colectivas que van más allá de los simples balances o contrapoderes conocidos como **“checks and balances”**.

Así, por ejemplo, en relación con el principio esencial del llamado “Estado de Derecho” es el respeto al procedimiento legal, o regular, **“conforme a derecho”**, y que constituye una autolimitación al poder, para sujetarlo a deberes y comportamientos determinados por normas superiores, ante cuya ausencia se configura el **“estado policía”**, aquel que se atribuye sólo poderes, pero no se sujeta a deberes.

---

13 FOUCAULT, Michel; La verdad y la formas jurídicas; Gallimard, París, 2001, página 1411.

Los anglosajones, se refieren a la “**primacía del derecho**”, expresando que el derecho, en su doble acepción de regla y regularidad, debe inspirar toda acción pública o privada, asumiendo una forma predeterminada que la purgue de arbitrariedad, por tanto, en el **Rule of law** o **due process of law** la justicia no ha de depender del juez, sino de la regla previsible, por ello “**en este sentido, mejor valdría una regla injusta pero previsible, que una justicia que dependa de la personalidad de un juez.**”<sup>14</sup>

#### 4. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

El mercado mundial determina la internacionalización de las relaciones jurídicas; el sistema jurídico que regula las relaciones entre las partes que intervienen en el circuito económico mundial, trasciende las regulaciones nacionales para postular la necesidad de que temas como la validez de los contratos, las mutaciones fácticas de la circunstancias en la ejecución de los mismos, los hechos de la naturaleza, los riesgos de la negociación y la transferencia de los bienes, o las distancias que separan a las partes, a los acreedores de los deudores, reciban un tratamiento jurídico especial, que suponga la superación del estricto marco del derecho particular de un Estado, que homogenice las soluciones de los conflictos, superando la diversidad de leyes, a fin de generar un pleno equilibrio entre las partes que garantice la realización del libre mercado.<sup>15</sup>

Empero, la internacionalización de las relaciones jurídicas no sólo se da por la arista de las mercancías, la circulación de los sujetos de derecho por todo el planeta determina la generación de colisiones entre los derechos nacionales, entre las normas que persiguen al súbdito y las normas que se aplican en un determinado país, entre las que hacen parte de sus garantías y las que le imponen cargas y obligaciones; bastaría señalar la controversia que se suscita en el caso de una madre española convicta en USA por el secuestro de su hija en USA, mientras que los abuelos maternos detentan legalmente, en su nombre, la custodia de la menor en España.

El proceso de internacionalización de las fuentes ha sido largo y tortuoso, va desde la institucionalización de las **profesiones iuris** medievales, en cuya virtud las partes escogen el sistema jurídico, hasta la construcción de verdaderas normas internacionales de carácter supranacional, pasando obviamente por la llamada **lex mercatoria**, que produjo la universalización de los usos comerciales y de navegación (**Lex Rodhia de lactu**), así como el proceso de centralización y universalización de los principios del **common law** y del sistema romano-germánico.

---

14 GARRAPON y PAPAPOULOS; *Op, cit*, página 24.

15 AUDIT, Bernad; La internacionalización de las fuentes (Convenciones y codificaciones privadas internacionales), en *Le contrat: Problèmes actuels, perspectives et évolutions*; UEC, Bogotá 2007. El autor es profesor en la Universidad París II (Panteón-Assas)

En la llamada “**época moderna**”, podemos destacar los siguientes hitos:

- i) La UNIDROIT (Internacional Institut For Unificati3n Of Private Law), creada en 1929 y reestablecida en 1940, construye las Convenciones de la Haya de 1964, sobre compraventa y venta internacional.
- ii) La creaci3n de la Comisi3n de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDCI) en 1966.
- iii) La Convenci3n de Viena sobre la Venta Internacional de Mercancías; (CVIM) en 1980, suscrita por 65 estados miembros y que en Colombia entr3 en vigencia a partir del 1º de agosto de 2002.
- iv) La expedici3n de los Principios relativos a los contratos del comercio internacional de 1994 y 2004, por parte de la UNIDROIT.
- v) La expedici3n de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos- por parte de la Comisi3n O Lando. (Dinamarca)
- vi) La expedici3n del C3digo Europeo de los Contratos, redactado por la Academia de Privatistas europeos, dirigida por Gandolfi (U de Pavía).

Así mismo, se ha producido una Internacionalizaci3n organizada, mediante convenios que establecen una ley uniforme, esto es, a la regulaci3n de relaciones internacionales que a la simple unificaci3n de los derechos internos de los Estados, y que se caracteriza por:

- i) Convenios que establecen una ley uniforme, eliminando la diversidad de ordenamientos internos; sin embargo, su aplicaci3n presenta múltiples dificultades, ya que los Estados se manifiestan reticentes a abandonar sus potestades sustituyendo sus normas nacionales por disposiciones que en muchos casos, en principio, pueden parecer ex3ticas.
- ii) Generaci3n de reacciones imprevistas en la armonizaci3n de los Derechos internos y las relaciones internacionales, que colisionan con el vnculo sistémico del conjunto normativo interno.
- iii) Surgimiento de divergencias en la aplicaci3n de las Jurisprudencias nacionales.

Ante las dificultades que ofrece en términos inmediatos la implantaci3n de una ley uniforme internacional, se abre la perspectiva de una regulaci3n uniforme de las relaciones internacionales, que aproxime los elementos internos con los internacionales, regulando aspectos puntuales como el transporte, los contratos de **leasing**, de **factoring** , o la compraventa, en la perspectiva de la ejecuci3n de un programa mínimo, desechando o, al menos, aplazando la realizaci3n del proyecto definitivo.

Entre sus características más importantes se pueden señalar:

- i) Definición de la internacionalidad, que permita superar las diferencias entre las normas uniformes y las de un estado al cual está ligada estrechamente la operación; por ejemplo, cuando el vendedor que se halla en un Estado, debe extender una garantía aplicable en otro, o, cuando ambas partes se hallan en Estados diferentes a aquel en que se realiza la enajenación.
- ii) Interpretación uniforme y buena fe, así como la referencia a la jurisprudencia extranjera como fuente de interpretación; de acuerdo con el artículo 7.1 de CVIM: **“En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta el carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.”**<sup>16</sup>
- iii) La reciprocidad.
- iv) Las leyes nacionales imperativas (leyes de Policía), excluyendo las normas nacionales imperativas, como las de validez de los contratos o de sus estipulaciones, a efecto de garantizar el respeto de la integridad del consentimiento (casos de error o *mistake*, y de dolo o *misrepresentation*).
- v) Reglas de exclusión por voluntad expresa de las partes. (Parcial/ total o de ***Opting out/ Opting in.***) dando prevalencia al principio de autonomía de la voluntad de las partes. (Convenios de Roma y de La Haya). El artículo 6º de la Convención de Viena señala: **“Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o (...) establecer excepciones a cualesquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.”**
- vi) Prórroga del derecho y extensión de aplicación, haciendo aplicable el derecho uniforme cuando no lo es según sus propios términos; eligiendo, por ejemplo, las normas de un Estado. O sea, un “Derecho neutro”, al cual no se halla vinculada ninguna de las partes.
- vii) Interpretación de silencios, defiriendo a la aplicación de las normas de un estado determinado, en caso de no acuerdo sobre ciertos asuntos, como un último recurso, dando prevalencia al mantenimiento del contrato, antes que a su resolución; o acudiendo a los principios generales del derecho o a las normas del derecho internacional privado. (Artículo 7.2 de la CVIM).

Así mismo, de manera paralela a la acción de los Estados existe un proceso de Internacionalización espontánea, en especial en el derecho de los contratos, caracterizada por:

---

16 AUDIT, Bernard; *Op., cit.*, página 21.

- i) Aplicación de los usos internacionales de comercio, y las prácticas de sectores especializados, tales como el de las materias primas, los del transporte marítimo, seguros o bancos que plantean un resurgimiento de la **Lex mercatoria**, estrechamente ligada al principio **Pacta sum Servanda** y a los Principios Generales del Derecho; el artículo 9 de la CVIM reconoce la validez de los usos particulares tanto al comprador como al vendedor: **“Se considera que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.”**<sup>17</sup>
- ii) Codificación sintética: privadas y semiprivadas, realizadas por los doctrinantes del derecho comparado, así como la construcción de proyectos de leyes modelo, y el uso del arbitraje internacional que permiten a los árbitros seleccionar la reglas de derecho que juzguen apropiadas.

Otro gran factor de internacionalización de las fuentes se deriva de la europeización del derecho de los contratos dentro de la construcción de la Comunidad Económica Europea<sup>18</sup>, y que tiene como referentes especiales el Tratado de Roma (1957), la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de la Libertades Fundamentales de 1950 y la acción interpretativa de la Corte de Luxemburgo y de la Corte de Estrasburgo, que despliegan su acción dando relevancia a los principios de seguridad jurídica, buena fe respeto a los derechos del hombre y al derecho a la defensa.

Al efecto han debido conciliarse dos concepciones sobre la materia contractual, en un principio opuestas, la del **Common law**, que es una concepción eminentemente económica, donde lo esencial es la contraprestación **“bargain”** o el intercambio, frente a la del Derecho romano-germánico, que es una concepción moralista y de equidad, que privilegia el **Pacta sum Servanda**, influenciada por el derecho natural a través de Pothier y Portalis y atemperada por el principio de buena fe o de **“justicia contractual”** y la teoría de la **“imprevisión”** que introdujo el BGB, en procura de salvar el contrato como forma de salvaguardar la economía<sup>19</sup>.

El derecho comunitario de los contratos es en esencia un derecho de profunda inspiración económica, determinado por el objetivo del mismo Tratado de Roma, que es **“permitir la realización de un Mercado Común”**, trascendiendo, por tanto, la unidad política y jurídica; el Derecho europeo se puede caracterizar como liberal, comercial y económico, que procura homogeneizar las políticas económicas de los

---

17 *Ibidem*, página 28.

18 JAUFRET-SPINOSI, Camile; Influencia del Derecho Comunitario y europeo sobre el derecho de los contratos; en *Le contrat: Problèmes actuels, perspectives et évolutions*; UEC, Bogotá 2007. La autora es profesora en la Universidad París II (Panteón-Assa) página 33 y ss.

19 *Ibidem*, página 35.

Estados, y que de contera ha creado dos instituciones: por una parte **“el consumidor”** protagonista del derecho de la venta y del crédito, representante natural del mercado, y el **“juez interventor”**, que dilucida e interpreta las nociones vagas, abundantes en los derechos supranacionales y **“que son imprecisas, como la buena fe, la dignidad del hombre, el respeto a la vida privada, lo equitativo, lo justo, lo razonable, la proporcionalidad...”**<sup>20</sup>

Así mismo, la expansión progresiva de los Derechos Fundamentales en el ámbito jurídico penetra en el bastión más profundo de la autonomía individual, como es la estipulación contractual, dando prevalencia a los principios de respeto a la vida privada, frente a cláusulas restrictivas que pueden declararse como ineficaces por vulneración de aquellos<sup>21</sup>.

Los jueces progresivamente han extendido, a la materia contractual los principios contenidos en las declaraciones de los derechos del hombre, entrometiéndose en la esencia de la libertad contractual<sup>22</sup>, imponiendo relaciones de colaboración entre las partes para la consecución de su objeto, o la exigencia del equilibrio entre las prestaciones principales y, o accesorias, que deben ser controlados por el Juez<sup>23</sup>.

## II. EL MÉTODO Y LAS TÉCNICAS DEL DERECHO COMPARADO

Heródoto señalaba una antiquísima costumbre germana de discutir dos veces todos los asuntos de importancia: **“Una de ellas embriagados y otra sobrios: embriagados, para que sus consejos no carecieran de vigor; sobrios, para que no les faltara discreción”**<sup>24</sup>; en el Derecho Comparado examinar los hechos jurídicos, desde la doble perspectiva la interna y la externa, es premisa básica.

Desde Montesquieu, en su *Espíritu de las Leyes*, los estudios comparativos de la normativa, explicativos de su diversidad, procuran encontrar la médula racional de un ordenamiento jurídico, en la confluencia con los factores determinantes de la naturaleza humana, que puede construir una jurisdicción universal, dando cuenta de la presencia general del hombre sobre el planeta.

El orden jurídico no se construye a sí mismo, surge de las necesidades de la vida social, por ende, las bases de todo Derecho están referidas a los fenómenos sociales, pero también puede a su vez producirlos; ¿Cuál es entonces la

20 *Ibidem*, página 37.

21 Caso de la restricción de utilización del inmueble arrendado, prohibiendo el alojamiento de parientes o amigos; y el de fijación del domicilio forzoso del trabajador por parte del empleador.

22 JAUFRET-SPINOSI, Camille; *Op., cit.*, página 45.

23 MAZEAUD, Denis; La europeización del derecho de los contratos (lege Fernda); en *Le contrat: Problèmes actuels, perspectives et évolutions*; UEC, Bogotá 2007, página 47 y ss. El autor es profesor en la Universidad París II (Panteón-Assas);

24 FRANK Jerome, *La Influencia del Derecho Europeo Continental*, en el “Common Law”, Bosh, Barcelona, 1957

particularidad del fenómeno? ¿Cuál es su connotación universal? ¿Por qué en Occidente desechamos socialmente la poligamia y la proscribimos jurídicamente, mientras que en las legislaciones musulmanas aún se protege?, ambas consideran su forma particular de matrimonio como “Única base legal de la familia”.

La simple conciencia de la diversidad existente nos permite una mejor perspectiva de nuestro propio punto de vista; el estudio de las similitudes, diferencias y las razones de las mismas, permiten sondear a fondo la particularidad y esencia de cada cosa; cuán valioso resulta el conocimiento de que existe una regulación diferente, para percibir los efectos de la propia normatividad, encontrar otras soluciones a un problema, o la misma solución por vía técnica distinta.

¿Cómo se trata en la Legislación Alemana, o en el Ordenamiento Anglosajón, el incremento nominal de los bienes propios de cada cónyuge?, ¿Es preciso en nuestra legislación proceder a la indexación del valor nominal, antes de proceder al cálculo de su incremento real (y no el nominal) para efecto de las recompensas y restituciones? ¿Cuál criterio interpretativo es más acorde con las tendencias universales, el nominalista o el de las valoraciones reales?, ¿Cuál es el más equitativo?, ¿Cuál es el más “jurídico”?

El Derecho Comparado entonces, nos aumenta la capacidad de contemplar crítica y objetivamente nuestro propio ordenamiento jurídico, aumenta el arsenal de soluciones, desarrolla nuevas alternativas a partir de la comparación, oxigena las instituciones jurídicas propias y las homogeneiza con las foráneas.

### **1.1. La Diversidad del Orden Jurídico**

La Metodología del Derecho Comparado, impone reconocer la variedad de sistemas jurídicos foráneos y la ineludible interacción de ellos con el nuestro. Ello implica reconocer:

- a) La diversidad de reglas de Derecho Positivo, con soluciones diversas a fenómenos fácticos similares: por ejemplo, los derechos herenciales del adoptado.
- b) La diversidad de formas de aplicación de los “Principios del Derecho” inspiradores de las reglas del derecho; por ejemplo, la amplitud de los poderes del tutor en la administración de bienes del pupilo.
- c) La diversidad de las formas de producción de las normas de derecho: por ejemplo, los Sistemas de Base Normativa y codificada de construcción general y abstracta, preñada de definiciones; y los sistemas consuetudinarios o de antecedentes judiciales con propensión hacia la regla particular, plena de enumeraciones.

Las diferencias nos permiten comprender que la historia jurídica se halla plena de alternación y mezcla continua en variadas dosis, de factores de diferenciación y factores de homogeneización en los sistemas jurídicos.

Son factores de diversificación jurídica los naturales, como los orográficos, hidrográficos y climatológicos, y pueden serlo los económicos, los políticos y los sociales; mientras que en los factores de homogeneización podemos citar la migración, la dominación de unas naciones por otras, la universalización del mercado, de la ciencia, la técnica y la cultura.

La influencia de estos factores, en uno y otro sentido es oscilante, no se manifiestan unívocamente; hay factores de diferenciación que pueden trasmutarse en su contrario.

Veamos, la Invasión Bárbara al Imperio Romano, que en inicio determinó una separación absoluta entre la Costumbre Bárbara y el Derecho Romano, derivará en un proceso de fusión, el "*Modernus Usus Pandectarum*" origen del Derecho Alemán; lo mismo puede observarse en el crisol del Derecho Español, con sus afluentes moriscos, judaicos y románicos.

Y en el sentido contrario, tenemos por ejemplo el Derecho Canónico, que de elemento unificador del Antiguo Derecho de Familia en toda la Europa Medieval, se ha constituido en factor de diferenciación que le lleva a su extinción, al perder su validez como regla de razón y refugiarse simplemente en ser regla de autoridad.

Las influencias recíprocas son enriquecedoras, permiten el desarrollo y el avance de las instituciones jurídicas, pero también pueden generar retrocesos.

Veamos, en el derecho inglés el aforismo "**La casa del hombre es su castillo**" ha desarrollado el criterio de que el hombre más pobre podía oponer su derecho de inviolabilidad domiciliaria al poder de la Corona, el Rey de Inglaterra con todas sus fuerzas era impotente para traspasar el umbral de la vivienda más miserable de uno de sus súbditos; los norteamericanos lo consagraron en su cuarta enmienda constitucional como una reliquia, y su jurisprudencia lo ha extendido como un derecho que protege aún el vehículo de movilización personal.

Y claro, por ejemplo negativo, podemos citar toda la invasión de legislación contra el narcotráfico, las negociaciones de penas, la política criminal del "**sheriff**", la legislación antiterrorista italiana, con sus jueces vergonzantes o "**sin rostro**", que destruyen la coherencia de nuestro sistema jurídico y sus garantías democráticas.

## 1.2. Utilidad del Derecho Comparado

El estudio del derecho comparado presenta diversas utilidades a las disciplinas jurídicas:

En primer término informa al Jurista y en especial al Juez, sobre las diversas soluciones que se han dado por diversos pueblos a un problema a resolver. Por ejemplo, ¿Qué razón tiene el que sigamos considerando el consumo de estupefacientes (la dosis personal) como contravención, cuando en Norteamérica y los países europeos no lo es?

En segundo término, es de utilidad para clarificar el tráfico de las relaciones jurídicas internacionales, unificando criterios sobre las garantías básicas que deben otorgarse a los “ciudadanos del mundo”, bien sea en sus desplazamientos o en el tráfico de sus bienes y servicios.

En tercer lugar, la familiaridad con las leyes extranjeras, repercute positivamente en la pronta solución de los conflictos de leyes que se presentan en el derecho internacional privado, y en la erección de un “Orden Público Internacional”.

En cuarto lugar, proporciona al legislador tradiciones y experiencias necesarias para aceptar, modificar o rechazar, de acuerdo con las estructuras básicas de nuestras instituciones, modelos legislativos de validez universal.

Labouleye, presidente de la **“Société Française de Législation Comparée”**, creada en 1869, afirmaba que él **“permitía ver más lejos que las aplicaciones inmediatas de las reglas de derecho”**, remontar los principios de la legislación propia, buscar las profundas fuentes del derecho; Esmein, en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1900, celebrado en París, sintetizó: **“Se compara para mejor comprender.”**

## 2. LOS SISTEMAS JURÍDICOS

La tarea de diferenciación de los diversos sistemas jurídicos en el derecho comparado, se ha intentado sobre diversas bases; la primera de ellas, por Glasson<sup>25</sup>, detectando la influencia del derecho romano o la del derecho germánico y los mixtos.

Posteriormente René David<sup>26</sup>, distinguió cinco grupos, el Sistema Occidental, el Sistema Soviético, el Sistema Musulmán, el Sistema Hindú y el Sistema Chino, los que finalmente reclasificó en cuatro: La Familia Romano-Germánica, El derecho Socialista o Soviético, El Common Law, y los Derechos Religiosos Tradicionales (Musulmán e Hindú).

En una clasificación más reciente, Malmström<sup>27</sup>, desarrollando el modelo de David, con el objeto de facilitar la descripción y la comparación de los sistemas jurídicos existentes, propone una distribución de grupos, categorías y familias, considerando estas como subdivisiones ulteriores; de esta manera distingue:

I Grupo Occidental o Euroamericano, dividido en las familias 1) Continental Europea, 2) Latinoamericanas, 3) Nórdica 4) Common Law.

---

25 GLASSON, Le Mariage Civil et le Divorce.

26 DAVID René, Tratado “Elemental de Derecho Civil Comparado”; Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953

27 MALMSTRÖM, A; “The System of Legal Systems;” Scandinavian Studie in Law, 1976 página 127.

II Grupo Socialista, dividido en las familias 1) Soviética, 2) De Democracias Populares, 3) República Popular China.

III Grupo Asiático. Las distintas categorías, ante todo habrán de dar cuenta de las diversas formas de organización jurídica, la naturaleza de los Estados, sus formas de producción jurídica imperantes en cada uno de ellos; y se caracterizan precisamente por un acercamiento progresivo entre los sistemas del Civil Law y Common Law de una parte, y la radical diferenciación de los sistemas socialistas, hasta el colapso de la estructura revisionista soviética, para denotarse una asimilación progresiva y acelerada de este último por los primeros, a partir del decenio iniciado en 1990.

Si el Método Comparativo constituye un camino ordenado y sistemático para abordar el estudio del sistema jurídico universal, su tarea fundamental es el establecimiento de las relaciones subyacentes entre los distintos sistemas, sus instituciones y órdenes jurídicos, articulando las partes en el todo, ubicando sus elementos determinantes, desentrañando sus estructuras.

### 3. LAS TÉCNICAS DEL DERECHO COMPARADO

En el tratado de Derecho Comparado de LEONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, son propuestos dos instrumentos técnicos esenciales para el Derecho Comparado, la MICRO y la MACRO COMPARACIÓN.

**“Entiendo por microcomparación la aproximación comparativa de reglas o instituciones jurídicas pertenecientes a órdenes jurídicos diferentes (...) por su naturaleza analítica y su objeto limitado, la microcomparación se fija en el examen del fenómeno jurídico, seccionado y reducido a sus células últimas o a sus partículas elementales. Se puede considerar este trabajo como una especie de examen jurídico microscópico tendente a revelar la estructura y la función de las células jurídicas elementales... (...) Pero, para entender las estructuras características y darse cuenta de su especificidad, hay que cambiar la escala de observación (...) es pasando de la microcomparación a la macrocomparación, única escala capaz de revelar las estructuras características y las morfologías específicas, como puede apprehenderse la realidad jurídica”<sup>28</sup>.**

El orden jurídico constituye la integración de las normas, principios de derecho y nociones jurídicas aplicables en una sociedad determinada, en un todo orgánico que potencia las partes integrantes, construidas por partículas jurídicas elementales, que se integran en estructuras más complejas, o institutos jurídicos,

28 LEONTIN-JEAN Constantinescu; Tratado de Derecho Comparado; editorial Tecnos, Madrid, 1972, página 314.

unos de ellos básicos, determinantes, y otros, accesorios, determinados; los primeros, relacionados de manera directa con el sistema de valores e intereses dominantes en la estructura jurídica, expresan sus fines mediatos o de largo plazo; atribuyen al sistema su individualidad, constituyen el núcleo central de construcción del sistema, son su columna medular.

Los segundos, son subordinados, mutables, complementan el paradigma jurídico pero no lo determinan, sus reglas son limitadas al ámbito específico en que operan, su importancia es relativa, pueden ser modificadas o sustituidas sin que esto afecte el ordenamiento jurídico.

Veamos, el Instituto Jurídico Matrimonial, con sus características contractuales, monogámicas y heterosexuales, constituyen un instituto jurídico básico, medular en nuestro ordenamiento jurídico, común a todos los del Sistema del *Civil Law* y aún del *Common Law*, pero radicalmente distinto en el Sistema Musulmán; mientras que el instituto accesorio de la comunidad económica de gananciales, difiere en cada uno de ellos, y más aún, es mutante cada uno de los ordenamientos jurídicos particulares.

Varios criterios sirven para precisar los institutos jurídicos determinantes en cada sistema jurídico, como son la concepción del derecho que informa el ordenamiento jurídico, la ideología o doctrina política que le sirve de sustento, la fuerza vinculante del ordenamiento respecto del poder constituido, la realidad socioeconómica que subyace, las fuentes formales de producción de la jurisdicción, los parámetros hermenéuticos.

Los institutos jurídicos básicos de cada sistema, son únicos, insustituibles, determinantes, y complementarios o solidarios; la forma matrimonial monogámica y la poligámica, por ejemplo, son incompatibles entre sí, caracterizan los Sistemas Matrimoniales Europeoamericanos la primera, los Sistemas Musulmanes la segunda; modificarlas significa llevarlas a su contrario, cambiar la naturaleza jurídica del sistema, y, por ende, la mutación de todo el ordenamiento, o al menos de una parte sustancial del mismo, la del ordenamiento matrimonial.

Así, entonces, tanto la Microcomparación como la Macrocomparación, son instrumentos básicos de las técnicas del Derecho Comparado, su uso es complementario; el primero explora las partículas jurídicas individualizadas, las ordena y clasifica, la segunda pone de manifiesto las estructuras fundamentales que inspiran los órdenes jurídicos<sup>29</sup>.

En los órdenes jurídicos, se pueden dar, como lo advertimos anteriormente, similitudes y desemejanzas, un juego recíproco de oposiciones parciales y totales de acercamientos y distanciamientos, sean o no pertenecientes al mismo sistema jurídico; el problema fundamental radica, entonces, en establecer los elementos a

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, página 327.

través de los cuales los órdenes jurídicos se asemejan o se oponen, ya que de ellos dependerá su parentesco tipológico, y la clasificación de dos o más ordenes de un mismo sistema jurídico o en sistemas jurídicos distintos .

Se advierte igualmente que los órdenes pertenecientes a sistemas jurídicos distintos pueden tener elementos comunes, ya que estos no se oponen totalmente , instituto por instituto, punto por punto; de hecho, entre ellos existe gran cantidad de elementos comunes que hacen parte de lo que Leibnitz, en su *“Theatrum Legale”* determinará como componentes del derecho universal; pero lo que determina su diferenciación sistemática, es el hecho de que sus estructuras fundamentales, los institutos que forman su núcleo o columna vertebral son contradictorios y opuestos.

El punto de partida de la comparación, puede generarse desde un problema teórico, o desde un problema fáctico, *“problem an case method”*; desde el primero de ellos exploramos la validez de las leyes, sentencias y conceptos doctrinales; desde el segundo examinamos casos judiciales fallados según uno o más derechos extranjeros, para comparar sus resultados con otro fallado según el derecho nacional, en procura de generar las reglas y categorías que nos permitan comprender nuestro propio derecho desde una perspectiva verdaderamente universal.

### III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Uno de los elementos esenciales para la coordinación de los diferentes estatutos normativos estatales, es la disciplina del Derecho Internacional Privado; al decir del profesor Mantilla Rey **“en los siglos XVII y XVIII todavía se encuentra en los juristas un interés general por el Derecho, que se llamaba común y no por el derecho de un reino específico, se vivencia en ellos el sentimiento de que su ciencia no debe limitarse al manejo hábil e ingenioso de las normas de su propio país.”**<sup>30</sup>

El derecho interno colombiano, acoge la disciplina del Derecho Internacional privado, en el Título Preliminar del Código Civil Colombiano, en las siguientes disposiciones:

“Artículo 18: La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia.

Artículo 19: Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de éste Código y demás leyes que reglan los derechos y obligaciones civiles: 1º) En lo relativo al

---

.30 MANTILLA REY, Ramón; Recapitulación de Derecho Internacional Privado; Universidad Nacional de Colombia; Bogotá, 1996.

estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto alguno en los territorios administrados por el gobierno general, o, en asuntos de la competencia de la Unión; y 2º) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de los cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior.

Artículo 20: Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este código, aún cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos válidamente celebrados en país extraño.

Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en lo casos en que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este Código y demás leyes civiles de la Unión.

Artículo 21: La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código Judicial de la Unión.

La forma se refiere a las solemnidades externas, a la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.

Artículo 180: Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título 2, Libro IV, del Código Civil.

Los que se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaren se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente.

Artículo 1.012: La sucesión en los bienes de una persona se abre en el momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados.

La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvas las excepciones legales.

Artículo 1.774: A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título.

En la Ley 153 de 1887:

Artículo 38: En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1º) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y 2º) Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

En el Código de Comercio:

Los artículos 3º, 7º, 8º y 9º: 3º, “ La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial (...) En defecto de la costumbre local se tendrá en cuenta la general del país; 7º: Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional (...) podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles...; 8º: La prueba de la existencia de una costumbre mercantil extranjera, y de su vigencia, se acreditará por certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, por el de una nación amiga; 9º: La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán mediante copia auténtica (...) de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación autenticada de una entidad internacional idónea, que diere fe de la existencia de la respectiva costumbre.”

Artículo 646: Los títulos creados en el extranjero tendrán la consideración de títulos-valores si llenan los requisitos mínimos establecidos en la ley que rigió su creación.

Artículo 864: El contrato es un acuerdo de dos o más partes (...) y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta.

Artículo 869: La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.

Como lo señaló el profesor Mantilla Rey, estas normas también se hallan contenidas en tratados y acuerdos internacionales suscritos por Colombia, con lo cual sólo se ha ratificado su forma, naturaleza, función e imperatividad, evidenciando el propósito internacionalista de las fórmulas internas que definen **“la competencia de las leyes de derecho privado en el sistema estatal y que, obviamente plantea las bases para regular la solución del conflicto de frontera, entre los diversos sistemas jurídicos estatales interesados en una relación jurídica, solución que implica escoger, entre ellos, la ley aplicable con competencia internacional.”**<sup>31</sup>

---

31 *Ibidem*, página 26.

Mediante el Derecho internacional privado, la ley de un Estado es aplicada por las autoridades de otro Estado para aceptar la presencia y la actuación de las personas extranjeras, o para reconocer relaciones jurídicas creadas con base en actos o hechos ocurridos en el extranjero, o para influir en la administración o en el traspaso de la propiedad de una cosa ubicada en el extranjero, con fundamento en el mandato constitucional que reconoce a los extranjeros los mismos derechos civiles que se reconocen a los colombianos<sup>32</sup>.

Al decir del profesor Mantilla Rey, **“Las normas de derecho internacional privado llamadas *“Leyes de Conflicto”* señalan la ley estatal normalmente aplicable a una situación o a una relación jurídica que tiene elemento extranjero, pero no la regula sustancialmente, como sí ocurre con aquellas que forman parte del llamado derecho privado interno.”**<sup>33</sup>

Constituyen normas indirectas o de competencia, distintas de las directas, sustantivas o de contenido y de las de procedimiento; y su tarea práctica es: **“Identificar un sector de la regulación jurídica, fijar las circunstancias personales, temporales y espaciales de su identificación casuista o histórica individual, para permitir que, en cada realización jurídica, sea factible escoger el régimen jurídico históricamente conveniente.”**<sup>34</sup>

Para tal efecto, las **“normas de conflicto”**:

- i) Esclarecen la competencia de las autoridades estatales e identifican la ley estatal aplicable.
- ii) Determinan el Estado civil, y la capacidad de las personas, las obligaciones y derechos de las relaciones de familia, el régimen conyugal, el régimen sucesoral, así como la forma de los instrumentos públicos, el contenido y validez de los actos, y las formas de reclamación en juicio, las sanciones y penas; así como establecen la eficacia de vínculos contractuales contraídos en el extranjero.
- iii) Precisan la nacionalidad de las personas, el país de ubicación formal y real de las cosas, y el lugar de celebración de los contratos, así como el lugar de cumplimiento de las obligaciones, y el lugar de realización del proceso, como también el régimen jurídico aplicable.

#### IV. LAS FORMAS DE FAMILIA EN EL DERECHO COMPARADO

Federico Engels, estableció cuatro (4) formas de familia, a saber: Poligámica, Sindiásmica, Punalúa, y Monogámica, determinadas según el grado de de

---

32 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 100: **“los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se reconocen a los colombianos y gozan, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales.”**

33 MANTILLA REY, Ramón. Recapitulaciones... *Op., cit.* página 26.

34 *Idem.*

desarrollo de la sociedad, y caracterizadas por la hegemonía matriarcal o patriarcal, la cohabitación con múltiples hombres o mujeres en las tres primeras, o la cohabitación exclusiva de la pareja heterosexual en la última de ellas<sup>35</sup>.

La familia monogámica burguesa, nuclear, heterosexual y de doble cabeza, se reconoce en esta forma desde la *Gens* romana, reunida alrededor del “*domus*” y en el “*Lignage*” de las tribus gálicas, reunidas por el “*menaje*”, se enfrenta ahora, al conflicto generado por las pretensiones de reconocimiento a la formación homosexual del núcleo familiar.

A partir de la Revolución Francesa, con su postulado de secularización, el Estado laico reclamó para sí la potestad de regular la forma y los efectos de generación de la familia, así como de la reproducción de la especie humana, ya que ella es condición de la generación y preservación del control sobre los súbditos o los ciudadanos.

No obstante, con el advenimiento del ímpetu revolucionario, la burguesía cedió parte de sus potestades a los representantes religiosos, reconociendo efectos civiles a las formas y ritos de celebración de los enlaces matrimoniales y a las decisiones que sobre su validez ellas mismas profieren, generando los denominados CONFLICTOS INTERCONFESIONALES, que el profesor Mantilla Rey planteó como las relaciones y tensiones que se generan cuando el Estado reconoce efectos jurídicos a las formas religiosas de establecimiento de la familia<sup>36</sup>.

La Constitución Política de Colombia, de 1991, en su artículo 42, reconoció las distintas formas de constitución de la familia, “de hecho” y “de derecho”, a sus formas civiles y el de Matrimonio religioso, por distintos ritos, así como los efectos civiles a los mismos, y determinó sobre las formas y efectos de su disolución; no obstante, las disposiciones de los artículos 4, 18 y 19 de la Carta constitucional, el Estado colombiano reconoce la interferencia en su soberanía por el Estado confesional católico, llamado Estado de El Vaticano, de su Derecho canónico y de la jurisdicción eclesiástica, que se expresa a través del Código Canónico de 1917 y del Código Canónico de 1983.

### 1. Familia confesional católica:

Dentro de la estructura confesional católica, la familia es una forma asociativa que coexiste de manera simultánea en otras dos, la Iglesia y el Estado, y, por tanto, reclama su derecho a intervenir en las instituciones jurídicas de la personalidad y el matrimonio, tanto para los ritos de su celebración como para efectos de su nulidad, del divorcio, así como para el establecimiento y la educación de los hijos, la proscripción de matrimonios homosexuales, del aborto y de la eutanasia.

35 ENGELS, Federico, el Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado... Editorial Oveja Negra, Bogotá, 1985.

36 MANTILLA REY, Ramón; Conflictos Interconfesionales (Familia, Religión y Estado); Universidad Nacional de Colombia; Bogotá, 1998.

## 2. Familia confesional musulmana:

La estructura confesional musulmana, se incorpora en el Derecho musulmán, al plantear la plena e incondicional sumisión del individuo. con el llamado **“selame”**, o sumisión a Dios, al Estado, la religión y la cultura.

En el derecho musulmán, religión y Estado se confunden, así como la **“Chari”** o acto jurídico a la vez religioso y jurídico; y el individuo debe respetar la **“sunna”**<sup>37</sup> o tradición que se expresa por el Corán y abstenerse a realizar actos que ofendan a **Allah**, realizando los actos que no lo ofenden, como por ejemplo, prefiriendo la figura jurídica de compraventa con retroventa, que permite encubrir el cobro de intereses que se hallan prohibidos.

La creencia islámica asume diferentes ritos ortodoxo musulmanes: **hanefita** o liberal, **malekita**, **cafeita**, **hanabalita** o estricto; según sus doctrinantes, estos ritos pueden convivir, gracias a que el Islam como síntesis, conlleva a la tolerancia o **“hadith”**: **“Las divergencias de opinión que existen en mi comunidad son una manifestación de la gracia divina.”**

El Islam distingue en la tierra, **“Dar-al -Islam”** o país de la paz y **“dar-al- harb”** o país de la guerra; así mismo a los creyentes e infieles que lo son los cristianos y los judíos a quienes reconoce un estatuto particular o **“dhimmi”**, y los paganos, que están fuera de la ley.

Las creencias musulmanas se hallan recogidas en diferentes fuentes: El **Corán**, recitado por Zaid, secretario del profeta; La **sunna** o tradición; **Tafsir**, explicación

---

37 Según el profesor Fournier Acuña, las fuentes originarias del Derecho Musulmán son el Corán y la Sunna. en: Historia del Derecho, Ediciones Juricentro S.A, San José de Costa Rica, 1978, página 95 y ss. El **Corán**, o Libro Sagrado, fue dictado por el Arcángel San Gabriel a Mahoma quien lo enseñó a sus discípulos, y estos fueron quienes lo redujeron a escrito, en prosa rimada, que se utiliza para entonar su párrafos en las mezquitas.

Para los seguidores de Mahoma, todo el saber está contenido en el Corán, que se conforma de preceptos religiosos, morales, políticos y legales razón por la cual no existe nada que no existe nada que en la obra no se trate, bien sea de manera expresa o implícita.

El primer y más reconocido redactor fue Abu Bakú, suegro de Mahoma, sin embargo, diferentes discípulos produjeron sus propias versiones, y fue necesario que el tercer Califa, escogiera una sola versión y la determinara como única y cierta.

La **Sunna**, contiene la tradición sobre las actuaciones de Mahoma; ella permite resolver los vacíos detectados en el Corán, remitiendo ya no sólo a lo predicado por el Profeta sino al recuerdo de sus actos como fuente para resolver discrepancias, constituyendo una segunda fuente de reglas o de normas jurídicas.

Por tanto, la reconstrucción de sus actos, gestos y aún de sus silencios, a partir de la memoria de quienes conocieron al Profeta, permitirían indicar cual hubiese su actitud y su solución frente a un problema nuevo no previsto en el **Corán**.

La recopilación más aceptada de estas tradiciones es obra de Bokhari, aún cuando existen varias versiones de crónicas sobre la vida de Mahoma; los musulmanes **Sunnitas**, corriente a la cual pertenecen los mahometanos occidentales y los turcos confieren valor a la **Sunna** como fuente jurídica, mientras que los musulmanes **Chittas**, corriente a la cual pertenecen los mahometanos orientales y los persas, sólo admiten como fuente normativa el **Corán**.

textual; **Idijma**, acuerdo teológico-jurídico; **Kijas**, deducciones analógicas y costumbristas; **Orf**, jurisprudencia; **Amal** y **Canon**, dictados del soberano; **Charia** o ley sagrada; **Hadith**, tradición sobre la palabra de Mahoma.

La ley islámica y su jurisdicción **Cadis; con** aplicación de la ley personal, se aplica a los musulmanes, a los infieles y a los paganos, ella “**Juzga a los no musulmanes conforme a la ley divina**”, reconoce a todos Derechos y obligaciones, entre estas, la prohibición a los musulmanes del consumo del Alcohol y el cerdo.

La familia islámica es lo esencial, el individuo es secundario; el padre es el jefe vitalicio y su centro de poder es el **Harem**; no existe apellido, cada quien tiene un nombre individual al cual agrega el nombre del padre; es patrilineal con prevalencia masculina; la mujer no hace parte de la familia, por ello la institución de la dote permite compensar el empobrecimiento generado por la salida de la mujer.

La forma de familia es poligámica, se autoriza mantener simultáneamente cuatro (4) esposas y varias concubinas esclavas; la institución del concubinato exonera de la **Zina** o adulterio que es pecado grave.

Existen precisas prescripciones para el matrimonio, sus impedimentos, formalidades o nulidades, sobre consentimiento, la dote, el incesto restringido; el parentesco de leche, la repudiación, el rapto y el acceso forzado.

El matrimonio generalmente se realiza de forma forzada, el “**Djeber**” ordena : “**casa a tus hijos cuando están jóvenes**”, preferiblemente impúberes y vírgenes. La dote conocida como “**sadaq, mahr, chirar**”; puede pagarse a plazos; y puede utilizarse en la adquisición del ajuar o “**choura**”.

No todos los países musulmanes adoptan posiciones confesionales, ni imponen la jurisdicción musulmana, aún cuando sí la mayoría de ellos, con excepción de Siria, Líbano, y Jordania que constitucionalmente reconocen la libertad religiosa y de conciencia.

### 3. La familia confesional hebrea o judía:

Los judíos cimentan sus creencias en el **Talmud o lamad**, que significa aprender la doctrina del libro sagrado que interpreta la Ley de Moisés; igualmente reconocen valor a la **Mischna** o Talmud de Jerusalem, y a la **Guemara** o Talmud de Babilonia.

Consideran matrimonio válido, el que se realizan con consentimiento y ausencia de impedimentos legales, y con la entrega del “**mohar**.”

Se constituye a partir de un régimen patriarcal débil; y distingue para efectos matrimoniales la edad de la mujer en “**Ketana**” hasta los doce años; “**naara pitoula**” de los doce a los doce y medio años; y “**baghrot**” la pubertad plena; los hombres son púberes a los trece años y un día.

Los esponsales son sujetos al derecho rabínico, así como las dotes, los contratos matrimoniales, y se autoriza una especie de poligamia, denominada el “**levirato**” o matrimonio con la viuda del hermano.

En el Deuteronomio se prescribe la forma de repudiación por escrito, generado por la violación de preceptos religiosos por parte de la mujer; la esterilidad genera repudiación o el divorcio; éste puede originarse en defectos físicos graves; malos tratos a la mujer, y en el incumplimiento de deberes conyugales.

## V. FORMAS MATRIMONIALES

En la actualidad la tendencia matrimonial en los países del mundo, acepta la coexistencia de matrimonios civiles, y de matrimonios religiosos, a los cuales se les reconocen plenos efectos jurídicos

### 1. Países Islámicos:

La mayoría de ellos establecen las formas matrimoniales confesionales del Islam, a partir de consagración constitucional y legal, en las cuales se establece la religión islámica como religión oficial y, o, como fuente de la legislación, entre ellos Marruecos, Siria, Mauritania, Kwait, Irán, Indonesia, Pakistán, Afganistán, donde la “**Charia**”, desde 1926 inspira la legislación de familia.

En Argelia existe un estado confesional restringido; el código de familia del 9 de julio de 1984 regula el matrimonio musulmán, estableciendo las formas de los ritos ortodoxos reconocidos de acuerdo con el Corán, pero sin tener en cuenta a las otras religiones; se considera que la legislación islámica es aplicable a los asuntos civiles, siempre que no contradiga sus disposiciones, y en todo caso de manera supletoria: “**A falta de disposición legal, el Juez debe pronunciarse según los principios del derecho musulmán**” (Artículo 2 de la Constitución de la República Islámica de Argelia.)

En Egipto, en la Constitución de 1948 se establece el Islam como fuente supletoria de las lagunas de la legislación civil, y la jurisdicción civil tramita los asuntos matrimoniales, bien sean de carácter civil o religioso; el derecho matrimonial musulmán se aplica a los egipcios musulmanes, que son de la vertiente hanafita. A los cristianos y judíos, en Egipto, se les autoriza aplicar sus normas religiosas.

En la Constitución de Siria, de 1949, se dispuso que el Islam suple las lagunas de la legislación civil, y la jurisdicción civil tramita los asuntos matrimoniales, bien sean de carácter civil o religioso; en Irak (1951), se realiza una simbiosis entre las doctrinas de las vertientes sunita y chiíta ; en Irán e Indonesia las leyes civiles deben ajustarse a los preceptos religiosos y los principios del Islam, control del cual se encargan los “**Ulemas**”.

En Jordania, que pertenece al sector religioso de los Hachemitas, coexiste el matrimonio civil con los tribunales confesionales que tienen competencia incluso para resolver sobre diferencias en el derecho sucesoral.

En Líbano el matrimonio es de carácter confesional, según el rito a que pertenezca el ciudadano, musulmán, o druso, católico ortodoxo o maronita, y se reconocen efectos a los matrimonios civiles realizados en el extranjero.

Marruecos, de rito malakita, regula el matrimonio confesional de acuerdo con el Islam, a los católicos y judíos se les aplican las disposiciones de sus respectivas religiones, se autorizan matrimonios mixtos, siempre y cuando el no creyente se comprometa a respetar la religión y costumbres del Islam.

En Túnez, a partir de la independencia, en especial en 1956, se generó un proceso de laicización, en virtud del cual se suprimieron los tribunales musulmanes y rabínicos, y se sometió a la legislación civil en todos los asuntos personales a todos los habitantes; las diferencias son resueltas por los Tribunales Estatales; también se abolieron la poligamia y los matrimonios forzados.

Según Mantilla Rey, en los países musulmanes **“...es posible encontrar un fenómeno equivalente al que se evidencia en los países occidentales, frente a la influencia de los derechos confesionales cristianos. (...) Claro que el ideal musulmán es establecer la identidad entre la comunidad de creyentes y la sociedad estatal.”**<sup>38</sup>

## 2. El Estado de Israel:

El Estado de Israel otorga primacía a la ley religiosa jurídica, a cuyo efecto regula las situaciones del estatuto personal y de la familia mediante aplicación del rito religioso de las partes, reconociendo a las autoridades religiosas la competencia para regular y dirimir estos asuntos.

Coexisten en Israel varias confesiones religiosas, entre ellas, la musulmana, católica, cristiana ortodoxa, y diversas vertientes de la religión judaica, ortodoxos y reformados, así como que se contempla la aplicación del derecho judaico con el derecho civil.

Existe regulación civil para el matrimonio, la **“Marriage Age Law”** de 1950 que prohíbe el matrimonio de mujeres menores de diecisiete (17) años, aún cuando se autoriza el matrimonio a menores embarazadas o con el hombre que ya ha engendrado un hijo en ellas, siempre y cuando cuente con la capacidad para asumir la responsabilidad matrimonial. Mediante la **“Penal Law”** de 1977, se proscribió la poligamia y se instauró punición para la bigamia.

---

38 MANTILLA REY, Ramón; Conflictos... *Op., cit.*, página 119.

### 3. Los Estados Europeos:

En la mayoría de los países europeos, se presenta coexistencia de matrimonios religiosos y civiles, asumen el carácter de monogámicos y heterosexuales, y pueden observar ritos matrimoniales simultáneos o separados para el efecto civil o religioso, como es el caso de la antigua Checoslovaquia, y Dinamarca.

En Noruega son válidos los matrimonios celebrados ante funcionarios del Estado civil, ante un Pastor de la Iglesia Nacional Noruega, ante el ministro de comunidad cristiana o de comunidad religiosa no cristiana, ante funcionario estatal o ante Notario público; igualmente existen formas matrimoniales especiales para los funcionarios de la marina y el ejército; todos los matrimonios deben registrarse en el Registro Civil. La legislación matrimonial se contiene en la Ley de 4 de julio de 1991, que rige desde el 1º de enero de 1993.

En Suecia, el código civil de 14 de mayo de 1987, vigente desde el 1º de enero de 1988, regula sobre el matrimonio, el divorcio y los regímenes matrimoniales, y la Ley 223 de 1998 regula la cohabitación por fuera del matrimonio para parejas heterosexuales y homosexuales.

Allí coexisten matrimonios civiles y religiosos, con plena libertad matrimonial, los cuales deben registrarse ante el funcionario estatal, junto con los demás hechos que afectan el estado civil de las personas; igualmente son de competencia de los Tribunales los asuntos relativos al divorcio, la nulidad o la ruptura de la cohabitación de hecho.

En el Reino de los Países Bajos (Holanda) la forma válida del matrimonio es la civil, que se celebra de manera pública en las Alcaldías; se autorizan los matrimonios heterosexuales y homosexuales. Los matrimonios religiosos deben ser precedidos del matrimonio civil.

En España existe pluralidad religiosa y son aceptados los matrimonios civiles y religiosos con los mismos efectos; recientemente se han aceptado los matrimonios homosexuales con los mismos efectos de los heterosexuales. Las causas relativas a los divorcios de todos los matrimonios son de competencia de los Tribunales del Estado.

La República de Portugal estableció el matrimonio civil a partir del 25 de noviembre de 1966, y sometió a reformas por la Ley 261 del 27 de mayo 1975, en la cual se estableció la disolubilidad de todos los matrimonios, civiles y religiosos, restableciendo el divorcio que había regido entre 1910 y 1940, y que fue abolido por el régimen dictatorial de Salazar.

Los matrimonios se regulan por la ley civil, sin importar el rito por el cual se celebren, debiendo registrarse en el mismo folio de registro de nacimientos, para que surtan efectos; existe impedimento para que los casados por el rito católico, puedan contraer un nuevo matrimonio civil.

En Gran Bretaña coexisten los matrimonios celebrados por la Iglesia de Inglaterra o anglicanos con los del rito católico; el matrimonio canónico es voluntario, monogámico, solemne e indisoluble; se registran ante el **“Superintendent register”**.

Los matrimonios civiles pueden ser homosexuales o heterosexuales; las causas matrimoniales y de familia según el **“Matrimonial Causes Act”** desde 1857, son competencia exclusiva de los Tribunales de la Corona, con lo cual se eliminaron las competencias de los Tribunales eclesiásticos de Canterbury y de York.

En 1975, mediante las **“Matrimonial Causes Rules”** se establecieron las normas sustantivas y procesales del divorcio y de la separación de cuerpos.

En Grecia en 1982 se estableció el matrimonio civil reconociéndole igual valor que a los matrimonios religiosos; los matrimonios religiosos siguen el rito de su respectiva confesión, entre ellos los ortodoxos orientales griegos y la católica. Los musulmanes en materia de familia se rigen por la ley islámica, y se reconoce competencia a los jefes religiosos musulmanes para los asuntos matrimoniales y sucesorales.

En Italia, por ley de 1 de diciembre de 1970 se autorizó el divorcio, aun cuando lo denominó **“cesación de efectos civiles originados en el registro de matrimonio de los matrimonios concordatarios”**; sin embargo, el Estado Italiano mantiene fuertes vínculos con la Iglesia Católica, que goza de los privilegios concedidos en el Tratado y el Concordato de Letrán de 11 de febrero de 1929, que fueron recogidos en la Constitución de 1948; por ello coexisten los regímenes **“concordatario y civil”** en materia matrimonial.

Los matrimonios religiosos no católicos, como los rabínicos, musulmanes y protestantes, pueden ser celebrados por delegación, por el respectivo ministerio del culto, y el Estado les reconoce efectos civiles previa inscripción en el registro civil estatal.

#### 4. Países de AMÉRICA

Coexisten los matrimonios religiosos y los matrimonios civiles.

##### BOLIVIA:

En Bolivia, el régimen matrimonial se regula por el Código de Familia del 23 de agosto de 1972 y por el Código Civil del 8 de agosto de 1975, que entró en vigencia el 2 de abril de 1976, estas disposiciones han sido reformadas mediante Ley del 24 de agosto de 1977 y la Ley de 4 de abril de 1988, sobre divorcio y filiación, allí sólo reconocen los efectos al matrimonio civil, pero se pueden reconocer efectos civiles a los matrimonios religiosos, siempre y cuando no exista autoridad civil en el lugar de domicilio de los cónyuges y se registren ante la autoridad estatal del estado Civil de las personas.

Todo matrimonio religioso debe ser precedido por el matrimonio civil y se reconocen efectos civiles, personales y patrimoniales, similares al matrimonio, a la cohabitación heterosexual, a condición de que sea estable y reúna las condiciones del matrimonio civil, en materia de edad, objetivos, fines y no existan impedimentos.

#### CANADÁ:

En el Acta de América del Norte Británica de 1867, que constituye su ley constitucional, la competencia regulatoria del matrimonio y sus efectos, así como el divorcio corresponden al Parlamento Federal, y a los parlamentos provinciales, que son los que desarrollan el marco general en cada territorio, razón por la cual cada uno de ellos impone sus formalidades y especificidades, y su sistema jurídico se halla influenciado por el **common law** y las orientaciones eclesiásticas anglicanas.

Entre ellas se destacan la ley de Nueva Escocia de 1967 y la ley de Manitoba de 1983, que se caracterizan por reconocer los matrimonios civiles y religiosos en igualdad de condiciones, los primeros celebrados ante los Jueces, en presencia de dos (2) testigos, como en Ontario, Nueva Brunswick, Nueva Escocia y la Isla del Príncipe Eduardo, o por funcionarios especiales del **“Marriage Commissioners”** como en Alberta, Columbia Británica, Manitoba, Terranova, Saskatchewan, los territorios Noroccidentales y Yukón.

Los matrimonios religiosos se celebran ante los ministros del culto, autorizados por sus comunidades religiosas y debidamente registrados ante el Estado, y en presencia de dos (2) testigos.

#### EL SALVADOR:

En su código civil que data desde 1860, se regula el derecho matrimonial, y el régimen del divorcio se introdujo mediante las modificaciones efectuadas en 1894, 1901 y 1922; según el artículo 97 de la codificación, el matrimonio civil es el único que produce efectos frente al Estado, y por tanto, los matrimonios religiosos deben estar precedidos del civil, y pueden celebrarse matrimonios mixtos, entre profesantes de diferente religión.

#### GUATEMALA:

En el código civil de 1964, que subrogó el de 1933, el matrimonio civil debe celebrarse ante el Alcalde o Notario, y el religioso ante un ministro de culto debidamente autorizado por el Estado; igualmente se reconocen efectos personales y patrimoniales a la cohabitación declarada por los interesados, tipificada como Unión de Hecho, que también puede ser reconocida judicialmente ante el fallecimiento de uno o ambos convivientes (Artículos 178 y 179). En el evento de coexistencia simultánea de varias uniones de hecho, tiene prelación la relación más antigua.

## ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA:

Dado su régimen federal, en materia jurídica matrimonial y de divorcio, los diferentes Estados producen legislaciones dispares, que sólo se articulan a través de los principios del **common law**.

En ellos se suele exigir la **“marriage licence”** para acreditar el cumplimiento de los requisitos matrimoniales, y que se genera a partir de atestaciones juramentadas. Se reconocen en igualdad de condiciones los matrimonios civiles y religiosos, todos ellos celebrados ante un funcionario o ante un ministro de culto, en presencia de testigos, y se demanda su registro ante el funcionario del Estado Civil del lugar de celebración.

En Alabama, Colorado, Florida, Georgia, Idaho, Iowa, Kansas, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Texas y el Distrito de Columbia, se acepta la práctica del matrimonio de **“Common law”**, que se genera por la convivencia o cohabitación una vez se obtiene la **“marriage licence”**, sin requerir más formalidades. En algunos Estados, como en California, se admiten los matrimonios entre homosexuales.

## PERÚ:

En el código civil de 1984, vigente a partir del 14 de noviembre de ese año, y que reemplazó al Código Benavides de 1936, se establece que el matrimonio es esencialmente un acto civil que debe celebrarse ante el Alcalde de la localidad del domicilio de uno de los contrayentes.

Las oposiciones que se formulen a la celebración del matrimonio se surten ante el Juez de primera instancia del lugar donde se intenta celebrarlo, y de la realización de la ceremonia puede comisionarse a otro Alcalde o a un ministro de culto religioso reconocido por el Estado, al que pertenezcan los contrayentes.

## VENEZUELA:

En la República Bolivariana de Venezuela el matrimonio civil es el único que produce efectos ante el Estado, debe celebrarse ante la autoridad administrativa competente en el lugar; después de celebrado el acto civil, lo contrayentes pueden cumplir con los ritos religiosos que correspondan a sus creencias, conforme lo dispone el artículo 45 del Código Civil Venezolano (CCV).

En el artículo 50 del CCV se prohíbe, bajo sanción de nulidad, el matrimonio de los ministros del culto, que pertenezcan a religiones que les imponen celibato.

## JAPÓN:

El matrimonio civil produce efectos civiles a partir de la declaración verbal o escrita, que realicen los contrayentes de su intención de contraerlo ante por lo menos dos

(2) testigos; la declaración que carece de solemnidades debe ser registrada ante el funcionario del estado Civil. Así, coexisten matrimonios civiles, los realizados mediante ritos religiosos, especialmente el shintoista y los matrimonios de hecho, que se reconocen jurisprudencialmente a partir de la convivencia pública, que para el efecto, constituye una declaración matrimonial.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ACUÑA Fournier, Historia del Derecho, Ediciones Juricentro S.A, San José de Costa Rica, 1978,

ARISTÓTELES, Obras Completas, La Política, Aguilar.

AUDIT, Bernard; la internacionalización de las Fuentes, en Le contrat: Problems actuals, perspectives et evolutions; UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Bogotá, 2007.

BREYES, Stephen; prefacio a Juzgar en Estados Unidos y Francia; editorial Odile Jacob, París, 2003.

ANCEL Marc, Algunas Reflexiones Sobre las Orientaciones Modernas del Derecho Comparado

CAENGEM, R. C.; Judges, Legislators and Professors. Chapter in European Legal History; Cambridge (RU); Cambridge, University Press, 1987.

CICERÓN, Obras Completas,

DAVID René, "Tratado Elemental del Derecho Civil Comparado"; Revista de Derecho Privado; Madrid, 1953.

ENGELS, Federico; El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado; Editorial Oveja Negra, Bogotá, 1975.

FRANK Jerome, La Influencia del Derecho Europeo Continental, en el "Common Law", Bosh, Barcelona, 1957.

FOCAULT, Michel; la Verdad y las Formas Jurídicas; Gallimard, París, 2001.  
GARAPON, Antoine y PAPAPOULUS, Ioannis; Juzgar en Estados Unidos y Francia; LEGIS, editores, Bogotá, 2006; Introducción.

GLASSON, Le Mariage Civil et le Divorce.

AJUFRET- SPINOSI, Camile; Influencia del Derecho Comunitario y europeo sobre el derecho de los contratos; en *Le contrat: Problemas actuales, perspectives et evolutions*; UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Bogotá, 2007.

JHERING, Rudol' H, von; *El espíritu del derecho Romano en las diferentes fases de su desarrollo*; Forni Editores, Bologne, 1969.

LEONTIN-JEAN Constantinescu; *Tratado de Derecho Comparado*; Tecnos, Madrid, 1972.

MALMSTRÖM, A; "The System of Legal Systems"; *Scandinavian Studies in Law*, 1976.

MANTILLA REY, Ramón; *Recapitulación de Derecho Internacional Privado*; Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996.

\_\_\_\_\_, *Conflictos Interconfesionales (Familia, Religión y Estado)*; Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.

MARX, Carlos, *El Capital*, FCE, Tomo I., México 1974.

MAZEAUD, Denis; *La Europeización del derecho de los contratos (lege Ferenda)*; en *Le Contrat: Problemas actuales, perspectives et evolutions*; UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Bogotá, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barón de; *El Espíritu de las Leyes*; editorial Claridad, Buenos Aires, 1970.

MULLER-FREIENFELS, *Observaciones al Derecho Comparado*.

PIZZORUSSO, Alejandro; *Curso de Derecho Comparado*, Ariel Derecho, Barcelona, 1987.

PUIG BRUTAU, José; *Estudios de Derecho Comparado*, Ariel, Barcelona, 1951.

Ricoeur, Paul; *Historia y Verdad*; Seduil, París, 1964.