

FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ¹

183

La costumbre y el confucianismo en el Derecho coreano | contemporáneo: aproximaciones civiles y constitucionales

SUMARIO: I. Introducción II. La importancia de la piedad filial III. La invención de la tradición y el inicio de la modernidad. IV. La costumbre y el confucianismo en el derecho coreano contemporáneo V. Conclusiones VI. Referencias

RESUMEN: Con frecuencia se ha calificado a la República de Corea como el país más confuciano del mundo, desplazando incluso a China, lugar de nacimiento de este filósofo y su ideología. Aunque la influencia del confucianismo se encuentra en todos los niveles de la sociedad coreana, es quizás en su regulación por medio del derecho dónde ha dejado su mayor impronta. En este texto nos proponemos hacer un análisis de la relación entre confucianismo y derecho a partir de la interpretación de la costumbre. Como trataremos de demostrar, esta relación no solo tiene un carácter histórico, sino que sigue determinando el derecho en la República de Corea.

I. INTRODUCCIÓN

Si buscamos una definición sencilla sobre confucianismo encontraremos que “es un sistema filosófico con aplicaciones rituales, morales y religiosas, predicadas por los discípulos y seguidores de Confucio tras su muerte” (Xinzhong, 2000). El confucianismo se centra en valores humanos como la armonía familiar y social, así como la piedad filial para establecer un sistema de normas rituales que determinan cómo una persona debe actuar para

¹ Investigador en la Escuela Libre de Derecho y Profesor en el Centro de Estudios de Asia y África de El Colegio de México. Correo electrónico: fvillasenor@eld.edu.mx y fvillasenor@colmex.mx.

estar en armonía con la ley del Cielo. Conforme con ello, este sistema fue particularmente ubicuo en los países asiáticos donde hubo una importante influencia cultural por parte de China.

Aunque no contamos con una fecha exacta, se estima que el confucianismo fue importado a la península durante la llamada época de los Tres Reinos. Esta época, que abarca desde el siglo I hasta finales del siglo VII, se caracterizó por la división del poder en los reinos de Goguryeo (dominando la parte norte de la península), Silla (con posesión de toda la costa occidental y parte central) y Baekje (al extremo sureste). Aunque en los tres reinos hubo una competencia y alternancia entre los credos budista y taoísta (también importados de China), el confucianismo siempre mantuvo su lugar gracias a la preferencia de la clase gobernante.

A partir de la unificación definitiva de los tres reinos con la muy longeva y emblemática Dinastía Choson (1392-1897), una nueva interpretación de las enseñanzas de Confucio tuvo como consecuencia la prohibición directa del budismo y una estricta organización jerárquica que definiría a la sociedad hasta el fin del Imperio Coreano. No es casual, por tanto, que al llamado “Neoconfucianismo” adoptado por Corea se le haya considerado una “ideología de Estado” que determinaba igualmente ritos y ceremonias que leyes y castigos (Deuchler, 1995).

Esta ideología continuó vigente aún a pesar de la imposición del orden jurídico japonés durante la primera mitad del Siglo XX. Incluso en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial y tras la división de la península coreana, la influencia del confucianismo se ha mantenido en el diseño, organización e interpretación de la sociedad coreana y sus normas jurídicas.

En este texto destacaremos la importancia que uno de los conceptos fundamentales del confucianismo, la piedad filial, ha tenido para la regulación de la sociedad en general, y para el derecho coreano en particular. La piedad filial y su interpretación en los ámbitos de lo público y lo privado, derivó de la necesidad de los gobernantes de contar con un Estado estable y fuerte. Para la Dinastía Choson, *la importancia de la piedad filial* radicó en su capacidad de establecer un orden estrictamente jerárquico, no solamente para las relaciones entre particulares, sino sobre todo ante la autoridad.

La piedad filial sigue siendo relevante en la interpretación surcoreana del derecho. A efecto de demostrar esta afirmación, nos referiremos a resoluciones recientes que analizan su contenido y alcance en el marco de la costumbre como fuente de derecho. Concluiremos nuestra exposición con algunas reflexiones sobre los retos que la tradición confuciana y las costumbres pueden implicar para el derecho surcoreano en un futuro próximo.

II. LA IMPORTANCIA DE LA PIEDAD FILIAL

*“La piedad filial es la raíz
de toda virtud y el tronco del que
nace toda enseñanza moral”
(Libro Sagrado de la Piedad Filial).*

185

La “piedad filial”² es uno de los pilares del pensamiento confuciano, especialmente por lo que hace a su postura sobre el orden social y político. Si bien la noción de piedad filial en China es muy antigua, de hecho, precediendo por varios siglos a Confucio, es a él a quien se le debe su principal estudio, divulgación e interpretación.

Confucio estudió las enseñanzas de la Piedad Filial,³ como la manera práctica en la cual los gobernantes de las primeras dinastías las implementaron. Estas enseñanzas indican que el orden de todas las relaciones humanas debe empezar con los padres e hijos, siendo por tanto la piedad filial la virtud más acorde con la naturaleza humana. En este sentido, “nuestros cuerpos, incluyendo cada cabello y pedazo de piel, es recibido de nuestros padres. Ya que ellos nos dieron la vida, no debemos por tanto pensar siquiera en dañarlos...devolver lo que nos han dado nuestros padres, este es el principio de la piedad filial” (Libro Sagrado de la Piedad Filial).

Los deberes que se derivan de la piedad filial son muchos y muy variados, pero ya que tienen un origen común podemos agruparlos en deberes hacia los muertos y deberes hacia los vivos. Los deberes hacia los muertos tienen que ver con el culto a los antepasados que es similar entre chinos, japoneses y coreanos y que como veremos más adelante tienen consecuencias jurídicas incluso hasta la actualidad. Los deberes hacia los vivos incluyen a su vez tres objetivos, siendo el más alto conseguir el orgullo de los padres, el que le sigue no deshonrarlos, y el más bajo mantenerlos.

Aunque en un principio la piedad filial comprendía únicamente las relaciones entre ascendientes y descendientes, más adelante se extendió su uso para referirse a todas las relaciones entre un superior y un subordinado. Esta interpretación ampliada fue muy relevante, ya que se ajustó perfectamente a los intereses de los gobernantes coreanos; de ahí que se favoreciera al confucianismo como ideología de Estado. A partir de la nueva interpretación podemos hacer otra distinción entre la piedad filial cuando esta se refiere a: i) La situación de los gobernados respecto de los gobernantes y; ii) La situación de los gobernantes respecto de los gobernados.

² En China el símbolo para la palabra “piedad” es una combinación de los caracteres “viejo” e “hijo”. Esto es representativo de que en la tradición China, padre e hijo constituyen una unidad, misma que se agranda con los abuelos y los nietos. Nosotros por comodidad y coherencia con nuestras fuentes usaremos el término de piedad filial en su conjunto connotado por Confucio y sus discípulos.

³ Esta obra de autor desconocido se consideró como uno de los Libros clásicos de China.

I) LA SITUACIÓN DE LOS GOBERNADOS RESPECTO DE LOS GOBERNANTES

El Libro Sagrado de la Piedad Filial dice: “Así como se le debe servir al padre, así también se le debe servir a la madre, y amar a ambos de igual manera. Así como se le debe servir al padre, así también se le debe servir al gobernante, y respetar a ambos de igual manera” (Libro Sagrado de la Piedad Filial).

Confucio agrega en un comentario a la máxima anterior: “Del {Libro Sagrado de la Piedad Filial} aprendemos el deber más inmediato, el de servir a nuestro padre y el mediato, de servir a nuestro príncipe.” (Analectas 1.2).

De aquí y a través de una progresión lógica, va homologando la discusión de los deberes hacia la familia para referirse también a los deberes hacia el gobernante. Lo anterior lo podemos comprobar en la reflexión de que:

“Si un hombre en la privacidad de su casa no es solemne, no es filial; si al servir a su gobernante no es leal, no es filial; si en cumplir con los deberes que le corresponden no es diligente, no es filial; si en el campo de batalla no es valiente, no es filial. Si fallara en cualquiera de éstas cinco cuestiones, el mal llegaría hasta sus padres y ¿acaso puede hacer otra cosa que honrarlos?” (Analectas 4.20).

Aquí encontramos un claro ejemplo de cómo se utilizó a la piedad filial para regular a los súbditos. El gobernante debía ser obedecido porque de no hacerlo se atentaría contra la piedad filial y por consiguiente contra los propios padres. Conforme a los deberes confucianos no existe ofensa más grave que la de ir en contra de la piedad filial, por lo que se llegó a interpretar que la peor falta que podía cometer un gobernado hacia el orden social era atentar contra su fundamento: el padre/gobernante.

Pero a pesar de las muchas críticas que autores contemporáneos le han hecho a Confucio por establecer estrictos deberes de los hijos/gobernados hacia los padres/gobernantes, cabe destacar que también se refirió a los deberes de éstos para aquellos.

II) LA SITUACIÓN DE LOS GOBERNANTES RESPECTO DE LOS GOBERNADOS

Se le atribuye a Confucio la frase: “El buen gobierno se obtiene...cuando se procura la felicidad de aquellos que están cerca y cuando se atrae a aquellos que están lejos.” (Analectas 13.16)

Como podemos ver, si bien se puede usar la piedad filial para justificar el poder del gobernante, este poder también genera responsabilidades recíprocas. El gobernante nunca debe olvidarse del pueblo, a cambio de lealtad y devoción, debe tratar a sus gobernados conforme a la piedad filial. Una interpretación armónica de estas ideas implica que los principios que regulan a la familia y los que regulan al gobernante se corresponden. Lo que es aún más importante, estos principios parten de la familia para luego extenderse

al gobierno. Así, “Del amoroso ejemplo de nuestra familia, el amor se extiende hacia el Estado; de su cortesía, la cortesía se extiende hacia el Estado” (El Libro Sagrado de la Poesía).

La organización del Estado es por tanto una versión amplificadora del microcosmos entre padres e hijos, ya que ambas instituciones tienen una raíz común: la piedad filial. Esto se sintetiza en la máxima conforme a la cual “Para gobernar debidamente al Estado, es necesario primero regular a la familia.” (Gran Ciencia 9.3). En estos términos se fijó la posición de la familia como base de la sociedad y la regulación de ésta por parte del gobierno.

De la misma manera que el orden surgido de la familia y de la comunidad no implica un conjunto de deberes que se le imponen al individuo desde arriba, sino que nace de la propia naturaleza humana, el poder y facultades del gobernante surgen de su carácter de padre del pueblo. Esta interpretación imperó desde inicios de la dinastía de Choson hasta la Corea de la modernidad.

III. LA INVENCION DE LA TRADICIÓN Y EL INICIO DE LA MODERNIDAD

En Asia oriental los primeros intentos de codificar el derecho consuetudinario tuvieron lugar entre 1870 y 1900 en Japón. En este periodo los legisladores japoneses intentaron redactar instituciones que les sirvieran como bases jurídicas para convertir sus tradiciones y costumbres en pilares del Estado moderno. Para Japón, contar con un orden jurídico de estilo Occidental también les serviría como símbolo de desarrollo civilizatorio primero y de supremacía colonial después.

Cuando Corea se convirtió en una colonia japonesa, se le impuso el recién promulgado Código Civil Meiji de 1898. Ya que Corea no tenía una obra escrita de derecho privado, y ya que éste requiere de un arraigo en las costumbres locales, el gobierno colonial decidió darle valor jurídico a las “costumbres coreanas”. Como consecuencia, aunque *de iure* Japón impuso su derecho civil, *de facto* permitió que las costumbres regularan la mayoría de las relaciones privadas durante casi medio siglo.

En la práctica, se denominó “costumbre coreana” a casi cualquier cosa que se distinguiera del derecho japonés y a la que se le reconociera valor jurídico. Esta categoría comprendía los libros de ritos, textos confucianos, prácticas populares y tradiciones religiosas entre otras múltiples fuentes. De esta manera, el sistema de derecho colonial permitió a los funcionarios japoneses controlar a la sociedad coreana a partir de lo que reconocían como costumbre. El derecho coreano por tanto tuvo como primera fuente la jurisprudencia colonial que reconocía costumbres “a modo” sobre la base del Código Civil japonés de 1898.

Pero al final del periodo colonial el uso y abuso del término “costumbre” fue particularmente problemático. Tras la derrota de Japón y la liberación de sus colonias comenzó a resignificarse la costumbre como tradición ancestral y fuente de derecho. Esta readaptación fue accidentada y desigual, lo cual era de esperarse si tenemos en cuenta que en tan solo 50 años Corea pasó de regular a su sociedad conforme con la tradición confuciana/legalista a asimilar forzosamente una versión de la tradición romano-germánica por vía del derecho colonial nipón, para finalmente rehacer un orden jurídico que tendría que definir como propio. A toda esta complejidad debemos sumar la fragmentación nacional por el paralelo 38 que dividió artificialmente a una península que había sido relativamente homogénea por casi cinco siglos y que llevaría a una guerra que subsiste formalmente hasta nuestros días.

En este orden de ideas, establecer una identidad coreana se volvió un requisito urgente e inmediato para la nación que acababa de recobrar su libertad. A fin de lograrlo, no hubo tiempo suficiente para largas discusiones parlamentarias, reflexiones académicas o extensos congresos constituyentes. Una vez más la tradición y las costumbres, en sus connotaciones de cajas vacías, serían utilizadas para establecer continuidades y diferencias que permitieran marcar tanto un origen como una refundación nacional.

Esta estrategia se puede identificar incluso en el lenguaje de la nueva Constitución de 1948, que desde su Preámbulo hace énfasis en la importancia de la continuidad histórica al señalar “Nosotros, la gente de Corea, *orgullosos de nuestra historia y tradiciones que datan de tiempos inmemoriales...*”. De igual manera, la conexión entre pasado y presente se convierte en un deber estatal al señalarse en su Artículo 9 que “El Estado deberá esforzarse por *mantener y desarrollar el legado cultural* y fortalecer la cultura nacional” (Constitución de Corea, 1948).

El impacto de la costumbre se consolidó con el Código Civil de la República de Corea de 1958 que desde su artículo 1 establece: “En temas de carácter civil, cuando no hubiere una norma aplicable conforme a la ley, *se aplicará la costumbre* y, en defecto de ambas, la razón” (Código Civil, 1958). De esta manera, aunque la noción de costumbre y su marco jurisprudencial se generaron desde el derecho colonial japonés, la voluntad legislativa poscolonial la reivindicó como fuente de derecho (Kim, 2007).

Siguiendo la lógica del nacionalismo jurídico de la escuela histórica alemana, varios legisladores y jueces de posguerra trataron de fundar el derecho coreano en costumbres y tradiciones que consideraban provenían de la antigüedad. Sin embargo, con frecuencia se trataba de invenciones modernas que no guardaban relación con los orígenes lejanos que supuestamente tenían. Este fenómeno coincide con lo que Eric Hobsbawm y Terence Ranger llaman “la invención de la tradición” y sirve para dotar de legitimidad y faci-

litar la asimilación de instituciones modernas argumentando su supuesto origen ancestral (Hobsbawm y Ranger, 2005).

Aunque Corea no ha sido la única nación que ha aplicado la estrategia de la “invención de la tradición” a su sistema jurídico, sí es quizás la que ha tenido que hacerlo más rápidamente en los últimos tiempos. Debido a ello, aún en este Siglo XXI, tanto la Suprema Corte como el Tribunal Constitucional se han visto constantemente envueltos en discusiones sobre “tradición” y “costumbre”. En la siguiente sección analizaremos algunas de estas discusiones relacionadas directamente con la ideología confuciana y la importancia de la piedad filial para la República de Corea en este siglo.

189

IV. LA COSTUMBRE Y EL CONFUCIANISMO EN EL DERECHO COREANO CONTEMPORÁNEO

Existen varias normas confucianas en el Código Civil de 1958 que se han promulgado y mantenido bajo el argumento de ser prácticas tradicionales o de costumbres antiguas y arraigadas (Kim, 2007). Los casos más destacados son los que se refieren a normas familiares y sucesorias de acuerdo con los cánones de la piedad filial.

Las prácticas confucianas que se observaron durante la dinastía Choson se identificaron con la cultura tradicional y, por tanto, se mantuvieron en el Código Civil poscolonial (Peterson, 1996). Técnicamente, estas reglas sobre derecho de familia y derecho sucesorio son de carácter legislativo, pero por su origen resultan inseparables del derecho consuetudinario. Han tenido un estatus particularmente controversial por el hecho de que muchas veces fueron los tribunales y legisladores coloniales los que las reconocieron y les otorgaron validez jurídica. Además, muchas de estas normas basadas en la costumbre confuciana son contrarias a principios y normas constitucionales vigentes.

Así, tanto la Suprema Corte como el Tribunal Constitucional han tenido que interpretar el alcance y significado legal de la cultura tradicional. Los jueces en Corea han tenido el papel de definir el derecho familiar como pocos otros países del mundo; esto es lo que se conoce como la “disputa jurídica por el confucianismo” (Yune, 2005).

Marie Seong-Hak Kim identifica tres temas principales regulados por el Código Civil especialmente afectados de los que se predicen orígenes tradicionales y confucianos en Corea. Estos temas han sido progresivamente redefinidos por el poder judicial en los últimos años y son: i) El requisito de adopción agnaticia; ii) El sistema de jefatura familiar y; iii) La prohibición de los matrimonios entre personas del mismo apellido.

I) EL REQUISITO DE LA ADOPCIÓN AGNATICIA

Para el siglo XVII, el sistema familiar de la dinastía Choson había alcanzado su plenitud. La estructura patrilínea de orden confuciano se fundó en la estipulación de que “los antepasados disfrutaban de sacrificios solo cuando son ofrecidos por un varón de la misma sangre” (Shaw, 1977). En Corea, la interpretación de este pasaje llevó a una serie de reglas únicas en las prácticas de adopción, matrimonio y herencia.

La primera de estas reglas fue la prohibición de adoptar a un menor que tuviera un apellido diferente al adoptante. Ya que la adopción se justificaba únicamente en la necesidad de asegurar el culto de los antepasados, solo un varón, generalmente hijo de un hermano o primo del jefe de familia, podía ser adoptado. Consecuentemente, en Corea se prohibió la adopción no agnaticia por casi 500 años.

A principios del Siglo XX, sin embargo, esta prohibición quedó suspendida cuando las autoridades coloniales japonesas intentaron cambiar el sistema de adopción en Corea. En 1939, el gobierno colonial permitió la adopción entre personas con diferentes apellidos y también introdujo la “adopción de yernos”, conocida en Japón como *Muko-yoshi*. Pero si este sistema injertado era contrario a la tradición coreana, ¿cómo debería entenderse la adopción en el periodo poscolonial?

Inmediatamente después de la liberación, jueces y legisladores buscaron distanciarse del pasado colonial. Conforme con ello, los cambios jurídicos establecidos en ese periodo fueron declarados nulos y contrarios a las costumbres. En 1947 un decreto del gobierno coreano prohibió expresamente la adopción no agnaticia y negó el registro de las personas adoptadas dentro de la familia del adoptante. Asimismo, en 1949 la Suprema Corte de Corea anuló los efectos jurídicos de las adopciones de yernos (*Muko-yoshi*) que habían tenido lugar desde 1939.

La Suprema Corte reiteradamente resolvió que el sistema de adopción colonial era contrario a las costumbres coreanas y que “había quedado abolido automáticamente con la partida del gobierno japonés” (Peterson, 1996). Sostuvo asimismo que “las relaciones establecidas sobre la base de este sistema son contrarias al orden público y las buenas costumbres y, por lo tanto, son nulas *ab initio*.” (Suprema Corte, 1949, Min-Sang 348, 26 de marzo, 1949 (Corea del Sur). Al descartar los precedentes y anular las relaciones adoptivas no agnaticias del período colonial, las cortes hicieron a un lado la seguridad jurídica en su esfuerzo por desaparecer los resabios de la legislación japonesa.

No obstante, en 1994 la Suprema Corte revirtió su posición y reconoció la validez de las adopciones no agnaticias. Esta nueva interpretación de la “costumbre confuciana” representó un cambio fundamental en el sistema

coreano de adopción, substituyendo su fundamento del culto de los antepasados al bienestar de los menores (Suprema Corte, 1992, 92Ta29399, 23 de octubre, 1992 (Corea del Sur)).

La nueva interpretación de la Suprema Corte a su vez llevó en 2005 a una reforma al Código Civil que estableció el sistema de “adopción real”. El nuevo sistema permitió la adopción en el sentido más amplio: el hijo adoptado ahora disfrutaba de los mismos derechos que el hijo biológico y se le permitía cambiar su apellido al de los padres adoptivos. (Kim, 2012)

El solo hecho de que cambiar el sistema tradicional de adopción haya tomado tanto tiempo evidencia la profundidad y tenacidad de la influencia confuciana en el derecho de familia coreano. Por otro lado, mientras que la Suprema Corte se dedicaba a decidir la legalidad de la tradición y costumbre colonial en la adopción, el Tribunal Constitucional se vio obligado a determinar la constitucionalidad de las normas consuetudinarias del sistema de jefatura familiar. Este punto se analizará a continuación.

II) EL SISTEMA DE JEFATURA FAMILIAR (*HOJU*)

Durante el periodo Choson, el hijo mayor estaba a cargo de la ceremonia del culto a los antepasados. El reconocimiento de su destacada posición ritual condujo gradualmente al establecimiento de la primogenitura para efectos familiares y sucesorios. Pero la designación del hijo mayor como jefe de familia también le confirió una cantidad desproporcionada de poder económico y social dentro de la familia conforme al sistema *hoju* (Kim, 2009).

En la Corea poscolonial, la necesidad de crear un orden jurídico propio llevó a revalorar la validez de este sistema. Las fuerzas conservadoras abogaban conservarlo, al ser una importante costumbre relacionada con el patrimonio confuciano. Los oponentes liberales, por su parte, lo condenaron por su carácter patrilineal, inequitativo y particularmente discriminatorio hacia las mujeres.

Al final, la discusión se trasladó a definir lo que “verdaderamente” constituía la costumbre confuciana en Corea. Los críticos argumentaron que durante el dominio colonial los japoneses aumentaron la autoridad del *hoju* y desnaturalizaron la jefatura familiar tradicional. En este sentido, se disfrazaba de costumbre coreana lo que en realidad era una disposición colonial y, por tanto, una impostura extranjera.

Pero aún más importante, independientemente de su carácter verdadera o falsamente tradicional, el sistema *hoju* era indeseable en la posguerra. En efecto, aunque el propio Japón había abolido su sistema de jefatura familiar en 1948 (Villaseñor, 2011), el Código Civil coreano de 1958 lo conservó casi intacto. Mantener una tradición cuya originalidad ni siquiera podía ser suficientemente demostrada ocasionó que se perpetuara una costumbre perniciosa.

En febrero de 2005, el Tribunal Constitucional finalmente dictaminó que el sistema *hoju* era contrario a la Constitución. En la sentencia de 2005, la opinión de la mayoría declaró que la “tradición” y las “costumbres coreanas” deben entenderse como conceptos que reflejan tanto la historia como las circunstancias de la época. “El hecho de que dichas prácticas existieron en un cierto punto en la historia por sí solo no las vuelve merecedoras de protección constitucional.” (Tribunal Constitucional, 2001, Hon-Ga, 9 a 15 (Corea del Sur)).

La Corte reconoció que el sistema *hoju* estaba profundamente arraigado en la estructura familiar tradicional. Sin embargo, “incluso si uno está de acuerdo que el sistema de jefatura familiar tiene cierta relación con la estructura de familia patriarcal que caracteriza nuestro sistema familiar ... el trasfondo social que estableció y preservó el sistema *hoju* ya no existe” (Tribunal Constitucional, 2001, Hon-Ga, 9 a 15 (Corea del Sur)). Tras este fallo, el Código Civil fue reformado en marzo de 2005 para abolir del todo al sistema *hoju* a partir del 1 de enero de 2008.

La opinión de la Corte trató de evitar enredarse con el debate sobre si el sistema era una auténtica costumbre familiar coreana o un vestigio de la impostura japonesa. Se centró en cambio en la adecuación de la práctica en los tiempos modernos; una interpretación de vigencia más que de validez histórica. Como expondremos a continuación, una transformación similar fue la que operó respecto de la prohibición de los matrimonios entre personas del mismo apellido.

III) LA PROHIBICIÓN DE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO APELLIDO

En Corea, los hijos nacidos dentro del matrimonio reciben el apellido del padre. Tradicionalmente, los hombres y mujeres que tienen los mismos apellidos tienen prohibido casarse. La regla, originada en China, se remonta al menos al inicio de la dinastía Choson. En el contexto del confucianismo, la regla era un mecanismo para mantener la identidad familiar y, conforme a la piedad filial, garantizar la pureza del culto a los antepasados. (Johnson, 1979).

Aún en la modernidad, la prohibición de matrimonio se incluyó en el Código Civil de 1958 en su artículo 809 que indicaba:

Artículo 809

[Prohibición del matrimonio entre partes cuyo apellido y hogar ancestral son comunes]

(1): No se permitirá un matrimonio entre parientes si el apellido y su origen son comunes para las partes.

Debido al crecimiento de la población, la mayor movilidad y la creciente urbanización en Corea del Sur, la posibilidad de conocer y enamorarse de alguien del propio patrilineaje era mucho mayor. Esto fue un problema especialmente para los tres clanes coreanos más grandes, los Kim, los Park y los Lee que incluso hoy en día suman el 45% de la población surcoreana (Resultados del censo de Población de 2015, 2019).

A pesar del artículo 809, muchos hombres y mujeres que compartían el mismo apellido optaron por vivir juntos como marido y mujer. A pesar de que algunos estiman que el número real es tan alto como 200,000 parejas (casi el 2 por ciento de todas las parejas casadas en Corea del Sur), los hijos nacidos de tales uniones se consideraron legalmente nacidos fuera del matrimonio (Cho, 2002). Entre otros efectos, ese estatus significó que no podían registrarse en el seguro nacional de salud y que eran discriminados en conflictos sucesorios y de propiedad.

El 20 de mayo de 1995, el Juzgado Familiar de Seúl remitió al Tribunal Constitucional un caso presentado por ocho parejas que pidieron al tribunal que evaluara la constitucionalidad del artículo 809 del Código Civil. Argumentaron que el código violaba el “derecho a la búsqueda de la felicidad” y el “derecho a la vida familiar” garantizado por los artículos 10⁴ y 36⁵, respectivamente, de la Constitución de la República de Corea.

Dos años más tarde, el Tribunal Constitucional resolvió en contra del Artículo 809. El tribunal sostuvo que el Artículo 809 era incompatible con la Constitución y que, si la Asamblea Nacional no lo modificaba antes del 31 de diciembre de 1998, sería nulo y quedaría sin efectos a partir del 1 de enero de 1999. El tribunal declaró además que hasta que la Asamblea Nacional enmendara el artículo, otros tribunales y agencias gubernamentales, incluidos los gobiernos locales, no deberían aplicarlo.

La opinión mayoritaria declaró que:

La prohibición de los matrimonios entre miembros del mismo linaje agnaticio viola la dignidad de los seres humanos y el derecho a la búsqueda de la felicidad garantizado por la Constitución, así como el derecho al matrimonio libre y a la igualdad. (Tribunal Constitucional, 1997, Hon-Ga, 6 a 13 (Corea del Sur)).

4 Artículo 10. Todos los ciudadanos deben estar seguros del valor y la dignidad humana y tienen derecho a buscar la felicidad. Será deber del Estado confirmar y garantizar los derechos humanos fundamentales e inviolables de las personas.

5 Artículo 36.

- (1) El matrimonio y la vida familiar se celebrarán y sostendrán sobre la base de la dignidad individual y la igualdad de los sexos, y el Estado hará todo lo que esté a su alcance para lograr ese objetivo.
- (2) El Estado se esforzará por proteger a las madres.
- (3) La salud de todos los ciudadanos estará protegida por el Estado.

La opinión mayoritaria también enfatizó la libertad de matrimonio y afirmó que:

El concepto de matrimonio ha cambiado de “una unión entre familias” a “unión entre personas”, lo que refleja el respeto al libre albedrío de la persona. (Tribunal Constitucional, 1997, Hon-Ga, 6 a 13 (Corea del Sur)).

Aun así, en el Tribunal Constitucional hubo dos opiniones disidentes. La primera opinión enfatizó que el matrimonio debería ser reconocido públicamente a través de normas sociales como las costumbres, la moral y la religión, y consideró que la libertad individual era comparativamente menos importante. La segunda opinión también se opuso a darle prevalencia a la libertad matrimonial por encima de las costumbres confucianas y para fundar su voto citó el deber de preservar la cultura tradicional conforme con en el artículo 9 de la Constitución (Kim, 2016).

V. CONCLUSIONES

Consideradas en conjunto, las últimas resoluciones de la Suprema Corte y el Tribunal Constitucional reflejan los esfuerzos judiciales para reconfigurar el ámbito legal coreano tras la ocupación japonesa. Después de 50 años en los que casi cualquier argumento fundado en la tradición y las costumbres confucianas recibía protección legal, los jueces fueron desarrollando estándares más estrictos para interpretar el derecho consuetudinario. Actualmente, las leyes basadas en la costumbre y la tradición deben demostrar que no contravienen los derechos fundamentales protegidos por la constitución. Particularmente, en las resoluciones arriba citadas se le ha dado prevalencia al derecho a buscar la felicidad (artículo 10), la igualdad (artículo 11)⁶, la propiedad (artículo 23)⁷ así como a la equidad de género (artículo 36)⁸ por

6 Artículo 11.

- (1) Todos los ciudadanos serán iguales ante la ley, y no habrá discriminación en la vida política, económica, social o cultural por razón de sexo, religión o condición social.
- (2) Ninguna casta privilegiada será reconocida o establecida de ninguna forma.
- (3) La concesión de condecoraciones o distinciones de honor en cualquier forma será efectiva solo para los destinatarios, y no se derivarán privilegios de esta.

7 Artículo 23.

- (1) Se garantizará el derecho de propiedad de todos los ciudadanos. Los contenidos y limitaciones de este derecho serán determinados por ley.
- (2) El ejercicio de los derechos de propiedad se ajustará al bienestar público.
- (3) La expropiación, el uso o la restricción de la propiedad privada de la necesidad pública y su compensación se regirán por la ley. Sin embargo, en tal caso, se pagará una compensación justa.

8 Artículo 36.

- (1) El matrimonio y la vida familiar se celebrarán y sostendrán sobre la base de la dignidad individual y la igualdad de los sexos, y el Estado hará todo lo que esté a su alcance para lograr ese objetivo.
- (2) El Estado se esforzará por proteger a las madres.
- (3) La salud de todos los ciudadanos estará protegida por el Estado.

encima de los argumentos tradicionales (Kim, 2012).

Aunque con mucha suspicacia, los jueces finalmente decidieron anular las costumbres que consideraron contrarias a los conceptos y principios democráticos modernos. En el Siglo XXI, la Suprema Corte ha exigido que el derecho consuetudinario sea justo y razonable y que no contravenga el orden constitucional (Suprema Corte, 2001, Ta48781, 2001 (Corea del Sur) y (Suprema Corte, 2002, Ta1178, 2002 (Corea del Sur)). El Tribunal Constitucional también ha afirmado que la ley debe valorarse de acuerdo con los principios de libertad e igualdad de una sociedad liberal democrática. (Tribunal Constitucional, 2001, Hon-Ga, 9 a 15 (Corea del Sur)).

Sin embargo, hay que señalar que el escrutinio judicial de las costumbres confucianas no siempre tuvo lugar de manera consistente o imparcial. La historia jurisprudencial demuestra que, en el derecho familiar y sucesorio, los jueces han estado menos dispuestos a invalidar normas a las que se les atribuye un origen en la “verdadera cultura coreana” (Ginsburg, 2009). Particularmente en el caso de la piedad filial, las normas que supuestamente promueven el respeto por los padres y antepasados suelen contar con un amplio apoyo popular, no obstante que afecten derechos individuales, lo que hace difícil su cancelación. Otra dificultad para invalidar estas normas es que muchas veces son consideradas como el último bastión de la moral contra la invasión de culturas extranjeras y moralmente deficientes, ya sean estas japonesas, americanas o europeas.

Ya que el derecho consuetudinario en Corea se mantiene como un nexo crucial entre el patrimonio cultural clásico y la identidad democrática moderna, la labor de los jueces seguirá siendo particularmente delicada e importante. En el futuro próximo será fundamental mantener un adecuado balance entre tradición y derechos humanos; la costumbre y los valores confucianos deberán coexistir con los ideales democráticos y humanistas. Esperamos que a estas reflexiones se sumen estudios subsecuentes que analicen el desarrollo de dicho balance en los años venideros.

VI. REFERENCIAS

- Bergua, J. (2010). *Los Cuatro Libros de Confucio*. Madrid, España: Ediciones Iber.
- Bell, D. y Chaibong H. (2003). *Confucianism for the modern world*. Cambridge, Estados Unidos: Cambridge University Press.
- Confucio (2019) *Analectas*. Madrid, España: Edaf Antillas.
- Chan, Wing-tsit (1963). *A Source Book in Chinese Philosophy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Deuchler, M. (1995). *Confucian Transformation of Korea. A study of Society and Ideology*. Harvard, Estados Unidos: Harvard University Press.

- Harding, A. y Nicholson, P. (2010). *New Courts in Asia*. Filadelfia, Estados Unidos: Routledge.
- 196 Hobsbawm, E. y Ranger, T. (2005). *La Invención de la Tradición*. Barcelona, España: Editorial Crítica.
- Johnson, W. (1997). *The Tang Code, Volume II: Specific Articles*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Kim, S. (2015). *Confucianism, Law and Democracy in Contemporary Korea*, Londres, Reino Unido: Rowman & Littlefield International.
- Menander Dawson, (2002). *The ethics of Confucius*. Oregon, Estados Unidos: University Press of the Pacific.
- Noss, J. (1968). *Man's Religion*. Nueva York, Estados Unidos: MacMillan Company.
- Peterson, M. (1996). *Korean Adoption and Inheritance: case studies in the Creation of a classic Confucian Society*. Michigan, Estados Unidos: Cornell University.
- Seong-Hak Kim, M. (2007). Law and Custom under the Chosŏn Dynasty and Colonial Korea: A Comparative Perspective. *Journal of Asian Studies* 66, Estados Unidos: Association for Asian Studies.
- Seong-Hak Kim, M. (2009). Customary Law and Colonial Jurisprudence in Korea, *The American Journal of Comparative Law*, Reino Unido: Oxford University Press.
- Seong-Hak Kim, M. (2012). *Law and Custom in Korea: Comparative Legal History*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Seong-Hak Kim, M. (2013). In the name of custom, culture, and the constitution: Korean customary law in flux. *Texas International Law Journal*, Estados Unidos: University of Texas.
- Shaw, W. (1977). *Legal Norms in a Confucian State*. Berkeley, Estados Unidos: University of California.
- Villaseñor, F. (2011). Derecho y discurso en la creación del modelo de familia japonés (ie). *Revista de Asia y África*, México: El Colegio de México.
- Xinzhong, Y. (2000). *An Introduction to Confucianism*. Gales, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Yune, J. (2005). Tradition and the Constitution in the Context of the Korean Family Law. *Journal of Korean Law* 5, Corea: Seoul National University College of Law.