

Las uniones de pareja en la actualidad y su eficacia internacional

Prof. Adj. Esc. Ruben Santos Belandro¹

Derecho Internacional Privado

Parte primera: El matrimonio

El matrimonio un concepto elusivo

I. Intentar definir en la actualidad qué debemos entender por matrimonio sobre el plano internacional debe ser una de las tareas más complejas a las que se ve enfrentado un operador jurídico. Esta dificultad no se debe únicamente al hecho de que en Occidente las uniones de pareja han estallado en múltiples formulaciones sino también, a un mayor conocimiento de las civilizaciones no occidentales y a un mayor respeto de sus razones de ser. Hasta hace muy pocos años el matrimonio era definido como "la unión celebrada ante una autoridad civil o religiosa entre un hombre y una mujer capaces, basada en la singularidad de la relación y en el carácter permanente e indisoluble de la misma". Al día de hoy esta postura se encuentra tan alejada de la realidad, que conviene realizar un repaso de los principales hechos que han producido el desmoronamiento de este modelo.

a) *La formalidad*: para nacer a la vida jurídica, el matrimonio necesita en los países de tradición profundamente laica como Uruguay, de la realización de un acto dotado de una cierta solemnidad ante una autoridad pública que declara oficialmente "unidos en matrimonio" a un hombre y a una mujer. O, en aquellos ordenamientos jurídicos que consideraban válido al matrimonio religioso, del cumplimiento de determinado rito ante un dignatario sacerdotal. Estas dos vertientes de un matrimonio formal no son exigencias intemporales sino más bien, hechos bastante recientes en el devenir histórico. La formalidad laica proviene en gran medida, del tratamiento dado a esta relación por el Código de Napoleón de 1804; y la religiosa sólo tiene unos cinco o seis siglos de vigencia, cuando la Iglesia Católica lo instituyó como un sacramento de obligado cumplimiento ante un pastor de la Iglesia. Antes de ambos acontecimientos, en Occidente el matrimonio era una relación puramente consensual.

En la actualidad, las pautas sociales nos están mostrando una caída abrupta del número de celebraciones de matrimonios formales en Occidente. En Uruguay, desde 1970 a la fecha este número se ha visto reducido en un 47%, casi a la mitad. A la par de esta declinación del matrimonio

(1) Profesor en Régimen de Dedicación Total de Derecho Internacional Privado y Profesor de Derecho Extranjero y Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República y en la Regional Norte con sede en la ciudad de Salto.

formal como modo de unión de la pareja se percibe el surgimiento de expresiones consensuales de uniones tan variadas y particulares, que su sola presencia está cuestionando seriamente el dogma de la formalidad del matrimonio. Si nos ubicamos dentro del Derecho Comparado, éste nos muestra que en otras civilizaciones distintas a la nuestra la formalidad no tiene el monopolio sino que por el contrario –y como lo veremos oportunamente– se han inclinado decididamente hacia modalidades consensuales de la consagración matrimonial.

b) **La indisolubilidad:** impuesta por preceptos religiosos del Nuevo Testamento que indicaban que “lo que ha unido Dios no lo separe el hombre” (Marcos 10.9), la mayoría de los derechos positivos de los países de esta área del mundo impusieron la indisolubilidad del matrimonio y la prohibición del divorcio. Veda que nunca fue total, en tanto la propia Iglesia Católica, utilizando diversos argumentos, concedía autorización para disolver los matrimonios entre personas de sangre real basada en razones de interés del Estado. La posibilidad de poder disolver el matrimonio por divorcio concedido masivamente a todos los integrantes de la sociedad fue una de las primeras conquistas de los movimientos a favor de los derechos humanos, entre los cuales figuraba uno de los más seriamente afectados, como es el derecho a la libertad. Actualmente, es casi imposible encontrar en Occidente una legislación estatal que prohíba el divorcio. El Derecho Comparado nos muestra que la disolución voluntaria del vínculo matrimonial también es posible en otras culturas.

c) **La exclusividad o singularidad:** esa unión entre un hombre y una mujer debía ser reconocida siempre y cuando no existieran impedimentos jurídicos que obstarán a su consagración. Un parentesco demasiado cercano, una edad demasiado baja que fuera un obstáculo para el libre discernimiento, la comisión de algunos delitos, etc., constituyeron habitualmente la base de esos impedimentos, entre los cuales estaba también la de un matrimonio anterior no disuelto legalmente. En este sector del mundo, se condenó penalmente la bigamia y la poligamia, en cuanto se partía de la base de que un hombre o una mujer no podían detentar en forma simultánea, más de un estado civil de casado. Se afirmó también por la doctrina, que la singularidad del matrimonio formaba parte del orden público internacional del país.

Las transformaciones sociales que arrancan con fuerza luego de la segunda guerra mundial, han relativizado esta exigencia. El contacto inevitable entre personas de culturas diferentes dentro de los países altamente industrializados de Occidente –debido a la inmensa masa de inmigrantes asentados en forma estable en los mismos– ha vuelto inevitable una cierta actitud morigerada ante la singularidad de la figura matrimonial, al punto de que en la actualidad se acepta que los matrimonios poligámicos produzcan los más diversos efectos jurídicos, con la única excepción de inhabilitar la posibilidad de consagrar una nueva celebración hasta tanto la anterior no se encuentre disuelta. Por otro lado, hoy es factible detentar en Occidente en forma concurrente al estado civil de casado, el de concubino registrado, ante lo cual se vuelve imposible tratar a los matrimonios poligámicos con la severidad jurídica de antaño –como conductas “viciosas” y “degeneradas”– a riesgo de cometer una evidente hipocresía.

d) **El intercambio sexual:** hasta hace poco tiempo la procreación pareció ser uno de los imperativos fundamentales del matrimonio: obtener una descendencia, ampliar el mundo humano, en definitiva cumplir el mandato divino “creced y multiplicaos” (Génesis 1.28). Fue considerado tan importante este cometido que asumían los contrayentes, que era posible disolver el matrimonio si éste no se había consumado. La situación al día de hoy no parece ser tan drástica; la extensión de la vida humana a parámetros hasta hace pocas décadas desconocidos, condujo

inevitablemente a pensar que el intercambio sexual de la pareja no siempre se da, sobretodo entre personas de edad avanzada. Y que se ve con menos rigor esta carencia en tanto se privilegia el intercambio afectivo y la asistencia moral y económica mutua.

e) *La heterosexualidad*: las innovaciones ante la figura matrimonial –cuya fórmula conservadora fue expuesta al comienzo– no se han detenido ahí. Algunos países, como España y Holanda en Europa, han habilitado a las parejas homosexuales a contraer matrimonio. En América Latina, otros parecen querer recorrer igual camino, como es el caso de Uruguay, que dio un primer paso al reconocer las uniones concubinarias entre homosexuales; y Ecuador al consagrar en su nueva Constitución la posibilidad jurídica de una unión semejante.

2. ¿Qué queda entonces como elemento decisorio para identificar al matrimonio sobre el plano internacional? ¿Qué permanece luego de haberse constatado que el matrimonio no tiene porqué ser necesariamente formal, que es disoluble, que no necesariamente es singular o exclusivo, que el débito sexual no siempre se presenta, y además que puede celebrarse entre personas del mismo sexo? Se nos dirá que hoy la relación está basada en el afecto y apoyo espiritual mutuo. Entonces, ¿qué lo diferencia de una simple relación de amistad? El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define a la amistad como “afecto puro, desinteresado y recíproco entre las personas” Afecto, que dada la liberalidad reinante también puede estar teñida, ocasionalmente, de relaciones sexuales.

Ante la requisitoria no existirá una respuesta, un asidero, un cabo seguro para implementar una categoría jurídica dentro del derecho internacional privado que se encuentre cerca de la realidad que hemos esbozado, si recurrimos exclusivamente al dato sociológico. Y ello por la sencilla razón de que caeríamos en un relativismo total, donde valdría lo mismo estar casado que no estarlo, ser casado que ser concubino, mantener relaciones heterosexuales como homosexuales. La respuesta deberá ser dada por el Derecho positivo, el cual deberá establecer la extensión y los límites de la categoría matrimonial, los vínculos con las categorías vecinas y las posibilidades de recíprocas influencias. Quizás las soluciones jurídicas se encaminen en Occidente a ese emparejamiento absoluto entre todas las uniones de pareja, pero por el momento, y sin perjuicio de recurrir a distintos procedimientos para evitar un encasillamiento dentro de figuras jurídicas muy rígidas, todavía se hace necesario distinguir entre concubinato, matrimonio, unión absolutamente libre, poligamia, monogamia, uniones hetero u homosexuales.

Por ese motivo, entonces, iremos analizando dentro del derecho internacional privado, las distintas situaciones en las que pueden ubicarse las personas cuando desean vivir en pareja. Comenzaremos por el matrimonio formal, luego continuaremos con el matrimonio consensual, seguiremos con el análisis de la poligamia, para culminar con el tratamiento de las relaciones entre personas del mismo sexo.

¿Qué significa exactamente querer casarse al día de hoy?

3. ¿Cuál es el contenido de la intención de contraer matrimonio? Se hace indispensable procesar una nueva definición de matrimonio ante la presencia del matrimonio homosexual, del divorcio por voluntad unilateral, de las numerosas formas de uniones extramatrimoniales, para determinar los efectos jurídicos de cada unión de pareja. Parece superfluo decirlo, pero no está demás destacar que las reglas sobre el matrimonio tienen un elevado poder simbólico, poder que se proyecta mucho más allá de quienes se encuentran bajo su normativa.

Clavería ha propuesto una definición de matrimonio lo suficientemente laxa como para cubrir estas variantes, ¿tal amplitud no arriesga vaciar de contenido al concepto? Luego de examinar la evolución experimentada por el matrimonio en Occidente afirma que "*matrimonio es la decisión de dos personas –del mismo o de diferente sexo– de constituir una relación personal estable entre ellas*". Lo definitorio del matrimonio hoy día, es únicamente la convivencia estable. En la actualidad querer casarse es la decisión de dos personas del mismo o de diferente sexo; de constituir una relación estable entre ellas². Insistimos en lo paradójico de la situación, pues ¿qué separa a esta definición del matrimonio de una simple relación de amistad?

4. En los últimos siglos en Occidente se han distinguido dos modelos de matrimonio. El romano donde el consentimiento inicial no era tan relevante como sí lo era el relacionamiento continuo y permanente entre los integrantes de la pareja. Había matrimonio mientras hubiera *affectio* en el hombre y en la mujer, mientras ambos desearan continuar casados. Cuando faltaba la intención de ser marido y mujer –o sea cuando no estaba presente la *affectio maritalis*– cesaba el matrimonio. Por ello, el divorcio lejos de ser una ruptura del vínculo controlada por una autoridad –por ejemplo, por un juez– se presentaba como la extinción de la relación conyugal, al cesar la *affectio maritalis*. No se trataba de que se casaren el día tal y, que a partir de ahí quedarán insertos en una relación duradera, de la que sólo saldría bajo determinadas condiciones y aprobaciones. En esta figura romana del matrimonio no se estaba casado sino que cada uno estaba casándose continuamente, cada día se estaba prestando el consentimiento y cumpliendo las obligaciones producto de un consentimiento previo.

El otro modelo de matrimonio es el hebreo-cristiano, que concibe al matrimonio no como un acto jurídico permanente sino como acto jurídico vinculante. Por un lado, se crea el vínculo mediante el acuerdo de los contrayentes –es una fase instantánea que para algunos se asemejaba a la celebración de un contrato– y, por el otro, aparece una fase duradera derivada de la anterior en la que los cónyuges ejercitan derechos y cumplen obligaciones (como el débito conyugal y otros deberes). Y para evadirse de este vínculo, el contrayente necesitaba del consentimiento del otro, o de una autoridad. Lo que se buscó con este modelo fue un control social sobre la familia.

Un estudio de la evolución del matrimonio en Occidente permite constatar que ha sufrido una profunda evolución. La potestad marital y el consiguiente deber de obediencia de la mujer se atenuaron, al punto de disponerse la desaparición lisa y llana de la jefatura a favor del hombre. Paralelamente se ha producido el fenómeno de la más amplia emancipación de la mujer, especialmente de la mujer casada, a quien se le reconoce el ejercicio de todos los derechos, tanto civiles como políticos.

Entre los efectos personales que produce el matrimonio existen deberes recíprocos y deberes unilaterales. Como deberes recíprocos podemos citar los de: convivencia, fidelidad y asistencia, rasgos que aparecen en todas las legislaciones del continente americano. En cuanto a la convivencia, la fijación del domicilio que era un atributo del marido hoy constituye una facultad a ejercer de común acuerdo por ambos cónyuges. En cuanto a las relaciones personales entre los cónyuges se pasó de la supremacía del marido y obediencia de la mujer a cierta supremacía del marido y, por último, a la igualdad completa entre los cónyuges que conduce a reconocer que marido y mujer son tan independientes desde el punto de vista jurídico como si no hubieran contraído matrimonio.

(2) Clavería Gosálbez, Luis Humberto. *La transformación del concepto de matrimonio en derecho civil español tras las reformas de julio de 2005 (Breve estudio legislativo)*. ADC. T. LX. 2007. fasc. 1. p. 5.

En materia económica, en Occidente tiende a generalizarse el sistema de “participación en los bienes gananciales”, mediante el cual cada cónyuge conserva la administración y disposición de sus bienes propios, estableciéndose una coparticipación en los bienes que se adquieran durante la vigencia de la sociedad conyugal.

En cuanto a la relación entre padres e hijos, la patria potestad o autoridad parental deja de ser un poder absoluto para transformarse en una función social controlada, dejándose de pertenecerle en exclusividad al padre para darle también cabida a la madre, con iguales poderes tuitivos.

Sección 1: EL MATRIMONIO EN URUGUAY

5. En Uruguay existe una única forma de contraer matrimonio con efectos jurídicos, que es aquel celebrado ante un Oficial del Registro del Estado Civil, y en ciertos casos ante un Juez de Paz. Es el denominado laico, solución vigente desde el 21 de julio de 1885. Los contrayentes pueden contraer matrimonio mediante la forma religiosa, pero ésta no tiene efectos jurídicos y si se quiere cumplir con este rito, deberá realizarse obligatoriamente luego de celebrado el matrimonio civil. El art. 84 del Código Civil prevé la aplicación de sanciones penales a los Ministros de la Iglesia Católica o pastores de las comunidades disidentes que celebren el rito religioso sin la comprobación de la celebración previa del matrimonio civil. No obstante, un pacto de celebración de un matrimonio religioso puede tener efectos jurídicos en nuestro ordenamiento, en la medida que se haya convenido celebrar un matrimonio civil bajo la condición resolutoria de celebrar matrimonio bajo una determinada fe religiosa en el mismo día de la celebración del matrimonio civil (art. 91.7).

El Código Civil ha calificado al matrimonio como acto jurídico (arts. 88 y 90); alguna doctrina lo considera un acto complejo; pero también el propio Código alude al matrimonio como un contrato (arts. 85, 86 y 91). Se ha criticado la concepción contractual del matrimonio en cuanto el matrimonio depende de la voluntad de las partes sólo hasta el momento de su celebración, pero luego rigen una serie de normas de las cuales no está permitido apartarse: en cuanto a las formas de constitución y disolución, de los efectos sobre las personas y los bienes, así como las obligaciones que impone. Todas reguladas por el legislador mediante disposiciones generalmente de orden público. Desde que se celebra el matrimonio, los contrayentes quedan emplazados en el estado de cónyuges, generando los derechos y deberes de orden personal y patrimonial que la ley establece, por lo que se configura un estado matrimonial. Sus principales caracteres son: el de ser solemne, monogámico, heterosexual y estable, aunque no inmutable³.

6. *Las normas nacionales y convencionales sobre el matrimonio en Uruguay.* Nuestro país tiene tres fuentes de derecho internacional privado respecto de la categoría “matrimonio”. El art. 11 del Tratado de *Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889, el art. 13 de su homónimo de 1940 y el art. 2395 del Código Civil que consagran las tres el principio *lex loci celebrationis*, que se resume así: *La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar donde se celebra.*

Se trata de una regla que confiere una competencia muy amplia a la ley del lugar donde los novios deciden desposarse. Bajo su imperio se resolverá si los contrayentes son o no capaces – derogando de esta manera el principio general de que la capacidad se regula por la ley del domi-

(3) Ribero, Mabel, Ramos, Beatriz, Morales, Verónica. *Matrimonio y sociedad*. Montevideo. 2004. p. 94 y 96.

cilio— la forma del acto —si es solemne o consensual, si debe realizarse ante una autoridad religiosa, civil, judicial o administrativa o, sin la presencia de autoridad alguna— y la validez o invalidez del acto matrimonial, que también cae bajo el imperio de la *lex loci celebrationis*. Para justificar esta solución los tratadistas de la época sostuvieron el siguiente argumento: “hemos podido convencernos de lo que entonces entendió el Dr. Gonzalo Ramírez ser consecuencia con el principio territorial. En efecto: la mayor parte de los contratos pueden celebrarse en un país y consumarse o producir sus efectos en otro, pero el contrato de matrimonio se consuma en el mismo en que se celebra, y aunque rigurosamente en la realidad esto no fuera cierto, la ley lo presume y tiene que presumirlo por decoro y por razones de moral; de un modo o de otro sería erróneo presumir que la unión conyugal se consuma en el domicilio que ulteriormente adoptan los cónyuges. El lugar de la consumación del contrato coincide pues, en esta materia, con el lugar de su celebración”⁴.

No obstante, este imperio al que hacemos mención, no es tan amplio como para no dejar resquicio a la aplicación de otras leyes. Nuestro ordenamiento jurídico se ha caracterizado por fragmentar la regulación del vínculo matrimonial en diversas categorías. Así y como hemos dicho, la capacidad de los contrayentes, la forma y validez del matrimonio se rigen por la ley del lugar de su celebración. Pero los efectos del matrimonio no. Las relaciones personales se regulan por la ley del domicilio conyugal (art. 12 del Tratado de 1889, art. 14 del Tratado de 1940, art. 2396 del C. C.), punto de conexión mutante; las relaciones patrimoniales por la ley del primer domicilio matrimonial (art. 16 del Tratado de 1940 y art. 2397 del C. C.), punto de contacto inmovible; y la separación de cuerpos y la disolubilidad del matrimonio resultan administrados por la ley del domicilio conyugal y en el caso de su ausencia, por la ley del domicilio del actor.

Nada obsta a que el imperio de la ley del lugar de celebración del matrimonio pueda verse desconocida a través de la interposición de la excepción de orden público internacional y, eventualmente, del fraude a la ley, si ataca principios esenciales del Estado. Corresponde realizar una explicación: una legislación que admita de modo general el matrimonio entre impúberes no puede llegar a tener eficacia internacional, salvo que el matrimonio haya continuado pacíficamente una vez traspasada esa edad, o la pareja haya procreado. Podría merecer dudas la posibilidad de interponer el fraude a la ley, porque este fraude se produce para violar las normas imperativas del foro, pero habría que pensarlo tomando en consideración la reserva que realizó Uruguay al art. 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo, de 1979.

7. Los impedimentos para contraer nupcias en las normas nacionales y convencionales de derecho internacional privado de Uruguay. Uruguay ha regulado el matrimonio mediante normas de derecho internacional privado nacional a través del art. 2395 del Código Civil, que lo vincula con 187 países del mundo, y también lo ha hecho en los Tratados de Montevideo de 1889 (con tres) y de 1940 (con dos), soluciones todas análogas.

Impedimentos dirimentes

8. En consecuencia, queda ubicado bajo el paraguas de la ley del lugar de celebración, el establecimiento de los impedimentos dirimentes para contraer matrimonio, su número, su carácter taxativo y absoluto, así como la enumeración de los impedimentos impeditivos o prohibitivos.

(4) Berro, Mario. *El matrimonio*. Anales de la Universidad. Montevideo. 1894. Año IV. Tomo VI. P. 284.

En cuanto a los Tratados de Montevideo mencionados, además, de la regla general establecida al comienzo de los artículos 11 (1889) y 13 (1940) que coincide en su solución consignada en el Código Civil, los textos convencionales agregan cinco impedimentos para contraer nupcias, exactamente iguales salvo la literal b) del art. 13 del Tratado de 1940 que agrega dentro del parentesco no sólo al referido por consanguinidad sino también, por afinidad. Estos impedimentos son:

1) **la falta de edad para desposarse (literal a):** con el agregado de la edad mínima para los contrayentes fijada por los Tratados en 12 años para la mujer y 14 años para el varón. Este impedimento coincide con lo dispuesto por el art. 91.1 del Código Civil.

2) **parentesco en línea recta por consanguinidad sin límites(1889-1940) y por afinidad (1940) (literal b):** tiene su réplica en el art. 91.4 del Código Civil.

3) **parentesco por consanguinidad entre colaterales hasta el segundo grado, sean de origen matrimonial o extramatrimonial (literal c):** es igual al art. 91.5 del Código Civil.

4) **el impedimento criminal:** se encuentra colocado en el art. 91.6 del Código Civil.

5) **el matrimonio anterior no disuelto legalmente (literal d):** es semejante al art. 91.3 del Código Civil.

Los Tratados no aclaran si estos impedimentos están clasificados como impedimentos dirimientes o dentro de los prohibitivos, sólo afirma que: *Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos, cuando se halle viciado de algunos de los siguientes impedimentos: (...)*

¿La consagración sobre el plano convencional de estos impedimentos, excluye otros que puedan existir en la legislación interna del lugar de celebración? ¿Pueden aplicarse de una forma acumulativa? ¿Su aplicación excluiría *de facto* la circulación internacional del matrimonio? Son preguntas que para responderlas hacen necesaria realización algunas precisiones.

Impedimentos para contraer matrimonio en el Derecho interno de Uruguay

9. En cuanto a los impedimentos que obstan a la celebración matrimonial, pueden ser divididos en dos grupos: los impedimentos dirimientes, que impiden la celebración de un matrimonio válido; y los impedimentos impeditivos o prohibitivos, los cuales no afectan su validez aunque afectan la regularidad, que puede conducir a sanciones civiles y penales.

Los impedimentos dirimientes son: la falta de edad; la falta de consentimiento; el vínculo de un matrimonio anterior no disuelto; determinados vínculos de parentesco en línea recta, por consanguinidad o afinidad; el homicidio, tentativa o complicidad en el homicidio contra la persona de uno de los cónyuges, respecto del sobreviviente; y la estipulación de consagración religiosa, que como hemos dicho coinciden –salvo el último– con nuestras normas de derecho internacional privado.

10. En cuanto a los impedimentos impeditivos o prohibitivos son aquellos que si bien no obstan a la validez del matrimonio, su incumplimiento lo transforman en un matrimonio irregular.

Entre ellos tenemos: 1) la obligación de obtener el asenso expreso por parte de los padres para desposarse, y a falta de éstos, del ascendiente o ascendientes en grado más próximo, obligación que perdura hasta que los que desean casarse cumplan los 18 años de edad (arts. 106 a 110). En caso de negativa o de inexistencia de parientes facultados, la autorización podrá ser dada por el Juez Letrado de Familia competente; 2) la aprobación previa de la cuentas de la tutela y curatela, obligación a cargo del tutor y curador o sus descendientes (art. 111); 3) el plazo que debe respetar la mujer cuyo matrimonio anterior haya sido disuelto o anulado (art. 112), impedimento establecido con la finalidad de evitar eventuales conflictos de filiación de los hijos nacidos dentro del plazo de 301 días contados desde el fallecimiento del marido o de la separación personal; y 4) la declaración jurada de los bienes de los hijos bajo su patria potestad (art. 113).

Entre los deberes provenientes del estado de matrimonio, los cónyuges se deben entre sí un deber de fidelidad, lo cual implica abstenerse de mantener relaciones sexuales voluntarias durante el matrimonio con personas de distinto sexo (art. 127). Con la nueva ley No. 18.246 de 2007, esta obligación desaparece al estar los cónyuges separados, o sea no conviviendo bajo el mismo techo. Igualmente tenemos el deber de auxilios recíprocos, tanto espirituales como económicos, contribuyendo en este último caso proporcionalmente a los gastos del hogar (art. 129). Y el deber de convivencia, si se incumple inmotivadamente puede ser causal de divorcio. Como señalan Rivero, Ramos y Morales, se trata de un deber recíproco, que no admite ejecución forzada⁵.

11. Cabe preguntarse entonces, cuál es la fuerza de estos impedimentos. Parece claro que cuando un matrimonio es celebrado en algunos de los Estados Parte de los Tratados mencionados, los demás Estados pueden oponerse a su circulación internacional en sus territorios si su celebración ha contravenido algunos de los cinco impedimentos contenidos en ellos y especificados *ut supra*. Pero, la constatación de una discordancia no constituye una obligación (“Sin embargo, los Estados Parte no quedan obligados a reconocer (...)”), de manera que es posible que aún cuando en el resto de los países –y de acuerdo a su legislación interna– se haya infringido el impedimento de edad mínima, igual el matrimonio podrá circular dentro de dichos países si el orden interno establece que el matrimonio igual será válido para el caso de que los contrayentes tuvieren una edad inferior a la pubertad legal y han procreado un hijo, o cuando la desposada se encontrare embarazada. La aplicación facultativa de estos impedimentos establecidos por los Tratados de Montevideo, refuerza, en definitiva, el *jus connubi*, o *favor matrimonii*.

12. La siguiente pregunta a plantearse es si el establecimiento de estos impedimentos por parte del legislador convencional excluye la posibilidad de que el legislador nacional de cada Estado Parte pueda agregar otros al elenco, incluso dentro del propio Estado de celebración. Nuestra opinión se inclina por la afirmativa, los Tratados de Montevideo no impiden el establecimiento de impedimentos basados en normas nacionales. Pueden darse dos situaciones. Que el Estado del lugar de celebración del matrimonio imponga impedimentos dirimentes no recogidos en el resto de los países miembros del Tratado. Si alguno de estos impedimentos “nacionales” resulta atacado, ello impedirá su celebración. La otra situación es que sean impuestos por los demás países ratificantes y no por el Estado de la celebración. Si alguno de estos impedimentos nacionales resulta violado, podrá oponerse la excepción de orden público internacional al matrimonio celebrado en el extranjero, para evitar que tenga eficacia en el país de acogida.

Si se trata de impedimentos impeditivos o prohibitivos, debemos tomar en consideración que

(5) Rivero, Mabel, Ramos, Beatriz, y Morales, Verónica. *Derecho y Sociedad*. Op. cit. p. 114.

éstos no afectan la validez del matrimonio sino que lo convierten en matrimonios irregulares. Por ello, podrán circular libremente dentro de los países a los cuales se les aplican los Tratados de Montevideo, pero su eficacia podrá ser recortada en algunos aspectos, precisamente debido a la irregularidad cometida. Los impedimentos prohibitivos a tener en consideración son los de la ley del lugar de celebración, competente para resolver todos los aspectos de las nupcias a realizar, y no los establecidos en los demás países en cuanto no afectan al orden público internacional de estos últimos.

Proyecto de ley de derecho internacional privado de Uruguay

13. De conformidad con el art. 23 del proyecto, “la ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo, la forma, la existencia y la validez del acto matrimonial.” El mencionado proyecto guarda entonces, exacta coincidencia con el art. 2395 del Código Civil.

Sección 2: EL MATRIMONIO EN ORIENTE

14. Utilizamos la expresión Oriente con una cierta laxitud porque nuestro objetivo es el análisis de los sistemas jurídicos musulmanes, los cuales se extienden desde el Lejano Oriente, como Malasia, hasta las costas africanas del Atlántico, como Mauritania. A través de 14 siglos de su historia y sobre la inmensidad de ese espacio el Islam ha conocido las más diversas interpretaciones y en su nombre se han ejercido las políticas más variadas. En el Islam hay tres grandes ramas: la sunnita, la chiíta y la kharidjita. Dentro de la rama sunnita hay cuatro escuelas o ritos: la hanafita, la malikita, la shafiita y la hanbalita. En cuanto a la rama chiita, ésta es partidaria del cuarto califa Alí. En base a lo expresado no puede hablarse de un Islam único a lo largo de la historia sino de diferentes Islam. La historia del Islam está tejida de divisiones y de cismas.

1. Familia y matrimonio en los países musulmanes

15. *El Islam.* Por miles de años, la región del Oriente Medio ha estado poblada por pueblos semitas. El origen de estos pueblos no ha podido ser precisado con exactitud, aunque existen firmes posibilidades de que provengan de la península arábiga, que en la prehistoria era una región muy fértil o, de la cercana África. El estrecho contacto durante milenios generó fuertes relaciones entre los pueblos, pero también enfrentamientos y hasta su disolución dentro de grupos mayores. Del tronco semita son los hebreos y los árabes, quienes adoptaron el monoteísmo, plasmado en la Biblia para los primeros y, en El Corán para los segundos. Esa apretada convivencia durante un transcurso de tiempo tan prolongado ha provocado que numerosos aspectos del estatuto personal de los dos pueblos se encuentren muy próximos entre sí. Ello nos alienta a un examen tanto del matrimonio musulmán como del matrimonio judío.

Fuentes del Derecho. El Corán.

16. El Corán contiene la palabra de Dios transmitida a los musulmanes a través del Profeta Mahoma. Debido a ello debemos considerar que el sistema de normas basadas en el Corán es independiente del poder político, lo que significa que el Estado no puede elaborar normas jurídicas, modificarlas, cambiarlas o proponer reglas nuevas. Sólo están autorizados a hacerlo los *ulemas* en tanto que intérpretes del texto sagrado. Para superar el retraso histórico que aquejaba a los países que siguen el modelo tradicional musulmán, en el s. XIX se propusieron reformas institu-

cionales profundas. Pero Ben Achour considera que los autores musulmanes no fueron conscientes que sus demandas iban a hacer añicos el modelo tradicional islámico donde lo jurídico se elabora fuera del poder político y donde la función de este último debía limitarse a mantener el orden, hacer la guerra y ejecutar las reglas jurídicas. La idea de que el Estado árabe moderno pudiera legislar les resultaba totalmente ajena al modelo clásico⁶.

Desde un comienzo el Corán podía haberse puesto por escrito en árabe —idioma derivado del arameo— pero Mahoma en un principio no tuvo claro el desarrollo de las revelaciones de que era receptor, por lo cual los versículos (*aleyas*) y capítulos (*azoras*) fueron aprendidos de memoria⁷, mediante textos cortos y rítmicos que permitían su fácil memorización. Debido a esta forma de comunicación de las *aleyas*, algunas fueron olvidadas, así como ciertas revelaciones. No se pensó en diseñar un catálogo cronológico de las revelaciones y cuando se intentó establecerlo ya fue demasiado tarde. Ello ha hecho que una misma revelación figure fragmentada en varias *azoras*. Bajo el mandato del califa Utmán se redactó un texto oficial combatiéndose cualquier discrepancia sobre el mismo. Los chiíes acusaron al califa de haber suprimido toda referencia a Alí, hermano de Jadicha y por tanto cuñado de Mahoma, lo que profundizó las divisiones entre las distintas escuelas.

El texto de El Corán que llegó a conformarse consta de 114 *azoras*, que van colocadas por orden decreciente de longitud. Encabeza la *azora*, uno de los temas en ella tratados, le sigue el lugar donde se reveló (La Meca o Medina), el número de aleyas de que consta y finalmente, la invocación a Dios. Debido a lo expuesto El Corán no es un texto homogéneo. Vernet considera que El Corán elevó la condición social de la mujer poniéndola a la misma altura que el hombre y le prometió la vida futura sin distinción de razas ni de religiones⁸. Ese estado privilegiado se refleja aún hoy en la legislación islámica que es notablemente más favorable a la mujer que la que en su

(6) Según Ben Achour “el deseo de mayores libertades, de establecer Constituciones y de limitar el poder, implicaba que el Estado se convirtiera en legislador. Idea radicalmente nueva para el Islam porque significaba, ni más ni menos, que la primera pirámide se yuxtapusiera sobre la segunda para llegar a una única, en la que Derecho y Estado se confundieran. El Estado pretende introducirse en los terrenos que le eran más extraños como: la familia, el estatuto de la mujer, el matrimonio, el divorcio, etc., por no hablar del ámbito económico, de contratos, de los seguros o de la fiscalidad. Esa nueva realidad es rechazada de plano por el musulmán integrista que quiere que el Estado continúe al servicio de la shari’a . es decir de un sistema jurídico planteado por El Corán y la Suna, interpretados por los juristas antiguos. Para el musulmán tradicional el Derecho es algo revelado. Se trata de un sistema independiente, supraterrrestre. Rechazan (...) sobretudo el concepto mismo de un Estado que encarna la autonomía de lo político, porque para el musulmán creyente lo político no puede ser autónomo sino que debe estar siempre subordinado a lo religioso.” “Su rechazo surge cuando se cuestionan los valores referentes a la sexualidad y a la relación hombre-mujer, es allí donde se inerusta todo. Estiman que la mujer occidental es el modelo anti-islámico. (...) Para los fundamentalistas la mujer debe permanecer en el hogar, ser responsable de los niños y de la casa y, ante todo, ser púdica. Hay que cubrirla y mantenerla apartada de la vida pública, para evitar la fuerza destructora de la seducción y, de ahí, la utilización del hija, chador, etc.” “Los fenómenos islamitas (...) se corresponden a la revuelta de espíritu que rechaza que se pase del sistema de las dos pirámides al de la pirámide única, porque significa pura y simplemente la ruptura con Dios. Si el Estado hace la ley significa que negamos la ley de Dios. La rebelión de ese espíritu musulmán rechaza seguir por el actual camino, porque se había habituado a vivir según determinadas representaciones y perspectivas. (...) La mujer es la piedra angular del sistema normativo clásico. Para los islamitas clásicos, mujer y Estado son dos símbolos que deben mantenerse encerrados. No se debe liberar al Estado para evitar que se convierta en legislador y no puede permitirse que la mujer se libere porque es el símbolo de una determinada moral a la que se aferra como a su propia vida”.

(7) Hemos recurrido al Prólogo y traducción de El Corán realizada por J. Vernet. España. 3ª edición. 2001.

Azora. 17.107. Y hemos hecho descender un Corán, al que hemos dividido para que lo recites a los hombres poco a poco. Lo hemos hecho descender sin interrupción.

(8) Azora XXXIII. 35. Los musulmanes, las musulmanas, los creyentes, las creyentes, los que oran, las que oran, los verídicos, las verídicas, los constantes, las constantes, los humildes, las humildes, los limosneros, las limosneras, los que ayunan, las que ayunan, los recatados, las recatadas, los que recuerdan a Dios y las que recuerdan a Dios, a todos éstos Dios les ha preparado un perdón, una enorme recompensa.

momento consagró el Código Napoleón.

2 228. Las mujeres tienen sobre los esposos idénticos derechos que ellos tienen sobre ellas, según es conocido, pero los hombres tienen sobre ellas preeminencia.

Es cierto que queda supeditada al hombre al que le debe obediencia. Pero como dice el referido especialista, no nos extrañemos por ello pues lo mismo ocurre en el catolicismo, cuando en el momento de la boda la mujer jura obedecer al esposo.

17. En los países musulmanes el Corán no es la única fuente de Derecho, si bien es el libro sagrado de revelación divina recibida por Mahoma y dirigida a toda la humanidad. Al Corán hay que agregarle la *Sunna* o tradición del Profeta y comprende todas las palabras y actos atribuidos a éste. Ha desempeñado una importante función en la interpretación de las disposiciones del Corán, pero en la jerarquía de las fuentes su lugar es inferior a este último.

18. La tercera fuente del derecho musulmán es la *Idjma*, definida como el consenso unánime de los doctores musulmanes luego de la muerte del Profeta, respecto de una época y de un determinado efecto. Varios versículos del Corán reconocen su valor y amenazan a quienes no lo acepten. La *Idjma* le ha dado al Islam la flexibilidad necesaria para poder evolucionar y adaptarse a cada época.

19. Luego tenemos el razonamiento deductivo o *kiyas*, que significa apoyarse en una regla preexistente para deducir de ella otra regla. Cuando las dos causas son las mismas o similares, se le aplicará al caso nuevo la solución del caso viejo.

20. También existen otras fuentes complementarias, como la opinión personal de un doctor musulmán para resolver problemas que no encuentran solución en las diferentes fuentes del Derecho musulmán. Luego tenemos la necesidad de encontrar el bien, que se caracteriza por renunciar al razonamiento deductivo cuando éste resulta exagerado y aplicar el juicio equitativo. Le sigue la búsqueda del interés general cuando no es posible encontrar la solución en las fuentes precitadas. Y por último la costumbre, que consiste en la práctica de una determinada sociedad en una época determinada. El aplicador del Derecho deberá tener en cuenta además, que no todas las escuelas mencionadas aceptan las fuentes complementarias y tampoco les atribuyen igual valor. La tarea de ubicar e interpretar el Derecho musulmán se vuelve entonces, una tarea compleja.

El Derecho de Familia musulmán

21. Como hemos expresado, El Corán contiene alrededor de 500 versículos relativos a cuestiones jurídicas; la mayoría pertenecientes al Derecho de Familia y en menor medida al Derecho Penal. En cuanto a las relaciones comerciales hay amplia libertad, lo único notable es la proscripción de la usura⁹. Se trata de una regulación sacralizada, hay un deber ser jurídico que proviene directamente de la palabra de Dios manifestada en El Corán, parte del libro revelado que Dios guarda en el paraíso. El Derecho musulmán rige las relaciones familiares: divorcio, repudio, relaciones pecuniarias, las cuestiones de la filiación, guarda, tutela, obligación alimentaria, etc.; y especialmente que los hijos menores deben ser educados obligatoriamente en la religión musul-

(9) Azora II.276. Quienes comen de la usura no se incorporarán el día del Juicio sino como se incorpora aquel a quien le ha dañado, tocándole Satanás. Eso porque dicen: "La venta es similar a la usura". Pero Dios ha declarado lícita la venta y ha prohibido la usura.

mana. Según Aldeeb, “en la mayor parte de los casos, los derechos y deberes de la mujer musulmana se ubican en un pie de igualdad con los del hombre. La mujer musulmana tiene siempre capacidad jurídica. Puede administrar sus propios negocios a partir de su mayoría de edad —recuérdese que el Profeta ayudó en los negocios de su primer mujer Jadicha— y por el hecho del matrimonio ella no perdió ni su capacidad jurídica, ni su apellido, ni la posibilidad de celebrar actos de comercio sin autorización del marido.

2.228. Las mujeres tienen sobre los esposos idénticos derechos que ellos tienen sobre ellas, según es conocido; pero los hombres tienen sobre ellas preeminencia.

4. 38. Los hombres están por encima de las mujeres, porque Dios ha favorecido a unos respecto de otros, y porque ellos gastan parte de sus riquezas a favor de las mujeres.

22. No obstante lo expresado, el mismo Corán establece que el testimonio de un hombre se equipara al testimonio de dos mujeres; y que en una sucesión, estas últimas heredan la mitad de los varones. ¿Es posible lograr algún cambio para que los países musulmanes puedan ir reconociéndole a la mujer un tratamiento homogéneo al del hombre en todos los aspectos? Se ha respondido que no, teniendo en cuenta el origen divino de las normas. Sin embargo, respecto del Derecho Penal, un número cada vez mayor de países musulmanes ha renunciado a aplicar la ley del talión y los castigos corporales como los azotes, o la lapidación (apedrear, matar a pedradas), sin que esta decisión mellara las eventuales críticas venidas desde las autoridades religiosas¹⁰. ¿Si es posible hacerlo en materia penal, por qué no en lo relacionado con el estatuto personal? Creemos que la respuesta radica en que concederle una mayor libertad a la mujer significa atacar la organización de la familia establecida en los textos sagrados, implicaría un cambio tan profundo que provocaría la disolución de la familia tal como fue enseñada por Mahona. No hay que olvidar que la familia es la base de la sociedad musulmana y, por ese motivo, se encuentra fuertemente protegida, donde cada uno cumple un rol en su ámbito y desarrollan el respeto y afecto mutuos. Ello explica algunos avances que pueden percibirse en los Códigos del Estatuto Personal más actuales y, a la vez, lo limitado de los mismos.

El matrimonio (nikah).

23. Para el derecho musulmán el matrimonio es un contrato puramente consensual mediante el cual un hombre se compromete simplemente a darle una dote a su mujer, a procurar su manutención y, como contrapartida, el derecho a tener lícitamente relaciones íntimas. En el Islam el matrimonio es un contrato bilateral basado sobre el libre consentimiento de las dos partes. El derecho musulmán clásico no prescribe ninguna forma oficial para la celebración del matrimonio y será válido aun cuando no sea hecho ante personal religioso musulmán y no se vea acompañado de la lectura de la primera *azora* del Corán. Para que el matrimonio sea válido debe basarse sobre cua-

(10) Azora IV.19. Contra aquellas de vuestras mujeres que cometen fornicación. buscad cuatro testigos de entre vosotros. Si dan fe contra ellas, mantenedlas cautivas en las habitaciones hasta que las llame la muerte o dios les dé un procedimiento.

16.127. Si castigáis, castigad en la misma forma en que fuisteis castigados, pero si tenéis paciencia, será mejor para los resignados.

24.2. A la adúltera y al adúltero, a cada uno de ellos, dadle cien azotes. En el cumplimiento de este precepto de la religión de Dios, si creéis en Dios y en el último día, no os entre compasión de ellos. ¡Que un grupo de creyentes dé fe de su tormento!

24.4. A las que calumnian a las mujeres honradas y no pueden luego presentar cuatro testigos dadles ochenta azotes y no volváis jamás a aceptar su testimonio: esos son los perversos.

tro pilares: la capacidad jurídica de los esposos, su consentimiento, la intervención del tutor matrimonial de la mujer (*wali*) y la constitución de un donativo nupcial o *mahr*.

No obstante, las nuevas leyes sobre el estatuto personal de algunos países musulmanes, si bien reconocen el matrimonio “consuetudinario”, tradicional o clásico, celebrado ante dos testigos —si sólo uno es varón se necesitará en reemplazo del faltante la presencia de dos mujeres—, alienta y hasta obliga a celebrar el matrimonio ante una autoridad religiosa o una autoridad civil con connotaciones religiosas y a la inscripción del matrimonio en un Registro del Estado Civil.

El Código del Estatuto Personal de Siria de 1975, ratifica las enseñanzas del Corán al considerar que:

Art. 2. El matrimonio se concluye por la oferta de uno de los contrayentes y la aceptación del otro. La oferta y la aceptación en el matrimonio se hacen por medio de expresiones que signifiquen matrimonio, oralmente o según la costumbre. Se puede hacer la oferta y la aceptación por escrito si una de las partes está ausente de la sesión.

Art. 11.1. Se requiere que la oferta y la aceptación sean acordadas por ambas personas en una sola sesión y que cada uno de los contrayentes oiga las palabras del otro y comprenda que el objetivo es el matrimonio y que no haya por ninguna de las partes, antes de la aceptación, nada que anule la oferta.

Art. 12. Se requiere para la validez del contrato de matrimonio, la presencia de dos testigos varones, o de un hombre y dos mujeres, musulmanes, sanos de mente y púberes, que oigan la oferta y la aceptación y comprendan el objetivo de ambas.

Art. 14.3. Si la mujer exige una cláusula en el contrato matrimonial que restrinja la libertad del esposo en sus actos particulares o afecte los derechos de otro, entonces la cláusula aunque sea válida, no obliga al esposo y si el esposo no la cumple, la esposa que exigió dicha cláusula, podrá demandar la anulación del matrimonio.¹¹

Por lo general la capacidad nupcial se establece en un nivel alto: 21 años cumplidos para el

(11) Según el Código de Familia argelino de 1984, luego de haber proclamado en el art. 2 que “la familia es la célula básica de la sociedad” y que “ella se compone de personas unidas por lazos de matrimonio y por lazos de parentesco”, indica en el art. 4 que: El matrimonio es un contrato celebrado entre un hombre y una mujer en las formas legales. Tiene entre otros fines, fundar una familia basada en el afecto, la mansedumbre y la cooperación, proteger moralmente a los cónyuge y de preservar los lazos de familia.

El Código del Estatuto Personal de Mauritania de 2001 define al matrimonio:

Art. 1. El matrimonio es un contrato legal por medio del cual un hombre y una mujer se unen con miras a una vida conyugal durable. Tiene por fin la fidelidad y la procreación por la fundación sobre bases sólidas y bajo la dirección del marido, de un hogar que le permite a los esposos hacer frente a sus obligaciones recíprocas en el afecto y respeto mutuo.

Art. 2. El matrimonio se probará mediante acta oficial conforme a las disposiciones del presente Código.

El juez podrá admitir otros modos de prueba, en consideración de una determinada situación de hecho.

Art. 5. Los elementos constitutivos del matrimonio son: los dos esposos, el tutor “wali”, la dote y el consentimiento.

Art. 6. La capacidad para casarse se cumple para toda persona dotada de razón, a los 18 años cumplidos de edad.

Art. 9. La tutela (wilaya) será ejercida en el interés de la mujer. La mujer mayor de edad no podrá casarse sin su propio consentimiento y la presencia de su tutor “wali”. El silencio de la hija joven equivale a consentimiento.

Art. 10. El tutor (wali) deberá ser de sexo masculino, dotado de razón, mayor y de confesión musulmana cuando la mujer es musulmana.

Art. 12. El tutor (wali) puede maniatar a una persona para celebrar el matrimonio en su lugar.

Art. 26. El matrimonio es válidamente celebrado mediante el consentimiento de las partes, expresado en términos consa-

hombre y 18 años cumplidos para la mujer, pero el juez puede dispensar la falta de edad “por una razón de interés o en caso de necesidad”, tal como ocurre en el Derecho de Familia de los países latinoamericanos.

El Código de Familia de Marruecos de 2003, contiene la misma definición de matrimonio (art. 4) que el Código mauritano. El art. 16 del citado en primer lugar afirma que el acta del matrimonio constituye la prueba válida de su existencia. Si no es posible el establecimiento de la mencionada acta podrá recurrirse a cualquier medio de prueba así como a un experto; el embarazo de la mujer puede ser prueba suficiente. La capacidad nupcial se establece a los 18 años cumplidos de edad, tanto para el hombre como para la mujer (art. 19).

24. *El impedimento dirimente por razones religiosas.* La aleya 27 de la azura 4 prohíbe casarse a personas unidas por vínculos de consanguinidad, a las nodrizas que proporcionaron la lactancia, o a personas unidas por vínculos de afinidad. El Islam es un poco más liberal que la religión judía —que sólo reconoce el casamiento entre dos hebreos. Y también, hasta cierto punto, que la religión católica, por cuanto esta última no prestaba sus servicios si no era entre creyentes de su propia fe. El Islam, en cambio, tolera el matrimonio de un musulmán con una israelita o una cristiana, por ser Gente del Libro (pero no con una idólatra). En tales casos se conformaría una familia monoteísta, garantía mínima para la cohesión de la pareja. Se tenía la esperanza de que en el futuro la mujer abrazara la fe musulmana, pero si no lo hacía su marido asume la obligación de darle la libertad necesaria para que pueda practicar su religión. A la larga la conversión se producía para evitar que la mujer no estuviera en desventaja en relación con la guarda de sus hijos o en materia sucesoria. El Corán dice lo siguiente:

5.7. Las mujeres recatadas, creyentes, o de aquellos a quienes se dio el Libro antes que a vosotros, os son lícitas, en cuanto les deis sus salarios como esposos suyos, no como fornicadores o tomadores de amantes. Quien rechaza su fe pierde sus obras, y en la última vida estará entre los perdidos.

No obstante lo expresado, El Corán no permite la situación inversa, en cuanto una mujer musulmana sólo puede casarse con un musulmán. Debemos reconocer sin duda, que se trata de un privilegio de religión a favor de los hombres. Hay un predominio del marido y de su ley, sobre la mujer, y un predominio del padre sobre los hijos. En esta poliginia se produce a la vez un doble privilegio: marital y religioso, y esto último debido a que los hijos deben ser educados en la religión musulmana del padre. Cuando se casa una hija, la autoridad del padre o de un tutor masculino pasa al marido, éste mantiene el derecho a prohibirle a trabajar fuera de su casa, salvo pacto en contrario de los contrayentes. Si la mujer queda en la casa, el marido debe procurar su subsistencia, si éste no la sostiene, podrá trabajar acatando las normas de la moral del Islam.

25. *La dote.* La entrega de la dote es una condición de fondo indispensable para la validez del matrimonio. De alguna manera es la contrapartida indispensable del régimen de separación de bienes y de las consecuencias pecuniarias que puede tener un repudio. La dote puede ser exigida

grados o con la ayuda de toda expresión admitida por el uso. Para toda persona que se encuentra en imposibilidad de expresarse, el consentimiento resultará válidamente de un escrito o de todo signo que expresa de forma cierta la voluntad. Art. 75. El matrimonio es contraído ante un oficial o un agente del Estado Civil quien dirigirá el acto. El acta de matrimonio se registrará por el oficial o agente del Estado Civil dentro de un plazo no superior a los tres a contar de la celebración. Todo matrimonio que no ha sido celebrado de acuerdo a los incisos 1 y 2 del presente artículo, sólo podrá probarse mediante un juicio.

por la esposa antes de la consumación del matrimonio, y de todas formas se deberá desde la disolución del matrimonio. Su monto está sujeto a grandes variaciones, no existe límite alguno impuesto en El Corán. Podría ser conveniente fijar un monto alto de manera que le permita a la esposa afrontar más fácilmente las dificultades en caso de que el marido se divorcie de ella. Y puede ser pagada al contado o a plazos.

Veamos en primer lugar el Código del Estatuto Personal de Siria:

Art. 53. la esposa tiene derecho a la dote por el simple hecho del contrato matrimonial válido, tanto si se designa en el contrato matrimonial como si no se designa o se niega totalmente.

Art. 54. No existe dote mínima ni máxima. Todo lo que legalmente constituye una obligación sirve como dote. La dote de la mujer se considera una deuda especial que ocupa el segundo lugar después de la deuda de manutención.

Art. 60. La dote es el derecho de la esposa y la deuda del esposo no se exonera, salvo pagándose personalmente si ella tiene plena capacidad, a menos que en el acta del contrato matrimonial se haya delegado en un mandatario particular de su cobro.

El Código de Familia argelino completa la visión al disponer que:

Art. 14. La dote es lo que se le paga a la futura esposa en efectivo o en cualquier otro bien que sea legalmente lícito. Esta dote es propiedad de ella y puede disponer de la misma libremente.

Art. 15. Esta dote deberá determinarse en el contrato de matrimonio y su pago podrá ser inmediato o a plazo.

Art. 16. La consumación del matrimonio o el deceso de cónyuge le dan derecho a la esposa a la integridad de su dote. Ella tiene derecho a la mitad de la dote en caso de divorcio antes de la consumación.

El Código del Estatuto Personal mauritano considera que

Art. 14. La dote (sadaq) debe fijarse de común acuerdo de las dos partes o de sus tutores (walis). La dote debe ser lícita, conocida de los dos esposos y exenta de áleas. La dote puede ser pagada al contado total o parcialmente, o a término en un plazo conocido que no entrañe habitualmente un álea.

Art. 15. La dote no está obligada a aceptar una dote inferior a la dote de paridad, en el caso del matrimonio por mandamiento.

Art. 21. La esposa podrá oponerse a la consumación del matrimonio si la dote fijada y exigible no le ha sido pagada, o si ella no ha sido fijada en el caso de matrimonio de mandamiento.

Podemos concluir que la dote no choca con los valores esenciales sustentados por los países occidentales, y cuando es negociada puede constituir una protección ante el repudio y la ausencia de una pensión alimenticia luego del divorcio.

26. **La poligamia.** La poligamia es una institución reconocida por el Derecho musulmán. Se basa en el Corán cuando Dios dijo:

Azora IV.3. Casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro. Si teméis no ser equitativos, casaos con una, o con lo que poseen vuestras diestras, las esclavas. Eso es lo más indicado para que no os apartéis de la justicia.

El Código del Estatuto Personal de Siria, prescribe lo siguiente:

Art. 37. No está permitido al hombre casarse con una quinta esposa, mientras no repudie a una de sus cuatro esposas y ésta finalice su 'idda.

Art. 47.2. El matrimonio de la musulmana con un no musulmán es nulo.

Se trata por tanto, de una facultad del hombre y no de una imposición, pero en definitiva es un privilegio masculino por cuanto la mujer sólo puede tener un único hombre a la vez. Si se casara con dos hombres cometería adulterio con el segundo marido y en algunos países sería pasible de lapidación. Como hemos mencionado, se trata de una posibilidad establecida por la *Shari'a*, que puede ser excluida en cláusulas contenidas en el contrato matrimonial.

La *aleyá* que hemos reproducido insiste especialmente en la necesidad de ser justos con las mujeres, de lo contrario debe desposar a una sola: Con ello se alude a la justicia material, o sea a la posibilidad financiera del marido de mantener a sus esposas en cuanto a alojamiento, alimentación, vestimenta, etc. En realidad, la poligamia no fue un invento del Islam, es reconocida aún hoy por otras religiones, como por ejemplo la judía, para no ir muy lejos. Se ha intentado justificar su existencia buscando diversos argumentos¹²:

- si la esposa resulta estéril, la poligamia le permite al marido desposar a otra mujer para asegurar su posteridad sin recurrir a la adopción, la cual está prohibida;
- cuando la mujer sufre una enfermedad grave y el marido no puede aproximarse a ella, la poligamia le permite desposar a una segunda mujer para satisfacer sus necesidades sexuales sin abandonar a la primera y no caer en el delito de fornicación;
- durante los períodos de guerra por los que atravesó el Islam, el número de las mujeres fue superior al de los hombres, la poligamia permitió entonces, reestablecer el equilibrio necesario, asegurando una tasa elevada de natalidad;
- en ciertas situaciones la capacidad sexual del hombre es más fuerte que la de la mujer, lo cual le permite a aquél superar esta situación sin caer en el delito de fornicación.

De todos modos podemos aseverar que se observa una disminución notable de la poligamia en los países musulmanes. Se cita que en Argelia, en 1996, de 2.100.000 matrimonios, sólo 40.000 eran poligámicos y las legislaciones más actuales tienden a imponerle un cierto número de trabancas. Túnez ha prohibido directamente esta institución (art. 18.1) y lo mismo ha hecho Turquía.

(12) Al Midani, Mohamed Amin. *La famille musulmane et la Shari'a. Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité à nos jours*. VV. AA. Strasbourg. 1992. P. 36.

27. **Pactos restrictivos de la poligamia.** Las legislaciones más recientes de algunos países del área musulmana han establecido algunas medidas para restringir y en cierto modo canalizar, la utilización de esta facultad. Es así que:

- la mujer puede incluir una cláusula prohibiéndole a su cónyuge que se case con otra mujer;
- aún sin cláusula alguna, la mujer puede pedir el divorcio si su cónyuge se casa nuevamente sin ésta haberlo consentido;
- se observa un control cada vez más creciente por parte de los jueces.

A título de ejemplo el Código del Estatuto Personal de Mauritania expresa que:

Art. 28. La esposa podrá estipular que su marido no despose a otra mujer, que no se ausente por más de un período determinado, que no le prohíba proseguir sus estudios o trabajar, así como cualquier otra condición no contraria a la finalidad del contrato de matrimonio.

Art. 29. La inejecución parcial o total por el marido de las condiciones resolutorias estipuladas por la esposa entrañará, a iniciativa de ella, la disolución judicial del matrimonio y una donación de consuelo (mutáa) cuyo monto será dejado a la apreciación del juez.

Por su parte, el Código del Estatuto Personal de Siria, advierte que:

El juez podrá negar la autorización a un hombre que ya esté casado, para casarse con otra mujer, salvo que tenga motivo legal y sea capaz de mantener a ambas mujeres.

28. **La obligación de informar.** El Código de Familia argelino establece en el art. 8 que:

Se permite contraer matrimonio con más de una esposa dentro de los límites de la shari`a si el motivo se encuentra justificado, si se han reunido las condiciones y la intención de equidad, y luego de haber informado a la esposa precedentes y a la futura. Una y otra podrán intentar una acción judicial contra el cónyuge en caso de faltar este consentimiento.

La existencia de la poligamia sobre el plano internacional choca con un principio esencial de los países occidentales donde la monogamia se considera un principio indiscutible, pero en estos momentos el problema de los matrimonios poligámicos es un problema más que nada europeo; piénsese en el hecho de que en Francia hay 4.500.000 de musulmanes, un número muy importante también se presenta en Alemania, y que en Italia ya se han detectado que viven en la península alrededor de 10.000 matrimonios poligámicos. ¿Qué actitud han tomado estos países ante el problema? Si bien la primera reacción de la jurisprudencia fue la de rechazo por considerarlas conductas “degeneradas”, luego los ánimos se fueron calmando recurriéndose al denominado orden público atenuado. Es una concepción muy restrictiva del orden público internacional que si bien evita la celebración de un nuevo matrimonio en el país, sin embargo se le reconocen ciertos efectos a los anteriores celebrados en el extranjero -válidos bajo la ley aplicable- como por ejemplo: la participación de todas las mujeres en la liquidación del régimen matrimonial; la indemnización a las viudas de un mismo hombre fallecido como consecuencia de un accidente de tránsito; la extensión de la obligación de prestación de alimentos respetando el derecho supremo a la vida de todo ser humano; la consideración como legítimos a los hijos de matrimonios poligámicos; y,

en materia sucesoria cuando se habla de cónyuge deben quedar comprendidas todas ellas. Esta protección a las mujeres e hijos de matrimonios poligámicos no se detiene ahí; sino que el amparo se ha extendido al derecho de la seguridad social, otorgándole prestaciones por maternidad, pensionarias, médicas, por orfandad, escolares, etc.¹³. Algo parecido puede constatarse en la ley No. 18.246 de 18 de diciembre de 2007 de Uruguay y reguladora del concubinato, donde ante el fallecimiento de un hombre comparece la cónyuge no divorciada y la concubina actual.

El tema de la poligamia no debe ser tomado como una cuestión a resolver en bloque, entre blanco y negro y cualquiera sean las circunstancias. En derecho internacional privado parece más justo distinguir diferentes situaciones:

- cuando un varón musulmán pretende casarse por primera vez con una mujer que comparte su fe o con una no musulmana de la Gente del Libro se trata de una situación que puede catalogarse como potencialmente poligámica;
- cuando el varón musulmán pretende casarse con una mujer que comparte su fe o con una no musulmana de la Gente del Libro, habiendo contraído ya nupcias con una o hasta tres anteriores sin llegar en ningún caso a disolverlos;
- cuando el varón no pretende casarse nuevamente sino solicitar el reconocimiento de los hasta cuatro matrimonios que ha celebrado;
- cuando el matrimonio poligámico no es la cuestión principal sino una cuestión previa: a la filiación de los hijos, al derecho a los alimentos, a la sucesión, etc.

En estos casos cabe calificar a dichos matrimonios como putativos, o interponer la excepción de orden público internacional atenuado.

El Código del Estatuto Personal de Mauritania prescribe que:

Art. 45. Está permitido contraer matrimonio con más de una esposa, si las condiciones y la voluntad de equidad se han reunido y luego de la información previa a la antigua y a la futura esposa, cuando se ha estipulado la monogamia.

Art. 46. Está prohibido el matrimonio de una musulmana con un no musulmán. Igualmente está prohibido el matrimonio de un musulmán con una no musulmana que no pertenezca a la gente del Libro.

Art. 57. Bajo la reserva de las disposiciones de la shari'a la esposa podrá ejercer cualquier profesión fuera del domicilio conyugal.

El Código de Familia marroquí señala que:

Art. 46. Cuando la poligamia está autorizada, no se celebrará el matrimonio con la futura esposa sino luego de que haya sido avisada por el juez, que el pretendiente es casado con otra

(13) Zamora, Javier. *El derecho internacional privado ante el matrimonio musulmán: experiencia francesa y británica y su eventual repercusión en España*. Revista de Derecho Privado. España. p. 114. Soluciones no muy diferentes estableció la ley No. 18.246 sobre uniones concubinarias en nuestro país.

mujer y luego de haber recogido su consentimiento.

Para Gaudemet Tallon, si bien el Derecho musulmán admite aún la poligamia, en algunos casos se percibe una regresión, en otros una prohibición lisa y llana de tal práctica o, una reglamentación sobretodo bajo la supervisión judicial. En Túnez está prohibida, en Marruecos la mujer puede exigirle al marido un compromiso de monogamia, y en Irán se somete la poligamia a la autorización del juez. Compartiendo la opinión de la colega, parece ocurrir una evolución inversa en las sociedades occidentales, donde se ha hablado de "poligamia sucesiva" ante la sucesión de matrimonios y divorcios", o aún de poligamia pura y simple, en la medida que el Derecho toma en cuenta simultáneamente los intereses de la esposa y los de la concubina. ¿Por qué entonces, no aceptar con mayor razón, la situación del extranjero polígamo que tiene dos esposas legítimas? ¿Ante esta evolución, hay seguridades de que la poligamia choque realmente el orden público, o es un prejuicio sin fundamento alguno?¹⁴

Relaciones personales

29. En cuanto a las relaciones personales en el matrimonio la mujer musulmana debe obedecer a su marido; por tanto, la potestad marital se encuentra firmemente asentada. Pero en contrapartida, el marido debe respetarla. El esposo es el jefe de familia y el primer responsable de sus miembros. El marido debe ser paciente con su mujer y perdonarle las simples faltas, debe proporcionarle una sirvienta si ella en casa de sus padres, estaba acostumbrada a tener una. Hay que destacar el rol que tiene la autonomía de la voluntad en cuanto le está permitido a la pareja regular algunas cuestiones en el contrato matrimonial, como la cláusula anti-poligamia y el repudio *kohl*, pero más allá no puede irse ya que el orden público religioso no permitirá que las cuestiones de familia se diriman por un Derecho distinto del islámico.

El Código del Estatuto Personal de Siria, afirma que:

Art. 65. El esposo tiene que proporcionar vivienda a su esposa en un domicilio como el de sus iguales.

Art. 66. La esposa, después de percibir la dote adelantada, tiene que vivir con su esposo.

Art. 67. El esposo no puede vivir con su segunda esposa en la misma casa que su primera esposa sin el consentimiento de esta última.

Art. 68. Cuando el matrimonio es polígamo, es obligación del esposo la igualdad entre las esposas en las viviendas.

Art. 69. El esposo no puede alojar a ninguno de sus parientes con su esposa, salvo que sea un niño pequeño incapaz de discernir, si se demuestra perjuicio para ella.

Art. 70. La esposa está obligada a viajar con su esposo, salvo si se estipuló en el contrato matrimonial otra cosa distinta o el juez encuentra un impedimento para el viaje.

Art. 72.1. La manutención de la esposa es un deber del esposo desde el momento del contrato

(14) Gaudemet-Tallon, Hélène. *La désunion de la couple en droit international privé*. Recueil des Cours. P. 230.

matrimonial válido, aunque ella sea de diferente religión y, aunque ella resida en la casa de su familia, salvo si el esposo le pide trasladarse y ella se niega sin ninguna razón.

Régimen de bienes en el matrimonio

30. En el Derecho musulmán el régimen es el de separación de bienes. Cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes adquiridos tanto antes como durante el matrimonio. Si la mujer no trabaja se prevé el pago obligatorio de una suma de dinero por el marido a la mujer, una parte antes del matrimonio y la otra luego del divorcio.

El art. 58 del Código del Estatuto Personal mauritano dispone que:

Art. 58. La mujer dispone con total libertad de sus bienes personales. El marido no podrá ejercer ningún derecho sobre la gestión de su esposa sino cuando ella consumiera por donación más de un tercio de sus bienes.

Obligación de alimentos

31. El Código de Familia argelino en el Título III, como otros de la región, establece que el hombre está obligado al mantenimiento de su esposa desde la consumación del matrimonio y de los hijos y, en caso de incapacidad del padre le incumbe a la madre cumplir con esa obligación respecto de los hijos comunes; el mantenimiento de los ascendientes le incumbe a los descendientes, y viceversa, según las posibilidades, las necesidades y el grado de parentesco en el orden sucesorio. Considera alimentos la nutrición, la vestimenta, los gastos médicos, el alojamiento o arriendo y todo lo que fuere necesario según el uso y la costumbre.

Sucesiones

32. El Derecho musulmán contiene normas discriminatorias respecto de las mujeres. El Corán otorga a los hijos el doble de las hijas, y al marido el doble de su mujer. Esta solución es contraria el orden público de los países occidentales y se justifica aduciendo que el marido se hace cargo de los gastos del hogar. Pero no debe sorprender demasiado, en Uruguay recién se logró la paridad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales en el año 1987. Los hijos musulmanes no pueden heredar de su madre no musulmana, tampoco si ella cae en apostasía.

El Corán. 4.12. Dios os manda acerca de vuestros hijos. Dejad al varón una parte igual a la de dos hembras; si las mujeres fuesen más de dos, tendrá el tercio de lo que deja el difunto; si fuese una, tendrá la mitad y a cada uno de los dos padres corresponderá el sexto de lo que deje si tuviese un hijo. Si no tuviese hijo, le heredarán sus dos padres, y su madre tendrá el tercio.

4.175. Al varón corresponde una parte igual a la de dos hembras. Dios os aclara las leyes para que no os extraviéis.

2. El matrimonio judío

33. En Israel, las materias referidas al estatuto personal se encuentran reguladas por el Derecho de las respectivas comunidades religiosas a la cual pertenezca el esposo y según la normativa

y el rito respectivo, tal como ocurre en la mayoría de los países musulmanes¹⁵. Al igual que en los países musulmanes, existe un paralelismo entre el Derecho religioso aplicable y la autoridad religiosa interviniente, la cual no sólo intervendrá en el acto del matrimonio sino también en las cuestiones relacionadas con la validez, disolución y nulidad del matrimonio. No obstante, toda comunidad religiosa deberá tener en cuenta la legislación civil referida a la igualdad de la mujer, al patrimonio de los cónyuges, a la paternidad y legitimación de los hijos, a la tutela y al sustento del menor.

Según Areces “desde el punto de vista ritual, antiguamente existían dos momentos en la celebración del matrimonio: los esponsales o *kidusin* y la celebración propiamente dicha o *nissuin*. En la actualidad las dos ceremonias tienen lugar en forma sucesiva. El rito comienza colocando el novio el anillo en el dedo de la novia y pronunciando las siguientes palabras: “sé santificada por mí este anillo, según la ley de Moisés y de Israel”. El anillo simboliza la eternidad y la constancia de la vida matrimonial. Luego los novios beben un sorbo en la misma copia de vino, como anticipo de su futura participación en todas las circunstancias de la vida. Después se lee el *ketubá* o contrato matrimonial, que contiene disposiciones sobre la dote, las relaciones patrimoniales de los cónyuges y la sucesión hereditaria, que han sido estipuladas previamente ante el rabino. A continuación el rabino lee las siete bendiciones con las que se da gracias a Dios por la institución del matrimonio. Al final de la ceremonia se rompe el vaso en recuerdo de la destrucción del Templo.” Al igual que en el Derecho musulmán, si bien la ceremonia es presidida por el rabino, los ministros son los propios cónyuges, y para la validez de la ceremonia se requiere la presencia de dos testigos que no tengan ningún grado de parentesco hasta el quinto grado. Luego de la celebración se inscribirá el matrimonio en el Registro del Rabinato, pero su omisión no invalida el matrimonio. Hasta el año 1950, la Corte Suprema de Israel aceptaba los matrimonios entre judíos celebrados en forma puramente privada, con la asistencia únicamente de los contrayentes y de dos testigos. Pero, para evitar irregularidades que pudieran cometerse a partir del mencionado año se prescribió que el matrimonio deberá celebrarse en forma solemne por un rabino.

34. **La poligamia en Israel.** La religión judía permite la poligamia y en Israel la practican cientos de judíos, sobretodo de origen yemení. Tras su fundación en 1948 el Estado de Israel prohibió la poligamia, pero en este país no existe una Constitución ni el matrimonio civil; el matrimonio se rige por la ley religiosa (*Halajá*) que permite la multiplicidad de esposas. Además los judíos asentados en países musulmanes son autorizados a venir a Israel con sus mujeres. Otra comunidad israelí no musulmana que practica la poligamia es la llamada de los “hebreos negros”, que viven en Dimona y proceden de los E. U. de A., que se consideran descendientes de una de las 10 tribus perdidas de las 12 antiguas, que tras su expulsión por los romanos en el año 70 d.C. fueron a parar al Oeste de África y de allí como esclavos a los E. U. de A. La poligamia la practicaron muchos personajes bíblicos: Abraham, Jacob, Moisés, David, Salomón, etc. El Talmud –compilación de debates y leyes de transmisión oral que data de los siglos IV y V d.C.- autoriza la poligamia, pero limita el número de esposas a cuatro, como el Corán. Sin embargo la práctica de la poligamia le fue prohibida a los judíos en Europa (*azhkenazies*) mediante un edicto dictado por el Rabino Guershom ben Yehuda, con la finalidad de evitar tensiones entre los judíos y sus vecinos cristianos que la consideraban un signo de barbarie. Sin embargo, los judíos sefardíes son polígamos y al ser expulsados de España por los Reyes Católicos, se radicaron en países musulmanes donde había un ambiente más favorable a sus prácticas.

(15) Areces Piñol, María Teresa. *Matrimonio religioso celebrado en forma judía: su posible eficacia en el ordenamiento jurídico francés*. Revista de Derecho Privado. España. Marzo. 1996. p. 208.

La *Declaración del Establecimiento del Estado de Israel* de 14 de mayo de 1948 sentó el principio básico de no discriminación:

El Estado de Israel (...) asegurará la igualdad total de los derechos sociales y políticos a todos sus habitantes, sin consideración a la religión, la raza o el sexo (...)

Competencia de las autoridades religiosas para resolver las cuestiones de familia

35. Al igual que en los países musulmanes que aceptan que las autoridades religiosas tengan funciones jurisdiccionales para resolver las cuestiones de familia entre personas de su credo, también en el Estado de Israel se aceptan el paralelismo entre *forum* y *ius*.

En el caso Plonit, la Corte Suprema de Israel, en el año 1997, aclaró que:

"(...) No hay razones para que nosotros intervengamos dentro de los límites de la función supervisora de esta Corte, con las decisiones de las Cortes religiosas. Es decir, no somos un nivel de apelación para esas Cortes (...). Debemos añadir que, de acuerdo con la sección 2 de la Ley de Jurisdicción de las Cortes Rabínicas (Matrimonio y Divorcio) 5713-1953, la ley que las Cortes rabínicas deben aplicar en los asuntos de matrimonio y divorcio es la ley de la Torah (la ley religiosa). El abogado del demandante no discute que la Corte rabínica lo hizo (aplicó la ley religiosa), y debido a que la Corte lo hizo, aunque el abogado del demandante crea que esta ley no es apropiada, no hay razones para que nosotros intervengamos."

La ley de las Cortes Rabínicas 5713-1953 sobre el matrimonio y el divorcio estableció:

1. Los asuntos del matrimonio y el divorcio de judíos en Israel, como ciudadanos o residentes del Estado, estarán bajo la jurisdicción exclusiva de las Cortes Rabínicas.

2. Los matrimonios y divorcios de judíos se llevarán a cabo en Israel según las leyes religiosas judías.

Sección 3: EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

36. El Parlamento Europeo dictó la Resolución No.28/1994 de 8 de febrero que invita a los Estados miembros a abolir todas las disposiciones legales que criminalicen o discriminen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, donde reclama iguales límites de edad para las relaciones homosexuales y heterosexuales, y que en las normas jurídicas y administrativas se evite la disparidad de tratamiento de las personas de orientación homosexual. Por último, alienta a que se les permita a estas personas contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equivalentes. Se ha señalado que todo individuo goza del derecho fundamental al *ius connubi*, de manera libre y con la persona que desee, también del derecho a fundar una familia, a mantener su identidad sexual y a no ser discriminado por causa de su orientación sexual. Algunos países son partidarios de la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, con los mismos derechos y obligaciones dentro de la pareja, exactamente iguales a los de una pareja heterosexual¹⁶. Son los casos de Bélgica, España, Canadá, Holanda, Noruega y Sudáfrica. Pero esta Resolución ha generado si-

(16) Art. 44 del Código Civil español, modificado por la ley No. 13/2005 de 1 de julio: "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

multáneamente posturas adversas en otros Estados, que llevaron al plano constitucional la prohibición de esta clase de matrimonios. Por ejemplo, Letonia, Lituania y Polonia. En América Latina, el art. 112 de la Constitución de Honduras establece que “se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo”. La última reforma constitucional ocurrida en Ecuador parece ir en el sentido contrario, al establecer que “la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho (...) generará los mismos derechos y obligaciones que las familias constituidas mediante matrimonio”. El término genérico de “personas” utilizado por el constituyente daría cabida al reconocimiento de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

37. ¿Qué ocurrirá en el caso de que se exhiba el testimonio de una partida de matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo en tanto el principio general de nuestro derecho internacional privado nacional y convencional establece que “la ley del lugar de celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo, la forma, existencia y validez del acto matrimonial”? A bocajarro, la primera reacción sería pensar en la interposición de la excepción de orden público internacional sosteniendo que tal celebración hiere los principios y normas esenciales sobre los que se basa la sociedad uruguaya en tanto se ve claramente una confrontación entre la institución extranjera “matrimonio” y la institución “matrimonio” existente en el Derecho uruguayo. Sin embargo, debemos estar atentos al hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido incorporada la ley No. 18.246 ya citada, donde no sólo reglamenta las uniones concubinarias heterosexuales sino también las homosexuales. El art. 2 es claro al respecto: al concubinato pueden acceder las personas “cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual”. De tal forma entonces, que las uniones de pareja –no estrictamente matrimoniales– entre personas del mismo sexo están no sólo admitidas sino también legisladas a texto expreso en nuestro Derecho. ¿Cabe entonces interponer la excepción de orden público internacional con todos sus efectos excluyentes? Pensamos que no. Ante el reclamo del reconocimiento jurídico de un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero deberíamos recurrir al orden público atenuado, lo cual quiere decir que tendríamos que oponernos al reconocimiento del matrimonio en sí y a impedir la celebración en Uruguay de un matrimonio con tales características en los contratantes. Sin embargo sería posible reconocerle algunos efectos –especialmente patrimoniales– en cuanto estos efectos ya están reconocidos para los concubinatos entre personas del mismo sexo. A nuestro modo de ver, deberían adjudicarse a dicho matrimonio los mismos efectos que los que nuestro ordenamiento jurídico prevé para los concubinatos de personas de igual género. No correspondería la interposición de la institución desconocida debido a que la categoría “matrimonio” es conocida en nuestro ordenamiento aunque resulta claro que no es extensible a cualquier persona, pero ello no le quita que se le reconozca igual funcionalidad tanto en el Derecho extranjero como en el Derecho uruguayo.

Sección 4: EL MATRIMONIO EN LA AMÉRICA INDÍGENA

El matrimonio en las etnias de Colombia

38. El pueblo Wayú ubicado en la península de la Guajira de Colombia tiene costumbres propias donde se admite la poligamia. Puede decirse que es el modelo preferido de matrimonio en esta comunidad, considerado como un signo de riqueza y señal de prestigio. En los matrimonios poligínicos las esposas generalmente viven aparte, cada una con su propia madre y hermanos en un arreglo matrilocal. El hombre pasa generalmente la mayor parte de su tiempo cerca de su última esposa, pero no abandona a las precedentes a quienes realiza visitas regulares. Sin embargo, se

trata de una comunidad bastante desorganizada, con ausencia de órganos de gobierno y ausencia de instituciones legales, los agentes formales de control social son casi inexistentes, incluso la de juez. De todas maneras la organización social de los Wayú es claramente endogámica, donde los parientes se identifican por la línea materna, y sus agrupaciones conformada por parientes conforman los caseríos. Cada clan está protegido por un animal totémico que afirma su origen mitológico.

El matrimonio considerado como un proceso en la región andina

39. En la región andina el matrimonio monogámico e indisoluble es un valor socialmente aceptado. En esta región más que un rito único como el matrimonio de la tradición judeocristiana, el matrimonio andino es un proceso a través del cual el varón y la mujer profundizan el conocimiento y compromiso mutuo. Las etapas son sucesivas y se caracterizan por un tipo propio de relaciones sociales. El paso de una etapa a la otra se hace por medio de un ritual que simboliza la nueva situación social. Cada ritual lleva consigo derechos y obligaciones e importa la aprobación solemne de los miembros de la sociedad donde la pareja adhiere a principios claramente establecidos. De esta manera el contrato no se encuentra perfecto ni los miembros de la pareja se consideran adultos responsables, hasta que culminen todas las ceremonias. En la comunidad aymara es posible distinguir las siguientes etapas que configuran el ritual del matrimonio: el compromiso, el *sirvinacu* o *tantacu*, la ceremonia religiosa por el rito católico y/o civil, la herencia, la siembra y el techado de la casa. El *sirvinacu* es una costumbre muy antigua, de la cual hay registros desde el año 1500 y ha perdurado hasta el día de hoy a pesar de las condenas eclesiásticas o legales. Consiste en un período marital estable que precede al matrimonio y es considerado elemento fundamental para el casamiento. El denominado "matrimonio a prueba" de los Andes no tiene nada de prueba sino que es el primero de los rituales dentro de un proceso que conduce al matrimonio¹⁷.

El Código de Familia de Bolivia de 1972, en el art. 160 y bajo el título "Formas prematrimoniales indígenas y otras uniones de hecho" establece que:

Quedan comprendidas en las anteriores determinaciones, las formas prematrimoniales indígenas como el 'tintinacu' o 'sirvinacu', las uniones de hecho de los aborígenes y otras mantenidas en los centros urbanos, industriales o rurales. Se tendrá en cuenta los usos y hábitos locales o regionales siempre que no sean contrarios a la organización esencial de la familia, establecida por el presente Código o que no afecten de otra manera al orden público y a las buenas costumbres.

Y, precisamente, el art. 159 que lo precede señala que "las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes".

Carlos Aparicio¹⁸ señala que el *sirvinacu* no es un hecho aislado en cuanto se calcula que en América Latina hay una población indígena de 50 millones de habitantes, con costumbres muy diferentes entre sí. Resulta imposible, aun cuando sea por el simple dato numérico, que estas costumbres y civilizaciones puedan ser legalmente desconocidas. "En los hechos, han sido dictadas normas sobre comunidades indígenas en Guatemala, que recibe especialmente la costumbre como fuente de Derecho. (...) No sólo se admite la costumbre como fuente del Derecho sino que ade-

(17) Martinic G., María Dora. *Algunas reflexiones en torno a la constitución, organización y efectos de la familia andina*. Diario Mar de Ajó.

(18) Aparicio, Carlos. *Fuentes del Derecho*.

más se aplica por tribunales indígenas locales integrados con participación popular. Sólo se aplican estas normas para conflictos internos de la comunidad. Si un miembro de la comunidad tiene un conflicto con otro ciudadano, y aún con otro miembro de otra comunidad indígena, se aplica el Derecho general.”

La Constitución boliviana de 1994 estatuye que “las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias, como solución alternativa de los conflictos, en conformidad con sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y a las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.” Tanto las Constituciones de Colombia de 1991, de Perú de 1993, de Bolivia de 1994 y de Ecuador de 2009, reconocen el valor del Derecho consuetudinario, el Derecho de los pueblos originarios a regular sus conflictos por sus propias autoridades, costumbres y procedimientos propios. Este Derecho de los pueblos originarios es aplicado dentro de sus ámbitos territoriales, al no hacerse mención expresa acerca de que sea aplicable únicamente a los aborígenes, puede admitirse una interpretación extensiva comprensiva a todos los habitantes dentro del territorio de la comunidad. Por lo general, no se limita su competencia a determinadas materias, pudiendo extenderse incluso a la materia penal.

Parte segunda: El concubinato

40. Como hemos expresado en otra oportunidad¹⁹ la regulación de las uniones concubinarias ha sido uno de los temas más hondamente reclamados por las personas sujetas a dicha condición, como modo de respetar el equilibrio indispensable que debe reinar entre los concubinos y simultáneamente corregir las situaciones de abuso y desamparo. Durante décadas, cuando los especialistas se referían al concubinato, aludían con ese término a las uniones de pareja que vivían juntas sin que tuvieran entre ellas impedimentos dirimentes que obstaculizaran desposarse formalmente, con una relación dotada de mucha estabilidad en el tiempo y en la cual generalmente se habían procreado hijos. En atención a este hecho sociológico –muy extendido en América Latina debido a condicionamientos geográficos, culturales y étnicos– y observando la similitud de funciones, la mayor parte de los países del continente fueron paulatinamente asimilando el concubinato al matrimonio, prácticamente en todos sus aspectos. Sólo se encontraba ausente el acto formal del casamiento ante la autoridad competente, pero eso también fue obviado permitiendo la declaración de su existencia ante un funcionario judicial, municipal o, reclamando su incorporación a un Registro. Las legislaciones de la región separaban así netamente, el concubinato del adulterio, pro- tegiendo al primero y asimilándolo en gran medida al estatuto matrimonial.

Ello implicó abandonar la defensa de una única figura de relación de pareja: la del matrimonio formal, a la que se le otorgaban los mayores efectos jurídicos y aún ciertas situaciones privilegiadas, como por ejemplo la diferencia de tratamiento entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. La ausencia de una realidad étnica que presionara por su reconocimiento tuvo por efecto una cierta tardanza en obtener una regulación jurídica del concubinato en algunos países. Tal es el caso de Uruguay, que recién en el año 2007 abandonó las soluciones jurisprudenciales –que normalmente oscilaban entre el reconocimiento de una sociedad de hecho o de un enriquecimiento sin causa– para otorgarle un estatuto propio y definido. Debemos anotar que todas las legislaciones existentes en la región concuerdan en exigir el cumplimiento de ciertas

(19) Véase al respecto y más ampliamente: Santos Belandro, Ruben. *Acreditación internacional de las uniones de hecho a la luz de la ley*. No. 18.246 de 18 de diciembre de 2007. Montevideo. 2008.

formalidades para que el concubinato produzca los efectos queridos por la ley, de ahí entonces, que el concubinato de puro hecho irá desapareciendo, salvo por supuesto el cumplimiento del período legal previo e indispensable para su reconocimiento legal. Ello no quiere decir, por lo menos en Uruguay, que no puedan existir concubinatos de puro hecho, porque en definitiva el tema queda reservado a la autonomía de la voluntad de los convivientes; pero, de surgir un litigio, inevitablemente se tendrá que solicitar su reconocimiento legal para defender los derechos o exigir las obligaciones de una u otra parte²⁰.

Como una última referencia al concubinato, la ley No. 18.246 extiende la protección a los concubinatos entre personas del mismo sexo. Al reconocerles Uruguay su relevancia jurídica por medio de la citada ley, si se presenta la resolución de alguna autoridad extranjera adjudicándole efectos legales a un concubinato homosexual, no existiría en la actualidad ningún impedimento que obste a su reconocimiento, y no serían oponibles ni la excepción de orden público internacional, ni tampoco la de institución desconocida.

Parte tercera: El matrimonio, la poligamia, el repudio y demás cuestiones de familia, y su relación con los Derechos Humanos

41. Resulta indudable afirmar que analizar tanto la eficacia internacional tanto del matrimonio poligámico –mejor dicho poliginico– como la del repudio, involucra directa y frontalmente al derecho internacional privado, en virtud de la presencia de valores contradictorios asumidos por diferentes civilizaciones que se ponen en contacto en cada caso concreto. La convocatoria a la contemplación y aplicación de los derechos humanos fundamentales también resulta insoslayable. La cuestión a resolver estriba en determinar el ámbito de actuación que debe reservarse al derecho internacional privado y a los derechos fundamentales y a la forma de actuación de ambos sectores. La diversidad de culturas no debe pensarse como un inconveniente sino que constituye una fuente de riqueza para la humanidad y el debate más importante debe girar en torno a saber si los derechos humanos deben aplicarse de una manera inmediata y directa –como principio sustantivo que excluye el funcionamiento de la regla de conflicto de leyes y de jurisdicciones– o, por el contrario, si antes de tomar en consideración los principios esenciales a la especie humana debemos permitir la actuación de los mecanismos clásicos existentes en el derecho internacional privado.

42. La requisitoria no halla unida a la doctrina. Para algunos, una vez que se cuestione un derecho humano, no sería necesario utilizar las técnicas de las normas indirectas, porque de cierta manera los derechos humanos neutralizarían al derecho internacional privado. En cambio otros, consideran que debemos integrar a los derechos humanos dentro del derecho internacional privado, los cuales ciertamente pueden ejercer su influencia al momento de seleccionar un punto de conexión para una regla de conflicto o, sobre el funcionamiento de la excepción de orden público internacional. El argumento de esta segunda corriente –apoyada por la Profesora Gaudemet-Tallon y analizada por ella en el curso de La Haya que impartió en el año 2005²¹– se basa en que “la categoría de los derechos humanos es muy incierta y evolutiva como para arriesgar darle la posibilidad de excluir los razonamientos del derecho internacional privado”. ¿La conexión del estatuto personal a la ley nacional del marido o del padre cuestionaría la igualdad de los sexos? Algunos

(20) Ni aún así podrán escapar totalmente a su reconocimiento judicial, en tanto la ley prevé que fallecidos los convivientes, los herederos o quienes tengan algún derecho podrán reclamar su reconocimiento.

(21) Gaudemet-Tallon, Hélène. *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*. Cours général. T. 312. 2005. p. 394.

países europeos han adecuado sus normas de derecho internacional privado excluyendo aquellos puntos de conexión basados exclusivamente en el domicilio o la nacionalidad del marido o del padre. Pero considera que no debe rechazarse el reconocimiento o la ejecución de una decisión extranjera basada en una regla de conflicto no igualitaria por el único motivo de que no se ha tomado en cuenta la igualdad de los distintos miembros de la familia. Concluye que por el hecho de que la regla de conflicto extranjera sea desigual en la designación del punto de conexión respecto de los esposos, no debería ser sistemáticamente rechazada.

44. Si bien en nuestra disciplina se acepta la presencia de la excepción de orden público con el objetivo de permitir oponerse a la aplicación de una ley extranjera o rechazar los efectos de una decisión extranjera cuando choque con el orden público del foro, debemos utilizar esta excepción con mesura. Será necesario encontrar un equilibrio que haga surgir un pluralismo satisfactorio, y ese objetivo podría lograrse recurriendo a un orden público atenuado, que rechace la institución considerada lesiva a los derechos humanos fundamentales pero que le reconozca la producción de alguno de sus efectos.

Con la finalidad de saber cuándo debe utilizarse la excepción de orden público internacional con todo su poder confrontativo o, en cambio, el orden público atenuado considera que es imprescindible establecer una jerarquía entre los derechos humanos. Rechaza la idea de que su aplicación deba hacerse con la misma intensidad cualquiera fuere el derecho humano fundamental comprometido, porque si bien hay que admitir que algunos son muy antiguos en su consagración, otros han aparecido muy recientemente. Piensa que no todos se hallan ubicados sobre un pie de igualdad y observa que en ese campo proteiforme se percibe que hay ciertos derechos que merecen un mayor respeto que otros. Partiendo de este razonamiento considera que hay tres derechos humanos que exigen un respeto absoluto: el derecho de defenderse ante la justicia, el derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer y, el derecho a la libertad inherente a la dignidad humana. Entre aquellos “menos absolutos” ubicaríamos: la igualdad entre las filiaciones o algunos derechos fundamentales recientemente proclamados, como el derecho del transexual a ver modificado su estado civil y eventualmente a casarse, el derecho a procrear un hijo, recurriendo a la procreación médicamente asistida o a una madre sustituta²². Cuando se hayan violado valores considerados absolutos, será legítima la interposición de la excepción de orden público internacional con toda su fuerza, rechazándose tanto la norma como la decisión judicial extranjera que los vulneren. En cambio, respecto de aquellos “menos absolutos”, es posible y aconsejable —para no perjudicar a gente inocente— contemplar la utilización del orden público atenuado.

Conclusiones

- El matrimonio ha perdido paulatinamente su importancia como centro de regulación de las relaciones de pareja ante figuras alternativas como el concubinato o las uniones de puro hecho.

- En derecho internacional privado la categoría “matrimonio” debe ser lo suficientemente extensa como para recibir en su ámbito distintas maneras de desposarse. El problema está en determinar hasta dónde o cuál debe ser la medida de esa extensión. La extensión debe ir hasta el punto que pueda activar la excepción de orden público internacional del foro, excepción que úni-

(22) La autora agrega la siguiente conclusión: “El inconveniente es la relativa incertidumbre en cuanto a las soluciones que serán aportadas, el carácter a veces cambiante de las soluciones dadas por los tribunales, y las diferencias entre las respuestas dadas entre sistemas jurídicos a menudo muy próximos. Las riquezas y las debilidades del pluralismo parecen evidentes, como lo son en general tratándose del pluralismo de objetivos.” *Ibidem*. P. 409.

camente será utilizada en caso de una “ofensa concreta, grave y manifiesta a las normas y principios sobre los que se asienta nuestra individualidad jurídica” (Declaración realizada por Uruguay en la C.I.D.I.P. II. de Montevideo del año 1979, en relación con la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado).

- Desde el punto de vista formal no vemos dificultad alguna en admitir todas las formas posibles de matrimonio: laico, religioso, consensual, etc.

- Desde el punto de vista del fondo o contenido, debemos controlar que los contrayentes hayan tenido al momento de la celebración del matrimonio capacidad suficiente para discernir el acto que realizaron. Generalmente el límite mínimo es la pubertad marcada legalmente, pero se admiten excepciones para el caso de embarazo de la niña o adolescente. Los impedimentos dirimientes que cada Estado mantenga dentro de su respectivo ordenamiento jurídico pueden constituir un obstáculo tanto para su celebración del matrimonio como para su reconocimiento en el extranjero. Los impedimentos prohibitivos o impedientes provocan únicamente irregularidad, la que podrá subsanarse por diferentes medios.

- Enfrentados a un matrimonio poligámico, los reparos que nos puede suscitar es el número y no su forma de constitución. Los países occidentales presumen de consagrar a rajatabla el carácter monogámico del matrimonio. No obstante, la poligamia es practicada en esta región: en los Estados Unidos de América por la Iglesia de los Santos de los Últimos Días (Mormona) –aunque no permitida por la legislación de dicho país- pero es habitual encontrar la poligamia en las etnias que pueblan nuestra América, reconociéndole en algunas legislaciones consecuencias legales.

- Además, la consagración del concubinato con efectos jurídicos en ciertos aspectos muy similares al matrimonio, y consumado sin exigir la ausencia de “un matrimonio anterior no disuelto legalmente”, va aproximando paulatinamente la poligamia sucesiva a la poligamia simultánea. No otra cosa se presenta cuando la viuda y la concubina se presentan ambas a la sucesión del causante.

- La disolución del matrimonio es el lugar donde aparecen los mayores reparos. El repudio mediante la formulación unilateral del marido, en un acto puramente privado del hombre. Rechina la conciencia de las sociedades occidentales en cuanto coloca a la mujer en una situación de inferioridad y ataca el derecho humano fundamental de la igualdad de los sexos. En Occidente el matrimonio únicamente puede ser disuelto con intervención de los jueces y a través de un procedimiento judicial, que si bien se ha aligerado no ha desaparecido. De todas maneras, un repudio absolutamente privado puede ser aceptado extraterritorialmente si ha sido emitido a solicitud de la mujer o ésta lo invoca para reconocer la calidad de divorcio y de esta manera poder contraer nuevas nupcias.

- No hay una sola forma de desposarse porque ello dependerá de la actitud de las personas frente a la vida, actitud en la que mezclan aspectos culturales, religiosos, laicos, jurídicos, tradiciones y mitos. Si bien la sugerencia del Maestro Quintín Alfonsín de “estirar” o “ampliar” la categoría “matrimonio” con la finalidad de que pueda comprender la mayor variedad posible de modos de contraerlo -y no caer en una calificación absurda de estricta observancia de las concepciones del foro- debemos realizar esa tarea comprensiva y sensible ante la diversidad cultural no en forma abstracta sino buscando la mejor solución del caso concreto. Tomando en consideración los intereses de las partes involucradas y los de la sociedad internacional en su conjunto.