

Eficacia del matrimonio musulmán celebrado en Uruguay

por Ruben Santos Blandro

Resumen

Hasta hace poco tiempo, la figura matrimonial —en sus aspectos formales y de contenido— era considerada parte de la identidad de un país, de difícil o casi imposible evolución. Sin embargo, hoy las cosas han cambiado drásticamente debido al ingreso avasallante de los derechos humanos y, con ellos, el derecho a la libertad de unirse en pareja con quien(es) se desee. Esto lleva a preguntarse si los códigos y leyes civiles se encuentran acordes con esta nueva civilización posmoderna. El problema se ha presentado en forma por demás clara en Uruguay, porque recientemente algunos refugiados de fe musulmana celebraron matrimonios con mujeres locales de acuerdo al rito de su confesión, lo cual genera dudas acerca de la validez jurídica de dichas uniones.

Sumario

I. Descaecimiento de la identidad de las sociedades a través del derecho de familia. **II.** El porvenir de un *estatuto anónimo de pareja*. **III.** La radicación de musulmanes en los países de Occidente. **IV.** Características del orden jurídico musulmán. **V.** El matrimonio musulmán. **VI.** Características del matrimonio musulmán. **VII.** Calificación del matrimonio musulmán previo o sin la intervención de un oficial del Registro del Estado Civil. **VIII.** Debe procederse a una nueva apertura de la institución matrimonial que reconozca nuevas formas de casarse.

I. DESCAECIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE LAS SOCIEDADES A TRAVÉS DEL DERECHO DE FAMILIA

1. No más allá de una generación, los especialistas en derecho comparado afirmaban que el derecho de familia y, más específicamente, el matrimonio constituían una base inamovible de las distintas sociedades humanas, que le daba identidad al grupo y que, por tal motivo, era prácticamente

imposible de modificar o de aproximar a través de propuestas comparatistas. Pues bien, esta afirmación —que tenía sus visos de verdad, ya que la realidad estaba indicando la estabilidad por siglos de las instituciones de familia— hoy se ha visto trastocada, desmentida y rechazada como carente de sentido. El derecho de familia ha sufrido la influencia de diversas corrientes de pensamiento —el holismo, el posmodernismo, los derechos humanos, el individualismo— que han disuelto aquella estabilidad de que hacía gala.

2. Igualmente, no hace más de una década comenzó a gestarse un movimiento que defendía el *matrimonio para todos* o el *matrimonio asexual* y promovía la posibilidad de que se celebrara la unión matrimonial entre personas del mismo sexo. Uruguay se ha visto influido por esta corriente de pensamiento al suprimir la diferencia de sexos como condición indispensable para la existencia de un matrimonio válido.

II. EL PORVENIR DE UN ESTATUTO ANÓMICO DE PAREJA

Además, con el ingreso a los órdenes jurídicos del concubinato registrado se están reconociendo otras formas de uniones de pareja, con efectos o consecuencias jurídicas que podrán llegar o no a la consagración de una unión matrimonial. Por tanto, en la actualidad el legislador ha percibido que el acercamiento de las parejas hacia una unión estable puede pasar por diversas etapas, que irían desde la conformación de una unión de puro hecho, luego por la consagración de un concubinato registrado y, por último, la presencia de la figura matrimonial. Ya no solo se reconocerá la *institución matrimonial* formal y heterosexual, sino también otras *instituciones* con casi los mismos derechos y obligaciones que la figura matrimonial.

3. Si se observan los comportamientos humanos, no estará lejano el día en que los legisladores nacionales —por una razón de economía normativa— consagren un *estatuto de pareja anómica*, para cuya conformación no interesará la formalidad, en la que el sexo no será tenido en cuenta, incluso la presencia de un vínculo matrimonial anterior ya no será decisiva, pues lo único que el legislador observará para darle efectos jurídicos será la estabilidad del vínculo. Habrá entonces un núcleo común —un estatuto— de derechos y obligaciones entre los integrantes de las distintas uniones de pareja, más allá de que sean concubinos de puro hecho, registrados y casados o no. Luego sí podrá venir, por declinación, una regulación específica —sobre todo formal, con algunos aditamentos de derecho sustantivo peculiares— que no harán al fondo del asunto: quien constituya una unión de pareja estable se verá inmerso en un estatuto común de derechos y obligaciones a los cuales no podrá renunciar.

III. LA RADICACIÓN DE MUSULMANES EN LOS PAÍSES DE OCCIDENTE

4. Dicho esto, el motivo de estas reflexiones es un fenómeno que Europa está sufriendo desde hace ya por lo menos cuatro décadas: la presencia

de familias musulmanas que han sido convocadas como fuerza laboral en determinados períodos de bonanza económica o, últimamente, el ingreso incontenible de miles de ellas como modo de acceder a un medio de vida digno que les es negado en sus países de origen. En la actualidad suman varios millones en cada país europeo. Uruguay ingresó a esta experiencia bastante tardíamente, sobre todo debido a que se halla lejos de los aproximadamente 40 países que practican esta fe, los cuales se ubican en el Lejano y el Cercano Oriente y en el norte de África, y también porque quizás las oportunidades económicas no sean tan atractivas como las que exhiben Alemania, Francia, Italia o los países nórdicos. Uruguay ha propiciado en estos últimos tiempos la radicación de exreclusos de la base militar estadounidense de Guantánamo y el afincamiento de familias sirias mayoritariamente musulmanas, como consecuencia de la guerra civil que asuela a dicho país. Por tanto —y como en Europa—, ya se está viendo ante la disyuntiva de aceptar, rechazar o adaptar las diferentes instituciones familiares existentes en el islam para que tengan efectos en nuestro país.

5. En realidad, este problema no es nuevo, aunque permaneció inadvertido mientras las comunidades humanas se mostraban estables y con escaso contacto entre sí. La religión musulmana fue creada en el siglo VII d. C., al recibir Mahoma la orden de Alá, en el año 610 —a través de un poderoso *iqra* por medio del ángel Gabriel—, de transmitir las palabras divinas, que de ahí en adelante le serían reveladas en forma paulatina y según las diversas vicisitudes que irían pautando la propagación de la fe. El Corán contiene la palabra de Dios transmitida a los musulmanes a través del profeta Mahoma, y en él existe una amplia referencia a lo que hoy podríamos denominar *derecho de familia*. Debido a esta transmisión de los designios divinos sobre cómo debe organizarse la familia, es preciso considerar que el sistema de normas basado en el Corán es independiente del poder político, lo cual significa que los Estados y sus legisladores no pueden elaborar otras normas jurídicas al respecto ni modificarlas.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL ORDEN JURÍDICO MUSULMÁN

6. Expresándolo en forma sintética, el orden jurídico musulmán se compone de el Corán o recitado, fuente suprema porque contiene el pensamiento de Alá; la Sunna, donde se han compendiado todas las palabras y los actos manifestados o ejercidos por Mahoma durante su vida terrenal; la Idjma, o el consenso de los doctores musulmanes, a la que se llegó sobre puntos determinados luego de la muerte del profeta; el razonamiento por analogía, o Kiyá, y luego otras fuentes complementarias, como la opinión personal de un doctor musulmán, la necesidad de encontrar el bien, la búsqueda del interés general y, por último, la costumbre.

7. Además, hay que tener en cuenta que el islam no es una religión uniforme, sino que ha sufrido divisiones —tal como aconteció en la religión

católica—, por las que es posible encontrar a los sunitas, a los chiitas, a los kharidjitas y otras formas de práctica religiosa.³⁹ Por tanto, los más de 1.200 millones de practicantes de la fe musulmana no conforman un espacio homogéneo de creencias y de prácticas religiosas, sino que hay que investigar de qué país provienen y cuál es el culto al que están adheridos.⁴⁰

8. Pero lo que queremos resaltar en esta breve introducción es el hecho de que para los musulmanes su religión no solo significa su adhesión a una fe y a una práctica religiosa, sino que además es derecho, y que ese derecho tiene un origen divino que ningún mortal puede modificar, lo cual es difícil de comprender para una mente occidental. Está aquí el centro del problema, pues cuando emigran a otros países, por más liberales que estos sean en materia religiosa —como es el caso de Uruguay, donde existe desde hace más de un siglo la separación de la Iglesia y el Estado y donde la laicidad de la enseñanza es uno de los principios más arraigados—, ello no es suficiente, porque no solo se trata de practicar una fe, sino de cumplir un norma jurídica diseñada por Alá a través de su profeta Mahoma.

Por tanto, si en materia de derecho de familia se someten a otras reglas que las de su fe —o sea, a las del país (occidental) donde voluntaria o involuntariamente deben radicarse—, están abjurando de esta última y, además, del derecho que ella trasmite y proclama; en definitiva, han dejado de ser fieles a Dios. Se trata de una situación personal sumamente incómoda y que provoca una profunda perturbación en los musulmanes que se han afincado en los países occidentales, pues no pueden organizar a su familia de acuerdo a lo que Alá les ha ordenado. Sin duda, ello significa una dificultad de asimilación, lo que explica en gran parte esta falta de integración de la población musulmana en las sociedades occidentales europeas.⁴¹

V. EL MATRIMONIO MUSULMÁN

9. Entre estos problemas que origina el afincamiento de familias musulmanas, tenemos el del matrimonio. En Uruguay, el único matrimonio con efectos jurídicos es aquel celebrado ante un oficial del Registro del Estado Civil, es decir, lo que denominamos un *matrimonio laico*. Si los contrayentes desean celebrar una unión religiosa, esta deberá realizarse con posterioridad al matrimonio estatal y carecerá de efectos jurídicos. El artículo 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

39 Dentro de la rama sunita tenemos cuatro escuelas o ritos: la hannafita, la malikita, la chafeita y la hanbalita.

40 Quien desee ampliar la información, puede acceder a SANTOS BELANDRO, Ruben, *Derecho civil y de familia*. 2.^a ed. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2013.

41 Si entendemos por tal la aceptación de los principios fundamentales de convivencia y axiológicos de la sociedad a la que se incorporan.

rito religioso sin la comprobación de la celebración previa del matrimonio civil. De la lectura de este artículo es indudable que el Código Civil paga tributo a su época, por cuanto solo hace referencia a la Iglesia católica y a las protestantes, pero no a los practicantes de otras religiones, como la judía, la musulmana, la hinduista, la zoroastrista, etcétera.

10. Esta omisión plantea un primer problema: si la prohibición de un matrimonio religioso anticipado rige solo para la religión católica y las iglesias reformadas —en tanto y en cuanto donde la ley no prohíbe no debe hacerlo el intérprete— o si, en cambio, debemos razonar por analogía y hacer extensivo el veto también a todas las religiones (aspecto civil), y qué ocurrirá con la pena de prisión de seis meses o un año en caso de reincidencia (aspecto penal).

Cabría entonces efectuar una distinción entre los efectos civiles y los penales. En cuanto a los primeros, si se razona por analogía, el acto será nulo; en cambio, si se sostiene que está permitido todo aquello que no está expresa y legalmente prohibido, el acto matrimonial será válido. En cuanto al efecto penal previsto en el Código Civil ante la consagración religiosa de manera anticipada a la celebración de la ceremonia laica, esta sanción no puede ser extensible sin una previsión expresa a las autoridades religiosas de otras religiones, dado que los tipos penales y los sujetos comprendidos en derecho penal son de interpretación estricta. Al respecto no caben dos opiniones. Además, en la hipótesis específica del matrimonio musulmán clásico, no habría autoridad religiosa a la que castigar, puesto que el matrimonio se materializa mediante el simple consentimiento entre los esposos.

Tristán NARVAJA y los legisladores nacionales, condicionados por la época en que les tocó vivir, no tuvieron en cuenta que en el mundo también son aceptados los matrimonios consensuales, sin la presencia obligada de un ministro de fe. Sus miradas se volcaban exclusivamente hacia el mundo occidental, donde tampoco se tuvo en cuenta respetar las costumbres de los pueblos originarios de América Latina. Hoy hay una mayor observancia de las diferencias. Hasta épocas recientes, la doctrina comparatista aportaba como ejemplo de un matrimonio consensual el adoptado por la Revolución comunista, acontecida en Rusia en 1917, y justificado como medio de liberar a la mujer de la sujeción del marido dentro de un régimen patriarcal producto de la época zarista, el cual tuvo poca vida. Sin embargo, la creciente interrelación entre los países y las sociedades que los integran y el aumento de los movimientos migratorios trae a la palestra el matrimonio consensual de los países musulmanes.

VI. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO MUSULMÁN

11. Para el derecho musulmán el matrimonio (*nikah*) es un contrato puramente consensual mediante el cual un hombre se compromete simplemente a darle una dote a la mujer, a procurar su manutención y, como contrapartida, adquiere el derecho a tener lícitamente relaciones íntimas con ella.

Así, el artículo 4 del Código de Estatuto Personal argelino afirma:

[...] el matrimonio es un contrato consensuado entre un hombre y una mujer según la forma legal, siendo su objetivo, entre otros, crear una familia basada en el afecto, la compasión, la ayuda mutua, la protección moral de los cónyuges y la preservación de los vínculos familiares.

Es una fórmula que se repite en muchos códigos del área musulmana. El artículo 9 señala que «se contrae matrimonio mediante el consentimiento de los dos cónyuges» y el artículo 9 *bis* indica que «deberán cumplirse en el contrato matrimonial los siguientes requisitos: la capacitación para el matrimonio, la dote, el tutor (*wali*), dos testigos y la no existencia de impedimentos legales para el matrimonio». Pero el artículo 18 amplía el modo de celebración del matrimonio al disponer que «el contrato matrimonial se efectuará ante un notario o un funcionario legalmente capacitado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 9 y 9 *bis* de este Código». En cuanto a la prueba, el artículo 22 afirma que «el matrimonio se prueba mediante la expedición de un extracto del Registro del Estado Civil. En caso de no estar registrado, será válido por sentencia. La sentencia de validez del matrimonio deberá ser transcrita en el Registro del Estado Civil, a instancias del Ministerio Público».

En el Código de Estatuto Personal sirio, el artículo 1 considera que «el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer que le sea lícita legalmente, siendo su objetivo crear un vínculo de vida en común y procreación». El artículo 5 reafirma el carácter consensual del matrimonio: «[...] se contrae matrimonio mediante la oferta de uno de los contratantes y la aceptación del otro». Y el artículo 6 dice: «[...] la oferta y la aceptación en el matrimonio serán con palabras que signifiquen matrimonio, oralmente o según la costumbre». El primer numeral del artículo 11 expresa: «[...] se requiere en la oferta y en la aceptación, que sean acordadas por las personas en una sola sesión y que cada uno de los contratantes oiga las palabras del otro, comprenda que su objetivo es el matrimonio y no exista por ninguna de las partes, antes de la aceptación, nada que haga nula la oferta». Finalmente, el artículo 12 establece que «se requiere para la validez del contrato matrimonial la presencia de dos testigos varones o un hombre y dos mujeres, musulmanes, sanos de mente, púberes, que oigan la oferta y la aceptación y comprendan su objetivo». Cabe aclarar que en el derecho musulmán el testimonio de una mujer vale la mitad que el de un hombre; por tanto, se requieren dos testigos mujeres para que equivalgan al testimonio de un solo hombre. Este mismo tratamiento se produce en materia sucesoria, en la que la mujer tiene derecho a la mitad de la herencia que un hombre.

Tomando en consideración que uno de los contrayentes del matrimonio consensual celebrado en Uruguay era tunecino, veremos cómo regula el matrimonio el Código tunecino de Estatuto Personal. En el artículo 3 este dispone: «Se contrae matrimonio mediante el consentimiento de los cónyuges. Se requiere para la validez del matrimonio, la presencia de dos testigos de entre las personas de confianza y la designación de una dote

para la esposa». El artículo 4 siguiente contiene una norma de derecho internacional privado que nos interesa: «[El] matrimonio contraído fuera del reino se establecerá conforme a las leyes del país en que se haya concluido el contrato matrimonial». ⁴² Con ello, en este caso concreto estaría reconociendo la vigencia de las leyes uruguayas sobre el matrimonio. Por tanto, el matrimonio consensual celebrado en nuestro país no sería válido ni en Uruguay ni en Túnez.

12. De lo expuesto emerge que 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 este será válido aun cuando no sea hecho ante personal religioso musulmán ni se vea acompañado de la lectura de la primera *azora* del Corán, aun cuando generalmente se recitan algunas *azoras*.

Para que el matrimonio sea válido debe basarse en cuatro pilares: la capacidad jurídica de los esposos, su libre consentimiento, la intervención del tutor de la mujer (*wali*) y la constitución de un donativo nupcial o *mahr*. La intervención del *wali* es sumamente importante, porque este representante de la mujer es el encargado de otorgar el contrato matrimonial previo a la unión, y allí es posible establecer que la mujer podrá seguir estudiando, ejercer una profesión o el comercio sin rendirle cuentas a su marido (recordemos que la primera esposa de Mahoma y la más querida, Jadicha, era comerciante), y si el hombre es soltero puede pactarse la prohibición de casarse nuevamente (tengamos también en cuenta que en el islam el hombre puede tener hasta cuatro matrimonios simultáneos, siempre que sea capaz de mantener a sus esposas dignamente) y su incumplimiento dará derecho a la mujer a solicitar el divorcio.

La prueba de la celebración del matrimonio reseñado será pues testimonial; generalmente la costumbre impone la presencia de dos testigos. 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, alienta y hasta obliga a celebrarlo ante una autoridad religiosa o una autoridad civil y/o a inscribirlo en un Registro del Estado Civil.

VII. CALIFICACIÓN DEL MATRIMONIO MUSULMÁN PREVIO O SIN LA INTERVENCIÓN DE UN OFICIAL DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

13. Ahora bien, ¿cómo calificar jurídicamente a los matrimonios musulmanes celebrados en Uruguay sin ninguna intervención —ni previa, ni posterior— de un oficial del Registro del Estado Civil? La ley 1792, de 1885,

42 Recordemos que Túnez ha sido durante décadas —especialmente bajo el gobierno de Habib Bourguiba— el más occidental de todos los países árabes. Al presente tal afirmación solo puede ser aceptada con reservas, al igual que respecto de Egipto o de Turquía, debido a los acontecimientos que se están produciendo a cada momento.

estableció el matrimonio civil como *el único válido* en todo el territorio nacional, sistema que sigue vigente hasta el día de hoy. Esta no es la única solución posible respecto del matrimonio. Es sí la vigente en el derecho francés, al que hemos seguido en tantos aspectos, pero no ocurre lo mismo en España o en Italia, donde existe una pluralidad de modalidades para contraer matrimonio y donde la intervención del oficial del Registro del Estado Civil es una de las tantas formas posibles. Incluso en América Latina se reconoce la posibilidad de un matrimonio celebrado ante un notario, un regidor, un alcalde o ante algunas autoridades propias de los pueblos aborígenes. Para completar el razonamiento sobre el plano internacional, nuestro ordenamiento jurídico —normas nacionales y supranacionales de derecho internacional privado— establece que el matrimonio se regula por la ley del lugar de su celebración.

14. Acá se presenta entonces una cuestión de calificación. Convengamos que es una calificación de derecho interno. Si observamos la ley 1792, de 1885, dicha unión no es válida porque el único matrimonio válido para Uruguay es el celebrado ante el oficial del Registro del Estado Civil. ¿Podrá entonces ser calificada de otra manera? Por ejemplo, ¿la unión descrita podría ser tratada como una unión de puro hecho? Eso es lo primero que estamos tentados de hacer. Sin embargo, el sustento subjetivo de un matrimonio consensual es muy distinto al del concubinato de puro hecho. En la primera hipótesis hay un deseo de contraer un vínculo matrimonial, los contrayentes desean verdaderamente casarse, lo manifiestan de forma expresa y clara, y piensan que luego del contrato realmente están casados. Además, los códigos basados en el islam diferencian claramente lo que es una promesa matrimonial del matrimonio en sí. En cambio, en el concubinato la pareja, o uno de sus integrantes, manifiesta un rechazo expreso o tácito hacia la institución matrimonial —con base en muy variadas justificaciones y hasta en cálculos oportunistas—; ellos no desean ser considerados como cónyuges, como esposos, y quizás tampoco como concubinos registrados. Entonces se presenta un verdadero dilema: la pareja se siente realmente casada, pero en realidad legalmente no lo está.

VIII. DEBE PROCEDERSE A UNA NUEVA APERTURA DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL QUE RECONOZCA NUEVAS FORMAS DE CASARSE

15. Quizás sea el momento de una nueva apertura de nuestro derecho privado hacia figuras matrimoniales que antes no habían sido tomadas en consideración. Ya lo ha hecho respecto del *matrimonio igualitario*. ¿Por qué entonces no hacerlo en cuanto a aceptar otras formas de celebrar el acto matrimonial? ¿Por qué no aceptar el matrimonio consensual o el matrimonio celebrado ante autoridades religiosas —de aquellas religiones reconocidas por el ordenamiento jurídico uruguayo— o el matrimonio celebrado ante un notario, un regidor o un alcalde? Debemos tener en cuenta que el

derecho privado y el derecho internacional privado, debido a la creciente influencia de los derechos humanos, se halla imbuido cada vez más de la defensa de los intereses de los sujetos particulares, y el Estado se ubica en un segundo plano, entre bambalinas, interviniendo únicamente para proteger a la parte débil o para armonizar las relaciones humanas cuando estas se vuelven disonantes o antagónicas.

En definitiva, el derecho a casarse bajo formalidades diferentes a la única oficial, ¿no formaría parte del derecho a la libertad, a la intimidad y a la privacidad? Quizás sea, entonces, el momento de examinar la institución matrimonial desde un nuevo ángulo, diferente de los ya examinados en estos últimos diez años. Es perceptible que los creyentes musulmanes en Uruguay se encuentran en un proceso de institucionalización —si es que cabe el término—, aspirando a construir una o varias mezquitas, a crear escuelas coránicas y, en definitiva, a incidir para que el modo de vida de acuerdo a sus creencias religiosas les sea reconocido y respetado.

16. La prensa ha informado ampliamente que al día de hoy en Uruguay tenemos matrimonios celebrados bajo el rito musulmán, es decir, de un modo puramente consensual, ante lo cual debemos dar una respuesta jurídica con las herramientas con que contamos en estos momentos.

En primer lugar, cabe afirmar que el matrimonio puramente consensual no es castigable o reprimible actualmente con ninguna sanción, pero como tal —como matrimonio— no tendrá efectos jurídicos.

En segundo término, cabe pensar que los contrayentes consensuales tienen absoluta libertad para casarse en forma civil sin ningún contratiempo, ya que el Estado uruguayo los considerará de estado civil solteros.

En tercer lugar, pueden continuar como están y ser tratados como concubinos de puro hecho.

O, finalmente, acceder a un concubinato registrado.

Ciertamente, ninguna de estas soluciones se ajusta a sus aspiraciones e intereses. Y un derecho positivo que no representa el sentir de su población tendrá sus días contados. A la corta o a la larga, tendrá que ser modificado y adecuarse a aquello que la sociedad desea y a lo que aspira: el reconocimiento de una sociedad democrática y plural.

(Aprobado por la Comisión de Revista el 28 de julio de 2015.)