

La misión de la Judicatura en los países en desarrollo

La Corte Suprema de Justicia de Israel

Por: JOSEPH BEN MENASHE

Resumen: El autor analiza los fallos de la Corte Suprema de Justicia de Israel relativos a: 1) al Derecho de familia, más específicamente, a los problemas derivados de las leyes de matrimonios civiles y religiosos; y 2) al registro de la nacionalidad en el Registro Civil.

En consideración a lo complejo del mosaico jurídico israelí y, a lo peculiar de su funcionamiento y constitución, el autor realiza un estudio previo de hechos y conceptos básicos que permiten comprender la calidad, el alcance y la magnitud del papel que desempeña la Corte Suprema de Justicia de Israel.

Es indiscutible la influencia fundamental y decisiva que puede ejercer la Judicatura, por medio de la interpretación de las leyes del estado, en el proceso de modernización, civilización y progreso de los países en desarrollo. Esta influencia es aún más terminante en aquellos países cuyo sistema jurídico confiere un lugar predominante a la fuerza legal del precedente judicial (1).

En el presente artículo trataremos de estudiar sentencias que puedan dar la pauta en qué medida la Corte Suprema de Justicia de Israel (en adelante C.S.) se ha hecho eco de dicha misión y en qué forma la lleva a cabo en su jurisprudencia diaria.

Los fallos que se analizarán se refieren a dos materias que desde los comienzos de la existencia del Estado de Israel son objeto de continuas y clamorosas polémicas sociales, políticas y jurídicas. La primera materia se refiere al Derecho de Familia y más específicamente a los problemas derivados de las le-

(1) W. Friedmann. *Legal Theory*, 5th Edition, 1967, págs. 429-430. Ver al mismo autor *Law in a Changing Society*.

yes de matrimonios civiles y religiosos; la segunda, al registro de la nacionalidad en el Registro Civil.

Dado lo complejo del mosaico jurídico israelí y lo peculiar de su funcionamiento y constitución será imprescindible adelantar una introducción de hechos y conceptos básicos que permitan comprender la calidad, el alcance y la magnitud del papel que desempeña la C.S. al tratar las dos materias mencionadas.

HECHOS Y CONCEPTOS BASICOS

1. Israel no promulgó aún una Constitución escrita. Los principios constitucionales de la forma de gobierno, los derechos del hombre y del ciudadano, se encuentran recopilados en leyes comunes y en la jurisprudencia de la C.S. Esta situación legal implica una gran desventaja para el progreso político y social de un país en desarrollo, puesto que cualquier Ley común puede violar impunemente los derechos del hombre y del ciudadano, establecidos ya en otra Ley anterior o en la Jurisprudencia.

No obstante ello, dicho sistema posee una ventaja paralela, pues al no estar la C.S. sometida a una constitución escrita rígida puede hacer uso de una interpretación liberal y progresista, evitando así los efectos de disposiciones legales retrógradas o de decisiones administrativas contrarias al espíritu democrático y liberal del sistema social y político de Israel.

2. La sociedad israelí es moderna, pluralista, abierta, laica, antiracista, anticlerical e igualitaria en lo que a los derechos del hombre y el ciudadano se refiere. (2)

3. Dadas las circunstancias políticas, sociales y de seguridad en que vive el Estado de Israel desde hace tiempo no se ha logrado formar un gobierno estable, que repose sobre una mayoría capaz de prescindir de la participación del Partido Religioso Nacional (en adelante P.R.N.). En consideración a dicha participación este partido exigió y los distintos gobiernos consideraron inevitable aceptar, la legislación de una serie de leyes de carácter religioso que atañen al derecho de matrimonio y al registro civil cuyas características son diametralmente opuestas a las características de la sociedad israelí antes anotadas.

(2) Israel Society. Background, development and problems, by S. N. Eisenstadt, Jerusalem, 1967.

4. Las leyes nacidas de dicha coalición gubernamental que rigen la ley de matrimonio y del registro civil son, como ya se insinuó y como se verá en detalle más adelante, religiosas, racistas, clerical, coercitivas, niegan los derechos del hombre y la igualdad de derechos entre los ciudadanos, así como entre el hombre y la mujer, y más aún, su origen data de cuatro mil años atrás, es decir del Siglo XXI antes de la era común.

5. En medio de esta situación, la C.S. decidió en una serie de fallos, que aún cuando no existe una constitución escrita, las leyes del Estado serán interpretadas basándose en la premisa suprema que Israel es un estado moderno, democrático, liberal y progresista, en el cual todo lo que la Ley no prohíba expresamente está permitido hacer; en el que rige la igualdad de derechos para ambos sexos y en la que los derechos fundamentales del hombre son parte integral de su sistema. (3)

6. La independencia de la Judicatura de Israel del resto de los poderes, es un hecho arraigado y tradicional en el sistema democrático israelí, tanto en su fondo como en su forma. El sistema de nombramiento de los jueces constituye una garantía adicional a dicha independencia. De acuerdo a dicho sistema, los jueces son nombrados sobre la base de la decisión de una comisión de nombramientos, constituida por tres jueces miembros de la C.S., dos miembros del Parlamento, dos miembros del Gobierno y dos miembros del Colegio de Abogados. Si tomamos en consideración que el Colegio de Abogados es una Institución Pública Independiente, resulta fácil notar que una mayoría de los miembros del Colegio de Abogados y de los Jueces es suficiente para impedir cualquier nombramiento arbitral de parte de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. (4)

7. La Ley de Amparo permite a la C.S. tratar cualquier asunto que ella crea necesario para hacer justicia y que no se encuentre bajo jurisdicción de otro tribunal. Como veremos en adelante, fue por medio del amparo que se realizaron los progresos forenses destinados a solucionar los problemas de registro de matrimonios y de nacionalidad. (5)

En el cuadro de dicha heterogeneidad social, política y jurídica, tocó a la C.S. fallar en delicados y discutidos temas relacionados con matrimonios y registro civil, algunos de los cuales pasaremos a analizar a continuación.

(3) Derecho Constitucional. A. Rubinstein. 1939, pág. 97.

(4) Ley de los jueces 1953.

(5) Art. 7 de la Ley de los Tribunales. 1957.

PRIMERA PARTE

MATRIMONIOS

A. REGISTRO DE MATRIMONIO CIVIL MIXTO - CASO SCHLESINGER.

El caso Schlesinger es, sin duda alguna, el primero y el mas importante de los distintos fallos que la C.S. dictó acerca del registro local de matrimonios mixtos celebrados en el extranjero. (6)

Este caso trata de un matrimonio civil celebrado en el año 1962 en la Isla de Chipre, entre una ciudadana belga de credo católico y un ciudadano israelí de credo judío, ambos domiciliados en Israel.

Una vez celebrado este matrimonio y al ser presentada el acta ante el Ministerio del Interior para su registro, se obtuvo la habitual negativa de dicho Ministerio (este Ministerio está tradicionalmente en manos del P.R.N.).

Contra dicha negativa, presentó la pareja Schlesinger un Amparo ante la C.S. que ventiló el asunto fundándose en los siguientes alegatos:

a) *Alegatos de los actores:* El empleado del Registro Civil desempeña sus funciones sobre la base de la Ley de Registro de la Población. Dicha Ley tiene como fin primordial registrar hechos producidos y de ningún modo juzgar la validez jurídica de dichos hechos. Puesto que el principal propósito de dicha Ley es estadístico puro, la obligación del empleado de registro en dicho caso, es la de registrar que una ceremonia de matrimonio fué celebrada en Chipre y no es de su competencia fallar acerca de la validez del mismo, cosa que atañe exclusivamente a los tribunales competentes, que decidirán al respecto cuando y en el caso de ser solicitados por una de las partes del matrimonio. Por lo tanto, el empleado de registro ha de registrar dicho matrimonio aunque lo juzgue nulo y aún cuando dicha nulidad le resulte evidente.

b) *Alegatos del Ministerio Público:* La Ley de Israel no

(6) Enriette Anna Catarina Funk Schlesinger contra el Ministerio del Interior. Amparo 143/62. Anales de la Jurisprudencia Tomo 18 (1) 1963, pág. 225.

reconoce sino el matrimonio religioso, cuando una de las partes es judío por religión e israelí por nacionalidad; por lo tanto, siendo el Sr. Schlesinger judío e israelí y siendo su Ley personal la Ley religiosa, dicho matrimonio mixto es nulo "ab initio" y en consecuencia no debe ser registrado.

La C.S. aceptó los alegatos de los actores, ordenando al Registro Civil registrar dicho matrimonio mixto. La sentencia produjo una crisis de gobierno ante la demanda del P.R.N. de legislar una ley "ad hoc" que aboliera y prohibiera el registro de matrimonios civiles mixtos. El entonces Primer Ministro, David Ben Gurion, consideró esta demanda una afrenta a la decisión de la C.S. y rehusó darle su apoyo.

La C.S. por medio de su interpretación de la Ley de Registro de la Población, estableció la obligación del registro de matrimonios mixtos aún cuando estén prohibidos por la Ley nacional que es la ley religiosa.

El juez Yoel Zussman, actualmente vice-presidente de la C.S. pionero de la interpretación democrática, liberal y progresista, se expresó en su fallo en los siguientes términos: "El hecho de que la Ley mosaica no reconoce la validez del matrimonio, no implica necesariamente la conclusión de que al tratar un asunto sobre la base de una ley extranjera declaremos la invalidez de dicho matrimonio por el solo hecho de ser un matrimonio mixto. El matrimonio será inválido si su invalidez proviene de razones de orden público externo (internacional) como fué antes declarado, es decir, si el juez israelí, al interpretar los sentimientos de la población de Israel se ve obligado a admitir que la validez del matrimonio en cuestión es contraria a nuestro sistema de vida, sea cual fuere el lugar de su celebración. En caso de duda, el matrimonio goza de la presunción de validez".

"La invalidez del matrimonio de acuerdo con la ley religiosa es un factor muy respetable pero no debe ser el único. La población de Israel está dividida hoy en dos sectores: el uno, formado por los custodios de los ritos y preceptos religiosos o su mayoría; el otro, que subraya la diferencia entre el Estado Religioso y el Estado Laico. Las convicciones de estos dos sectores son diametralmente opuestas. El orden público de Israel no implica que el juez debe imponer la convicción de un sector al sector contrario. La vida impone tolerancia para el prójimo y consideración para una convicción distinta y, por lo tanto, la

norma del juez no ha de ser sino el balance de todas las ideas existentes en la población". (7)

La Doctrina del caso Schlesinger fué establecida por el juez Yoel Zussman en los siguientes términos:

1. Según la Ley de Registro de la Población, el habitante tiene el deber de notificar cualquier cambio en su estado civil y el empleado de Registro tiene el deber de registrar lo que el habitante notifique.

2. Una prueba "prima facie" que acredite la celebración del matrimonio es suficiente para obligar al empleado de Registro a registrar dicho matrimonio.

3. La ceremonia del matrimonio celebrado es la que decide sobre la obligación del registro del matrimonio en el Registro Civil y el juicio acerca de su validez no será competencia del empleado de Registro. (8)

A partir del año 1963, fecha del fallo en cuestión, se celebraron en Chipre aproximadamente 450 matrimonios y a partir del año 1964 fueron celebrados por poder en México aproximadamente 350 matrimonios. Todos estos matrimonios fueron registrados por el Ministerio del Interior.

Es evidente que desde el punto de vista del derecho puro, la Ley de Registro de la Población señala un marco de posibilidades de interpretación y la C.S. se ha adjudicado el mérito histórico de haber escogido, basándose en su arbitrio judicial la interpretación liberal y tolerante seguramente contraria a la voluntad de los promotores de la Ley de matrimonio y a la política administrativa del Ministerio del Interior (tradicionalmente un miembro del P.R.N.) (en adelante M. del I.)

En otros términos: habiendo dejado la Ley de Registro de Población una amplia zona de indeterminación y habiendo sido considerada por la C.S. como ley injusta en su aplicación, ello permitió a dicha Corte valorizar las circunstancias del caso aplicando un ideal verdadero y desligándose del ideal dominante, sin abandonar por ello el marco del derecho positivo.

B. REGISTRO DE MATRIMONIO PRIVADO - CASO HAKLAI

Para facilitar la comprensión del caso Haklai, que es un precedente en la búsqueda de una solución jurídica forense pa-

(7) Supra pág. 257.

(8) Supra pág. 258.

ra los casamientos celebrados en el país y prohibidos por razones religiosas, es conveniente aclarar ciertos hechos y conceptos básicos específicos a este tipo peculiar de matrimonio, el matrimonio "privado".

a) La ceremonia legal del casamiento religioso judío continúa siendo "privada" a pesar de la tradicional presencia del rabino que lo celebra. De acuerdo al derecho de matrimonio judeo-religioso, que es el derecho oficial del Estado de Israel, una ceremonia de matrimonio celebrada en presencia de dos testigos, es válida aún cuando se haya realizado sin la asistencia de un rabino. (9)

b) Aparte del impedimento de matrimonio mixto existe en el derecho judeo-religioso una serie de impedimentos intercomunitarios, como ser el impedimento entre un cohen y una divorciada (10) (aún cuando la divorciada hubiere sido su anterior esposa), entre un cohen y una convertida (11) y otros impedimentos similares, siendo el más notable el del Levirato. (12)

c) La diferencia básica entre el casamiento mixto y el casamiento intercomunitario prohibido, estriba en que el primero es nulo "ab initio", en tanto que el segundo es válido aún cuando esté sujeto a una sanción religiosa, que persigue su anulación pero que no afecta la validez del vínculo establecido por la ceremonia de casamiento "privada" realizada ante dos testigos.

d) La situación particular de los matrimonios intercomunitarios prohibidos fué aprovechada por la pareja Cohen-Buslik (caso de Cohen y divorciada) en el año 1953 para celebrar una ceremonia de casamiento ante dos testigos con la asistencia del abogado David Ganor. Una vez realizada la ceremonia, el M. del I. fué solicitado a registrarla; ante su negativa se presentó ante la Corte de Distrito una demanda de sentencia declarativa acerca de la validez de dicho matrimonio. El abogado que celebró dicha ceremonia, fué acusado por delito contra el orden

(9) Moshe Zilberg. Status Personal en Israel. 1961.

(10) Se considera que las personas que llevan el nombre de Cohen u otros nombres provenientes de la misma raíz idiomática, son descendientes de la casta de los Sacerdotes del Templo y por lo tanto el casamiento con una divorciada (es decir, repudiada) equivale a un lazo profano e impuro.

(11) La convertida es considerada, por su pasado gentil y, a pesar de su conversión, impura para un Cohen.

(12) La Institución del derecho hebreo, contenida en el Deuteronomio, por la cual y con el fin de asegurar la descendencia familiar, el hermano del difunto sin prole quedaba obligado a casarse con la viuda o a ser públicamente repudiada en el caso de negarse a hacerlo. (Halizá). Sin el consentimiento del hermano del difunto para la celebración de dicho repudio, la viuda está impedida de casarse nuevamente con tercera persona.

público (13). Al llegar el caso ante la C.S. por vía de apelación, esta se pronunció en los siguientes términos:

“En este caso veo yo no sólo una evasión de la Ley sino un atentado arrogante contra la forma establecida y reconocida de vida entre los judíos y legalizada por la costumbre; no sólo el desconocimiento de las autoridades competentes sino y esto es lo más importante para nuestro asunto, una malévola frustración de los esfuerzos de las autoridades destinadas a mantener un control efectivo sobre los casamientos celebrados en el país. Es fácil prever el desorden que reinará en la vida familiar si cualquier abogado podría officiar matrimonios convirtiendo su estudio en una montaña a la que acudirán todos los impedidos de casarse legalmente...” en resumen: en los hechos del apelante, veo yo una intervención indecente en la jurisdicción de la administración pública y un atentado al orden público; ellos constituyen un escándalo público capaz de causar un grave daño moral a la población”. (Términos del finado juez de la C.S., Z. Heshin). (14).

Con tales antecedentes, resultó un poco usado volver a repetir la experiencia en el año 1964. No obstante, y dado lo intolerable de la situación legal de dichas parejas y la falta de iniciativa parlamentaria ante un atentado contra los derechos del hombre a contraer enlace sin impedimentos de índole religiosa, no quedaba otro camino que una solución forense del problema.

La pareja Haklai (caso Cohen y divorciada) celebró pues su boda “privada” con la asistencia de dos testigos y tras de exhibir las declaraciones de estos ante el M. del I. y obtener la negativa de rigor, presentó un Amparo contra el Ministerio. La C.S. trató el asunto sobre la base de los siguientes alegatos:

a) *Alegatos de los actores:*

1. La prohibición de un matrimonio entre un Cohen y una divorciada es rechazada por la mayoría absoluta de la población israelí y es, además, contraria a los principios de la democracia, libertad de conciencia y derechos del hombre, aceptados por el Estado de Israel y la jurisprudencia de la C.S.

2. Dicho matrimonio es válido a pesar de ser prohibido

(13) Apelación Penal 208/53. Ganor contra Procurador General. Anales de la Jurisprudencia. Tomo 8, pág. 833.

(14) Supra pág. 838, 839.

y un matrimonio válido no puede representar un atentado contra el orden público.

3. Conforme a la doctrina Schlesinger es suficiente una prueba "prima facie" que acredite la celebración de un matrimonio para obligar al empleado del Registro a inscribirlo y, por lo tanto, una declaración jurada de los testigos del matrimonio será documento legal necesario suficiente para proceder a su registro.

b) *Alegatos del Ministerio Público:*

1. El casamiento "privado", y mas aún el casamiento prohibido entre un Cohen y una divorciada, representa un atentado contra el orden público, según lo decidiera la C.S. en el caso Ganor en el año 1953.

2. Suponiendo que dicho matrimonio no sea ilegal, el M. del I. tiene el derecho de exigir un documento público que de fé de su celebración, o una sentencia declarativa de un tribunal competente (en este caso el Tribunal Rabínico) de que el mismo es válido.

La C.S. falló en los términos siguientes:

"No cabe enfadarse con los actores por haber usado un subterfugio para celebrar el matrimonio "privado". Nuestro Estado, asegura a todos los ciudadanos la libertad de conciencia. Los actores no observan los preceptos religiosos y de acuerdo con las leyes del Estado, tienen el pleno derecho a conducirse de este modo. Ellos desean convivir dentro de un marco familiar y tener hijos que no sean tildados "fuera de la ley". Hoy están enfrentando una prohibición que es puramente religioso-ritual, basada en los arcaicos conceptos del rango privilegiado del sacerdote en el culto. La imposición de esta veda a quien no es observante, contradice la libertad de conciencia y la libertad de acción que ésta implica. Y he aquí que la ley religiosa misma les ofrece una salida del laberinto, por qué habrían de ser tildados, si aprovechan dicha salida para salir de él". (Terminos del juez de la S.C., M. Landau).

Después de justificar el casamiento privado desde el punto de vista del orden público, decidió la C.S. que el matrimonio no podrá ser registrado sobre la base de las declaraciones juradas por constituir éstas documentos "privados", sino después de ob-

tener una sentencia declarativa del tribunal competente, en tal caso la Corte Rabínica, que dicho matrimonio es válido. (15)

En este fallo se decidieron dos puntos: el orden público que fué decidido por una mayoría de cuatro jueces contra uno y el del documento requerido para el registro que fué decidido por mayoría de tres jueces contra dos. (16)

De haberse decidido entonces este último punto a favor de los actores es casi que hoy en día el matrimonio civil estaría impuesto en el país. Algunos jueces temieron al parecer, la avalancha de matrimonios "privados" sobre la base de declaraciones juradas de testigos y decidieron detener el desarrollo inevitable de los acontecimientos.

Después de dicha sentencia la pareja Haklai se dirigió al Tribunal Rabínico donde solicitó la sentencia declarativa. El Tribunal Rabínico ventiló el asunto con marcado disgusto, ya que se trataba de obtener de él el reconocimiento de un matrimonio vedado, mas no tuvo otra alternativa y reconoció que una vez celebrado el casamiento "privado" los cónyuges no podrán volver a casarse con terceras personas sin antes divorciarse, lo que equivalía a decir que estaban casados. El empleado del Registro Civil tuvo que interpretar así la decisión y sobre la base de ella el matrimonio de la pareja Haklai fué registrado en el mes de agosto de 1964, después de un año y medio de batallas forentes. (17)

Si bien el problema halló una solución teórica, en la práctica se encontró con dificultades insuperables: cada caso nuevo presentado ante el Tribunal Rabínico se topó con una muralla administrativa dilatando el proceso con sentencias evasivas que no implicaban ni la legalización ni la anulación del matrimonio. Ello indujo a dar un paso adelante hacia la solución más viable.

Este paso fué dado con el caso que trataremos seguidamente, tercero en los casos-tipo en el capítulo "matrimonios".

(15) Snlza Gurfinkel y Yerahmiel Haklai, *Anales de la Jurisprudencia* Tomo 17, pág. 2069, por el juez M. Landau.

(16) Los cuatro jueces fueron: M. Landau, Z. Berenson, A. Vitkon y A. Mani. Los tres jueces fueron: M. Zilberg, M. Landau y Z. Berenson. Los dos jueces fueron: A. Vitkon y A. Mani.

(17) Expediente 465/64. *Anales de la Jurisprudencia de las Cortes Rabínicas de Israel*, Tomo 5, pág. 219.

C. REGISTRO DE MATRIMONIO PRIVADO - CASO RUDNIZKI.

En este caso se trata de una pareja de Cohen y divorciada, la que tras de haber celebrado en el año 1965 el matrimonio "privado" ante testigos y habiendo obtenido la habitual negativa del empleado del Registro Civil, se dirigió a la Corte Rabínica, basándose en lo establecido por la Doctrina Haklai.

Dicha Corte se rebeló y rehusó a dar una respuesta clara sobre el estado civil de la pareja. La Corte Rabínica Suprema, ante la cual se elevó la apelación, resolvió simplemente que en un caso de Cohen y divorciada rehusaba dictar sentencia declarativa, por ser ello contrario a sus convicciones religiosas.

El caso llegó en el año 1969 ante la C.S. con un nuevo amparo.

El problema legal de la Corte era muy serio. En el año 1953 la Ley, había otorgado a los Tribunales Rabínicos la competencia exclusiva de todos los asuntos de matrimonios y divorcios entre judíos en Israel. (18)

Por otra parte, en el caso Haklai, la Corte había ya decidido que una pareja de Cohen y divorciada tenía el derecho a celebrar una ceremonia privada, mas ello no significaba un progreso si había que esperar cinco años, como en el caso Rudnizki, para llegar a un punto muerto.

La Corte trató nuevamente todos los problemas concernientes a los matrimonios "privados", basándose en los alegatos presentados por el Ministerio Público y los actores.

a) *Los alegatos del Ministerio Público fueron:*

1. En cuestiones matrimoniales los Tribunales Rabínicos tienen la competencia exclusiva para fallar acerca de la validez de dichos matrimonios.

2. Los distintos Tribunales Rabínicos que ventilaron el asunto Rudnizki nunca decidieron que la pareja estaba casada, y por lo tanto, el M. del I. no debe registrar el casamiento.

b) *Los alegatos de los actores fueron:*

1. Si bien los distintos Tribunales Rabínicos que trataron el asunto nunca declararon que la pareja estaba casada tampoco declararon que los cónyuges son solteros. Lo que dichos Tribu-

(18) Ley de la Jurisdicción de los Tribunales Rabínicos. 1953.

nales hicieron durante cinco años no fué sino eludir sus deberes de magistrados, pues por motivos político-religiosos se resistieron a reconocer lo que en su fuero interno sabían, es decir, que dicha ceremonia era válida de acuerdo a las normas religiosas.

2. Con este caso quedó probada la imperfección de la Doctrina Haklai; si hemos de dejar a las parejas en las manos exclusivas de los Tribunales Rabínicos, pasarán generaciones antes que reciban sus sentencias declarativas.

3. Por lo tanto, en casos como el que nos ocupa, habiendo la pareja fracasado en su intento de obtener sentencia declarativa del Tribunal Rabínico, es el deber de la C.S. dictar ella misma acerca de la validez de dicha ceremonia y de la consiguiente obligación del registro por el M. del I.

La C.S. falló por mayoría de cuatro jueces contra uno en favor de los actores, expidiéndose en los siguientes términos: (19)

1. En caso de que el Tribunal Rabínico se niegue a ejercer su competencia por razones de orden público-religioso, contrarias a las convicciones laicas de la C.S. esta Corte dictará una sentencia declarativa acerca de la validez de los matrimonios sobre la base de los poderes generales que la Ley de Amparo le confiere y por lo tanto, el M. del I. deberá registrar el matrimonio de acuerdo con la Ley de Registro de la Población.

2. La pareja que celebró dicha ceremonia "privada" está casada de acuerdo a las leyes del derecho de matrimonio vigente en Israel. (20)

Con esta sentencia llegó a su fin una batalla forense que se prolongó durante cinco años. La situación de las parejas cambió fundamentalmente. Lo que en el año 1953 (21) fuera considerado un escándalo público y un atentado contra el orden público, merece desde ahora que la C.S. tome en sus manos las riendas de la competencia y dicte ella misma la sentencia declarativa que obliga al M. del I. a registrar el acto. Esto fué no sólo un precedente para el Derecho de Familia sino para todas las otras ramas del derecho. Durante veinte años la C.S. de Justicia sólo dictó dos sentencias declarativas, una de ellas en el caso referido.

(19) Los cuatro jueces fueron: Y. Zusman, actual Vicepresidente de la Corte Suprema, M. Landau, Z. Berenson y A. Mani, el quinto juez fué Kister.

(20) Amparo 51/69. Rudnizki contra el Tribunal Supremo Rabínico y el Ministerio del Interior. Anales de la Jurisprudencia Israelí. Tomo 26 (1), pág. 704.

(21) Amparo 275/71. Eliahu Cohen y Tova Maller contra el Ministerio del Interior. Anales de la Jurisprudencia Israelí. Tomo 26 (1), pág. 227.

D. RECIENTES CASOS DE MATRIMONIOS PRIVADOS.

1. Caso Tova Maller — Eliahu Cohen
2. Caso Batia Keidar — Schmuel Cohen

Después del caso Rudnizki, se presentaron dos nuevos casos de matrimonios privados que dieron oportunidad a la C.S. de Justicia de confirmar y ampliar la Doctrina Rudnizki.

Lo curioso en estos dos casos, es que los maridos en ambas parejas son hermanos y sus respectivas esposas son, la una divorciada y la otra viuda, habiendo fallecido el marido de esta última, sin dejar descendencia, circunstancia esta contemplada por la Institución del Levirato (22).

El primer caso fué el de Batia Keidar y Eliahu Cohen, pareja de cohen y divorciada que celebró una ceremonia de matrimonio privado, solicitando luego su reconocimiento por el Tribunal Rabínico.

Al igual que en el caso Haklai, el Tribunal Rabínico falló en su sentencia que, una vez celebrado dicho casamiento privado, los cónyuges no podrán volver a casarse con terceras partes sin antes divorciarse.

No obstante ello, y con el objeto de impedir el registro de dicha sentencia en el Registro Civil, agregó ese Tribunal en la sentencia, que la mencionada prohibición de casarse con terceras partes no significaba reconocerles el estado civil de casados y por lo tanto no debían ser registradas como casados.

A pesar de tal decisión, la pareja presentó la sentencia ante el Registro Civil, solicitando se registre el matrimonio. El empleado de Registro Civil, rehusó hacerlo, conforme al agregado que especificaba la prohibición de ser registrados como casados.

Contra esa negativa del empleado del Registro Civil, presentó la pareja un Amparo ante la C.S. (23).

Los alegatos del Ministerio Público fueron:

1. La Ley concede a los Tribunales Rabínicos la competencia exclusiva en cuestiones de matrimonio y divorcio de judíos en Israel.

(22) Amparo 27/71. Schmuel Cohen y Batia Keldar contra el Tribunal Rabínico de Tel Aviv y otros. Anales de la Jurisprudencia Israelí. Tomo 26 (1), pág. 608.

(23) Ver nota 14, supra.

2. El empleado del Registro Civil estaba inhibido de registrar un matrimonio, pues existía una sentencia que se lo prohibía.

Los alegatos de los actores fueron:

1. El Registro Civil debe atenerse a las normas que le fueron fijadas por la Ley de Amparo y la Ley de Registro de la Población.

2. De acuerdo a la Ley del Registro de la población, existen cuatro categorías únicas de registro del Estado civil: soltero, casado, viudo y divorciado.

3. Después de la sentencia del Tribunal Rabínico, no se puede decir que los cónyuges encuadran en la categoría de solteros, ya que un soltero no puede tener la obligación de divorciarse. Por lo tanto, los cónyuges deben ser registrados como casados.

4. El agregado del Tribunal Rabínico acerca de la prohibición de registrar el matrimonio, es ilegal, puesto que los Tribunales Rabínicos no pueden ordenar o prohibir a un Ministerio Público, a cumplir con sus obligaciones o a inhibirse de hacerlo, ya que ello compete solamente a la Ley de Registro de la Población y a la Ley de Amparo.

La C.S. de Justicia falló conforme a los argumentos de los actores y ordenó al empleado del Registro Civil el registro del matrimonio, especificando que la prohibición era ilegal.

El segundo caso es el de Batia Keidar y Schmuél Cohen. Batia Keidar, viuda de un piloto de la Fuerza Aérea Israelí. Como la pareja no tuvo niños, según la Ley del Levirato, la viuda debía repudiar al hermano del difunto marido.

De acuerdo a la misma Ley, a la viuda le está vedado casarse con un Cohen y por lo tanto, no les quedó a los cónyuges otra alternativa que la del matrimonio privado.

Una vez realizada la ceremonia privada, presentaron su caso ante el Tribunal Rabínico solicitando una sentencia declarativa como en los casos anteriores. Dicho Tribunal trató en numerosas audiencias, el pedido de reconocimiento de matrimonio, mas para evitar el dictado de una sentencia que pudiera ser interpretada como obligación de registrar el matrimonio, evadió respuesta clara, tal como ocurriera en el caso Rudnizki.

Contra dichas evasivas, presentaron los cónyuges un Am-

paro ante la C.S. de Justicia, la cual dictó una sentencia declarativa en favor de los actores, como en el caso Rudnizki (24).

La diferencia entre el caso Batia Keidar — Schmuel Cohen y el caso Rudnizki, radica en el tono con que la C.S. de Justicia criticó el comportamiento del Tribunal Rabínico.

La Corte define como "via dolorosa" el ánimo por el cual deben atravesar las parejas a las que no les queda otra alternativa que la del matrimonio privado y destaca el hecho de que no sólo hubo por parte del Tribunal Rabínico un intento de demorar los trámites del juicio, sino la voluntad expresa de hacerlo fracasar.

Y prosigue la C.S.: "Ante tal situación no será digno de los rabinos ni de nosotros, y no será en beneficio del orden público, permitir que tal situación continúe rodando sin frenos y sin ningún propósito razonable. No es decente que un asunto que se refiere al estado civil de los actores, y que es muy respetable e importante, tanto para ellos como para el interés público, continúe siendo una especie de pelota de juego jurídica".

Después de dichas expresiones, la C.S. fijó por unanimidad que los cónyuges estaban casados y que así debían ser registrados en el Registro Civil. Es de hacer notar que a partir de esta última sentencia, el procedimiento de reconocimiento de "matrimonios privados" se ha facilitado en medida razonable.

SEGUNDA PARTE

NACIONALIDAD

A. CASO SHALIT.

La Ley de Registro de la población, establece que todo habitante del país debe notificar al Registro Civil sus datos personales, entre los que figura su nacionalidad (25).

El concepto de nacionalidad de esta Ley no es idéntico al concepto de ciudadanía. (26) El concepto legal y definido de ciudadanía en Israel, lo constituye la ciudadanía israelí, la que es otorgada a ciudadanos de distintas razas, o religiones (ju-

(24) Ley de Registro de la Población. 1965.

(25) Ley de Ciudadanía. 1952.

(26) Shalit contra el Ministerio del Interior. Amparo 58/68. Anales de la Jurisprudencia. Tomo 23 (2), pág. 477.

díos, árabes, rusos etc.) sobre la base de lo estipulado en la Ley de Ciudadanía. El concepto de nacionalidad en la Ley que estamos tratando, es por otra parte, de carácter sociológico, con características raciales y religiosas y muy difícil de definir legalmente. Dicho registro se lleva a cabo en el Libro de la Población del país, equivalente al Registro Civil. Mas importante aún es el hecho que el registro de la nacionalidad se inserta en la Cédula de Identidad que cada ciudadano tiene la obligación de portar y de exhibir, de acuerdo con la Ley, cada vez que las circunstancias lo requieran. La heterogeneidad de la población de Israel, constituida por inmigrantes provenientes de los cuatro puntos cardinales, de comunidades de distinto nivel cultural, de profesantes de casi todas las religiones, personas de razas diversas con un pasado histórico común, y al mismo tiempo diferente, ha dado lugar a una polémica nacional, de tal magnitud que cada vez que se presenta un caso ante el Tribunal que saca a luz el problema del registro de nacionalidad, la sombra de una crisis gubernamental amenaza la continuidad de la coalición del gabinete.

Este problema se ha concentrado en una pregunta secular: "¿Quién es judío?".

Dos son las respuestas posibles de acuerdo a las distintas convicciones reinantes en la población israelí.

1. Judío es todo aquel que es considerado tal por la religión judía, vale decir, todo hijo de madre judía.

2. Judío es todo aquel que teniendo uno de los progenitores judíos (padre o madre) se considera tal de acuerdo con su conciencia y lo declara así ante las autoridades competentes.

El problema enunciado se presentó con todas las características de polémica nacional y de crisis gubernamental en el sonado caso Shalit. El Sr. Shalit, teniente de la Marina de Guerra, judío y casado con una gentil, exigió que sus dos hijos fueran registrados judíos, a pesar de que la madre de los mismos es gentil.

El M. del I. rechazó el pedido del Sr. Shalit y este presentó un pedido de Amparo ante la C.S. (27).

La C.S. en pleno trató el asunto, es decir reunidos los nueve jueces. El primer paso de la Corte, previo al dictado de la

(27) Publicada en todos los periódicos tras la primera sesión del Amparo 58/68 el 26-2-69.

sentencia, fué recomendar al Gobierno la abolición del Registro de la Nacionalidad, y ello como solución tendiente a evitar el "Culturkampf", la polémica intensa e inútil y una crisis de Gobierno que el caso estaba exitando, al no verse la Corte obligada a dictar una sentencia de contenido, ya sea pro-religioso o prolaico. (28)

Desde el punto de vista democrático, no cabe otra vía que la eliminación del Registro de un concepto que no sólo es indefinible legalmente sino que se encuentra, precisamente en nuestros tiempos, en constante crisis de definir su contenido.

El registro de la nacionalidad, allegado como está al concepto de raza y religión, es tan absolutamente redundante y anti-democrático como discriminatorio y racista. En una sociedad cuyas características son totalmente contrarias a ello, su registro significa un anacronismo imperdonable.

Como era de suponerse, dada la presión del P.R.N., el Gobierno no aceptó la proposición de la C.S. no quedándole a ésta otra alternativa que afrontar el problema y dictar sentencia de acuerdo a los méritos del caso.

La sentencia fué dictada por mayoría de cinco votos contra cuatro (29). La sentencia de la mayoría no definió quien es judío, cosa que tampoco hizo la Ley de Registro de la Población, pero en cambio, dió una solución muy legal en su marco y muy progresista por el resultado logrado. C.S. estableció nuevamente la "ratio" de la Doctrina Schlesinger, que aplicada al registro de la nacionalidad dice: (30)

"El empleado de Registro no es competente para definir quien es judío. Su obligación consiste en registrar como judíos a los hijos del Sr. Shalit y a todo quien se considere tal de acuerdo con su conciencia, y que así lo declare de buena fe". (31)

Desde el punto de vista substantivo la C.S. salvó el grave problema de una definición adversa a convicciones laicas o religiosas, pero al decir que el empleado de Registro está obligado a registrar como judíos a los hijos del Sr. Shalit dió, indudablemente, la única respuesta democrática, liberal y progresista que su tradición imponía.

(28) Los cinco jueces fueron: Y. Zusman, Z. Berenson, A. Vitkon, H. Cohen y A. Mani. Los cuatro jueces fueron: S. Agranat, el presidente, M. Zilberg, el vicepresidente, M. Landau y Y. Klster.

(29) Ver notas 8, 9 y 10 (supra).

(30) El juez Zusman, Amparo Shalit, pág. 516, ver nota 24, supra.

(31) Anat. Damir y Hagar Ben Menashe contra el Ministerio del Interior. Amparo 4/69. Anales de la Jurisprudencia. Tomo 24 (1), pág. 105.

B. CASO BEN MENASHE.

Si bien la C.S. dió en el caso Shalit una respuesta liberal y democrática para el registro de niños que por razones diversas y obvias sus padres solicitaban inscribirlos como judíos, el propósito ulterior, es decir la abolición del registro de la nacionalidad aún quedaba sin ser resuelto.

Cuando nacieron los tres niños del actor de este caso, éste se presentó al Registro solicitando se abstenga en cada ocasión de registrar los datos particulares sobre religión y nacionalidad. El empleado de Registro adujo en cada caso, que estos datos deben ser registrados aún cuando el padre se rehuse a declararlos. En el año 1967, inmediatamente después de la recomendación de la C.S. en el caso Shalit, presentó el actor un Amparo contra el Registro Civil. (32)

La C.S. compuesta de tres jueces y por dictado unánime decidió que la Doctrina Schlesinger era aplicable en el presente caso, tratándose en los siguientes términos:

1. El empleado de Registro no tiene derecho a registrar dato alguno que el solicitante no haya declarado.
2. Toda persona tiene derecho a no declarar o definir su nacionalidad.

Este caso abrió las puertas a una solución forense, si bien no a una solución parlamentaria del problema. La solución estriba en la posibilidad legal creada que permite a todo habitante no declarar su nacionalidad. De hacerlo así, queda automáticamente abolida la discriminación racial y religiosa inevitable de un registro obligatorio.

C. CASO HELEN ZEIDMAN.

El tercer caso de resonancia que trató el problema de registro de la nacionalidad de acuerdo con la Ley (anterior a su enmienda) fué el caso Helen Zeidman. (33)

La Sra. Helen Zeidman, miembro del Kibutz Najal Oz, de origen gentil, convirtiéndose al judaísmo de acuerdo con el rito reformista, obtenida su incorporación a la grey judía, solicitó

(32) Ley del Retorno (Enmienda Nº 2) 1970.

(33) Amparo 223/70. Tama y Reut Shick contra el M. del I. (no fue publicado).



ser registrada judía, basándose tanto en su conversión, como en su declaración de buena fe.

El M. del I. rehusó efectuar dicho registro, alegando que la única conversión aceptable era la ortodoxa.

Los argumentos de la actora se fundamentaron en el caso Shalit, por los cuales era suficiente que la Sra. Zeidman declarase de buena fé que de acuerdo con su conciencia, es judía. Si amén de ello la Sra. Zeidman se convirtió al judaísmo, aún cuando lo hiciera de acuerdo al rito reformista, sus derechos de ser registrada como judía se multiplican.

Los alegatos convencieron al Procurador General del Estado quien respondió en el amparo presentado contra el M. del I. que de acuerdo con la Ley, tal como fuera interpretada en el caso Shalit, la Sra. Zeidman debió ser registrada como judía.

Al presentar dicha respuesta se produjo una reacción tan dramática como ridícula. El P.R.N. amenazó con abandonar la coalición si la C.S. ordenaba al M. del I. registrar a la Sra. Zeidman como judía, basándose en la conversión reformista. Para impedirlo se realizó lo que nunca hasta entonces había ocurrido en Israel: La Sra. Zeidman accedió a una conversión ortodoxa relámpago llevada a cabo en pocas horas, la que permitió su registro como judía sobre la base de una conversión ortodoxa y no reformista.

D. LA ENMIENDA DE LA LEY DE REGISTRO DE LA POBLACION.

Tras la sentencia del caso Shalit el P.R.N. exigió la enmienda de la Ley redactada en forma tal que resultara claro que solamente quien es judío de acuerdo con lo establecido en las leyes religiosas puede ser registrado como tal. La enmienda fué promulgada bajo la consabida amenaza de dicho partido de abandonar la coalición gubernamental aún en medio de la situación bélica en que se hallaba el país. (34)

Dicha enmienda establece que será registrado como judío quien sea hijo de madre judía o quien se haya convertido. La enmienda no especificaba si la conversión ha de ser ortodoxa o reformista. No cabe duda que cuando se presente el próximo caso que trate el tema, este factor será decisivo en la interpretación de la Ley.

(34) Apelación Civil 448/72. Anales de la Jurisprudencia Israeli.

Es notorio que el hecho de que a pesar que el P.R.N. exigiera la abolición de las Doctrinas Shalit y Ben Menashe, el Gobierno no accedió a ello y hoy, aún cuando la enmienda anuló la Doctrina Shalit, todo habitante tiene derecho a no declarar los datos personales referentes a su religión y nacionalidad.

E. EL CASO SCHICK.

El mas reciente e interesante de los casos de registro de nacionalidad, desde el punto de vista de las batallas forenses destinadas a una interpretación liberal de la Ley, es el caso Shick

Los hechos son los siguientes:

Yeshaiahu Schick nació en Hungría, hijo de padres judíos y al llegar a Israel, a la edad de 11 años, su madre, cumpliendo los requisitos de la Ley de Registro de la Población, declaró judía la nacionalidad de su hijo.

Las convicciones filosóficas cosmopolitas de Yeshaiahu, a los 16 años de edad, no estaban de acuerdo con su pertenencia a una nación determinada, incluso la judía, y de acuerdo con su convicción pidió, al solicitar su cédula de identidad, que no se registrara el dato personal de nacionalidad y que en cambio sea registrado como "cosmopolita".

El empleado del Registro Civil, se negó a dicho pedido alegando que el registro original era veraz y legítimo y por lo tanto no había razón legal que lo obligara a cambiar dicho registro, a excepción de ser presentada una sentencia judicial.

Ello ocurrió en el año 1955, cuando las grandes batallas forenses que se iniciaron en el año 1963 aún no habían dejado su sello en el panorama jurídico de Israel.

Sin otra alternativa esperó el Sr. Schick hasta que la C.S. dictó sentencia en el caso del autor de este artículo y basándose en él, presentó un Amparo contra el M. del I. en nombre de sus dos hijas y en el suyo propio.

La C.S. accedió a su pedido con respecto a sus hijas, ya que se trataba del registro original y de acuerdo a la Doctrina sentada en el caso Ben Menashe, el registro original debe efectuarse sobre la base de la declaración del ciudadano. Con respecto al cambio de registro, en este caso, para lograr la tacha del registro existente, el remedio legal de acuerdo a la opinión de la Corte, se encuentra en una sentencia declarativa, que está dentro de la competencia de la Corte de Distrito. La C.S. no especificó cual debía ser el contenido de dicha sentencia para que el em-

pleado de Registro borre el registro que no solo fué legalmente realizado, sino que de acuerdo a la definición de la Ley de Enmienda del Registro de la Población del año 1970, era correcto.

El problema del contenido de la sentencia, lo resolví al pedir que la Corte dicte una sentencia declarativa especificando que el peticionante tenía derecho de ser registrado sin que figure el dato personal de la nacionalidad.

Mi argumento básico, fué que el derecho de autodeterminación y la libertad de conciencia que fueron ampliamente reconocidos por la jurisprudencia israelí facultan al peticionante, al llegar a la mayoría de edad, a declarar sus datos personales, basándose en sus convicciones y no en las convicciones de su madre. Además, recalqué el absurdo que significaba otorgarle al Sr. Schick el derecho de declarar la nacionalidad de sus hijas, otorgarle a la madre el derecho de declararle a él su nacionalidad y al mismo tiempo negárselo a él mismo.

La Corte de Distrito, rechazó mis argumentos y falló que el Sr. Schick era judío, hijo de madre judía, y por lo tanto la autenticidad del Registro de la Población, exige su registro como judío.

La C.S. ante la cual se presentó la apelación, fue de distinta opinión y después de criticar el fallo de la Corte de Distrito y aceptar la apelación y sus argumentos, declaró que el Sr. Shick tenía todo el derecho de ser registrado de acuerdo con su conciencia y con su autodeterminación.

Dicha sentencia tiene especial importancia por haberse dictado después de la Enmienda de la Ley de Retorno. La Corte Suprema se refiere a dicha Ley y especifica que a pesar de haber definido quién es judío, no puede limitar, ni limitó el derecho de autodeterminación de una persona que no quería definirse o declarar su nacionalidad, aún cuando racionalmente era judío.

En resumen: de todas las sentencias que fueron falladas por la C.S. que sentaron jurisprudencia, y relatadas en este artículo, sólo fué abolida por el parlamento la Doctrina Shalit, quedando en pie las Doctrinas Schlesinger, Haklai, Rudnizki y Ben Menashe.

Los casos y hechos expuestos en este artículo, pudieron haber sido enfocados desde varios aspectos distintos e igualmente legítimos. Uno de ellos, es el de la lucha del ciudadano en un país democrático en desarrollo, por lograr la conquista de sus

derechos, aspecto este que incluye la lucha de las distintas parejas e individuos que participaron en las relatadas batallas forenses para defender sus derechos a casarse y a vivir de acuerdo a los dictados de su conciencia y no a los mandamientos de la cohesión político-religiosa del P.R.N. y de los distintos gobiernos que le dieron su apoyo.

Otro aspecto no menos notable, es el de la misión de la abogacía en un país en desarrollo, la que ofrece las inmensas posibilidades abiertas a la iniciativa, el empeño y la fé de un abogado en un sistema democrático cuando la aspiración de hacer justicia y progreso, orientan sus pasos.