

**JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN
SILVIA MESEGUER VELASCO
RAFAEL PALOMINO LOZANO**

(Coordinadores)

RELIGIÓN, MATRIMONIO Y DERECHO ANTE EL SIGLO XXI

**Estudios en homenaje al Profesor
Rafael Navarro-Valls**

Volumen II

DERECHO MATRIMONIAL

DERECHO CANÓNICO

OTRAS ESPECIALIDADES JURÍDICAS



iustel

La publicación de estos volúmenes ha sido posible gracias a la colaboración de la Dirección General de Universidades e Investigación de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, Programas de I+D en Socioeconomía, Humanidades y Derecho 2007 (Proyecto S2007/HUM-0403); al Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado y al Grupo de Investigación «Religión, Derecho y Sociedad» de la Universidad Complutense, y a la Fundación Cajamurcia.

Los coordinadores de esta obra desean también agradecer especialmente su colaboración en diversos aspectos de los trabajos de edición a Francisco Roca Suárez-Inclán y Montserrat Perales Agustí; así como a los becarios del Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado de la UCM: Patricia Morillas Jiménez, Alexandra Muñoz García, Daniel Muñoz Cabrera, Cristina Jiménez Lagoa y Germán Fernández Maldonado. También desean expresar su gratitud a la Editorial Iustel, y en particular al Presidente de su Consejo Editorial, Santiago Muñoz Machado, por las facilidades para la publicación de estos volúmenes.



Dir. Gral. de Universidades e Investigación
Programas de I+D en Socioeconomía,
Humanidades y Derecho 2007
(S2007/HUM-0403)

Departamento de Derecho
Eclesiástico del Estado
Grupo de Investigación
«Religión, Derecho y Sociedad»

1.ª edición, 2013

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2013, by Javier Martínez-Torrón, Silvia Meseguer Velasco, Rafael Palomino Lozano y otros Iustel

Portal Derecho, S. A.

www.iustel.com

Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-216-7

Depósito legal: M. 37.875-2012

Preimpresión: Sociedad Anónima de Fotocomposición

Printed in Spain - Impreso en España

por Cofás Artes Gráficas, S. A.

Lista de Autores

- ABOI RUBIO, Diego
ACUÑA GUIROLA, Sara
ALBERCA DE CASTRO, Juan Antonio
ALDANONDO, Isabel
ALENDA SALINAS, Manuel
ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis
ALONSO DE ANTONIO, José Antonio
ÁLVAREZ CORTINA, Andrés-Corsino
ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás
ÁLVAREZ PRIETO, Luis
ARECES PIÑOL, M.^a Teresa
ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel
BABÉ, Lourdes
BACCIOLI, Carlos
BENEYTO BERENGUER, Remigio
BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel
BERTOLINO, Rinaldo
BLANCO FERNÁNDEZ, María
BOGARÍN DÍAZ, Jesús
BONET NAVARRO, Jaime
BORRERO ARIAS, Jerónimo
BRIONES MARTÍNEZ, Irene María
BUENO SALINAS, Santiago
CABRILLO, Francisco
CALVO ESPIGA, Arturo
CAMARERO SUÁREZ, Victoria
CAMPO DEL POZO, Fernando
CANOSA, Javier
CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago
CAÑIVANO, Miguel Ángel
CAPARROS, Ernest
CATALÁ RUBIO, Santiago
CEBRIÁ GARCÍA, María
CELADOR ANGÓN, Oscar
CIÁURRIZ LABIANO, María José
CODES BELDA, Guadalupe
COELLO DE PORTUGAL, José María
COMBALÍA, Zoila
COPPOLA, Raffaele
CORRAL SALVADOR, Carlos
CUBILLAS RECIO, Luis Mariano
DALLA TORRE, Giuseppe
DE ESTEBAN, Jorge
DE LA HERA, Alberto
DÍAZ MORENO, José María
DÍEZ MORENO, Fernando
DOMINGO GUTIÉRREZ, María
DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, Rocío
DURÁN Y LALAGUNA, Paloma
ESCRIVÁ IVARS, Javier
ESCUDERO, José Antonio
FÉLIX BALLESTA, M.^a Ángeles
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio
FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio
FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco
FERRARI, Silvio
FERREIRO GALGUERA, Juan
FERRER ORTIZ, Javier
FLORES DOÑA, M.^a de la Sierra
FORNÉS DE LA ROSA, Juan
FUMAGALLI CARULLI, Ombretta
GARCÍA CANTERO, Gabriel
GARCÍA OLIVA, Javier
GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio
GARCÍA-PARDO, David
GARCÍA RUIZ, Yolanda
GARCÍA VILARDELL, M.^a Rosa
GARCIMARTÍN MONTERO, M.^a Carmen
GIL Y GIL, José Luis
GONZÁLEZ DEL VALLE, José M.
GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.
GONZÁLEZ MORENO, Beatriz
GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús
GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro
GOTI ORDEÑANA, Juan
GRAU RUIZ, María Amparo
GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús
GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO, Eduardo
HERRERA CEBALLOS, Enrique
HERVADA, Javier
IBÁN, Iván C.
IGLESIAS DE USSEL, Julio

- JORDÁN VILLACAMPA, M.^a Luisa
 JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, Miguel Ángel
 LAINA GALLEGO, José María
 LE TOURNEAU, Dominique
 LEAL ADORNA, Mar
 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio
 LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, José Luis
 LLOBELL, Joaquín
 LO CASTRO, Gaetano
 LÓPEZ MEDINA, Aurora M.^a
 LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel
 LORENZO VÁZQUEZ, Paloma
 MARTÍ SÁNCHEZ, José M.^a
 MARTÍN DE AGAR, José T.
 MARTÍN GARCÍA, María del Mar
 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo
 MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro
 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino
 MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio
 MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier
 MATLARY, Janne Haaland
 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio
 MESEGUER VELASCO, Silvia
 MIÑAMBRES, Jesús
 MOLANO, Eduardo
 MONTESINOS SÁNCHEZ, Nieves
 MONTOYA MELGAR, Alfredo
 MORÁN, Gloria M.
 MORENO ANTÓN, María
 MORENO BOTELLA, Gloria
 MÜCKL, Stefan
 MUSOLES CUBEDO, María Cruz
 NIETO NÚÑEZ, Silverio
 OLIVENCIA RUIZ, Manuel
 OLMOS ORTEGA, María Elena
 ORTIZ HERRÁIZ, Julio
 OTADUY, Javier
 OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen
 PALOMINO LOZANO, Rafael
 PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto
 PAREJO GUZMÁN, María José
 PATIÑO REYES, Alberto
 PEÑA GARCÍA, Carmen
 PEÑA GONZÁLEZ, José
 PERALES AGUSTÍ, Montserrat
 PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador
 PÉREZ DE AYALA, José Luis
 PÉREZ-MADRID, Francisca
 PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel
 PINTÓ RUIZ, José Juan
 POLO SABAU, José Ramón
 PONS-ESTEL TUGORES, Catalina
 PORRAS ARBOLEDAS, Pedro Andrés
 PRIETO MARTÍNEZ, Vicente
 PUYOL MONTERO, José María
 QUINTANA BESCÓS, Ricardo
 RAGA GIL, José T.
 RAMÍREZ NAVALÓN, Rosa María
 REDONDO ANDRÉS, María José
 RIBES SURIOL, Ana Isabel
 ROCA, María J.
 RODRIGO LARA, María Belén
 RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel
 RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael
 RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio
 RODRÍGUEZ MOYA, Almudena
 ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, M.^a Leticia
 ROSILLO FAIRÉN, Alejandro
 ROSSELL, Jaime
 RUANO ESPINA, Lourdes
 RUBIO LINARES, Eugenio
 SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio
 SAN JOSÉ PRISCO, José
 SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel
 SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio
 SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando
 SANTOS DIEZ, José Luis
 SECO CARO, Carlos
 SOBAŃSKI, Remigiusz (†)
 SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis
 SORIA SÁNCHEZ, Valentín
 TEJÓN SÁNCHEZ, Raquel
 TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel
 TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio
 TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro
 TURCHI, Vincenzo
 VALERO ESTARELLAS, M.^a José
 VALLET DE GOYTISOLO, Juan (†)
 VARNIER, Giovanni B.
 VEGA GUTIÉRREZ, Ana M.^a
 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano
 ZAMORA, Tomás

Matrimonio indígena andino

Llaquet de Entrambasguas

Nacional de Educación a Distancia

Oberta de Catalunya

INDICE: 1. EL INDIGENISMO.—2. EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA ANDINO.—3. EL MATRIMONIO INDÍGENA EN EL SISTEMA MATRIMONIAL.—4. EL MATRIMONIO INDÍGENA EN AMÉRICA.—5. CONCLUSIÓN.—6. LEGISLACIÓN MATRIMONIAL EN LOS PAÍSES ANDINOS: 6.1. *Bolivia*. 6.2. *Ecuador*.—7. CONCLUSIONES.

1. Indigenismo ¹

Conceptos como nativos, aborígenes, pueblos tribales, minorías étnicas... son utilizados y no son aceptados como equivalentes por las diferentes escuelas antropológicas, etnológicas o sociológicas ². Los pueblos originarios o indígenas como prefieren denominarse ellos mismos— son grupos humanos que fueron colonizados y que actualmente, integrados en su entorno natural y comunitario, mantienen su conciencia de identidad personal y colectiva sin identificarse con la cultura, sistema socio-político, idioma y creencias estatalmente dominantes, sino que se rigen por unas costumbres e instituciones propias apenas evolucionadas y desean a preservar y a que se les reconozcan jurídicamente.

Existen más de 5.000 pueblos indígenas, con una población que supera los 370 millones de personas en unos 70 países de los 5 continentes ³. El fenómeno indigenista como exaltación del legado de los pueblos indígenas— se extiende por todos los continentes en medio de nuestro mundo globalizado, intercultural y multiétnico ⁴.

Este trabajo se enmarca dentro de las actividades de investigación del Derecho fundamental y de conciencia y su descentralización legislativa en el Estado autonómico. Proyecto 2009-10028 (subprograma JURI) concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental, en el marco del IV Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011.

Nativo y aborígen se relacionan con el territorio; tribal se aplica preferentemente a África y mientras que el concepto «indígenas» se prefiere al resto de los pueblos, sin identificarse con ninguno, como en ocasiones se ha pretendido, incluso desde ámbitos oficiales. Étnico, tribu, linaje y familia hacen referencia a la extensión de la población humana según su proveniencia.

El tanto por ciento de población indígena en países latinoamericanos es el siguiente: Argentina 13,65%; Belice 13,65%; Bolivia 50,51%; Brasil 0,16%; Colombia 1,74%; Costa Rica 0,76%; Chile 1,74%; Ecuador 24,85%; El Salvador 1,69%; Guyana francesa 3,94%; Guatemala 48,01%; Guyana 1,74%; Honduras 11,89%; México 9,48%; Nicaragua 7,6%; Panamá 7,79%; Paraguay 1,97%; Perú 1,74%; Surinam 3,34%; Venezuela 1,48%.

Aunque en Europa la incidencia de los pueblos indígenas es menor, por cuanto la mezcla in-

Los pueblos indígenas, agrupados en diversas organizaciones y asociaciones, intentan salvaguardar su legado histórico para evitar la desaparición de sus grupos y posibilitar sus medios de subsistencia en este mundo globalizado e intercultural. Muchos países están viviendo una euforia indigenista con la reivindicación del reconocimiento de los derechos de pueblos étnicos que hasta ahora han tenido una marginalidad buscada por ellos mismos o impuesta por la cultura de las sociedades dominantes ⁵. Muchas ONGs y agencias internacionales ⁶ están, igualmente, empeñadas en esta tarea, la cual está teniendo apoyo institucional en algunos gobernantes actuales americanos ⁷. Las Naciones Unidas ⁸, desde ámbitos muy variados, tienen diversos programas, oficinas, comisiones y organismos especializados ⁹ tendentes, fundamentalmente, a proteger los derechos humanos de este colectivo social.

Por su relevancia programática y jurídica, los principales documentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas son la *Convención n.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales*, de la Organización Internacional del Trabajo (1989) ¹⁰ y la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas* ¹¹. Esta última les reconoce el derecho individual y colectivo al disfrute

de su territorio y la hegemonía del cristianismo han significado la práctica desaparición de pueblos indígenas en estado puro, así como de sus costumbres y tradiciones precristianas, incluyendo la *matrimonio gitano*. Casos aislados serían los samis escandinavos, algunos pueblos en Rusia y otros en los Balcanes. Cfr. J. L. LLAQUET, *La condena del Tribunal europeo de derechos humanos a España con ocasión del matrimonio gitano*, en Actas del Simposio *The monotheistic religions and the human liberties*, Comenius University, Bratislava, 31 de mayo y 1 de junio de 2010 (en prensa). Aun así, en clave política, hay una reivindicación de determinados sectores por establecer una Europa de las Naciones que supere la Europa de los Estados.

⁵ Cfr. J. TRUJILLO, *Indianistas, indianófilos, indigenistas*, Quito 1993, 740; J. M.ª CONTRERAS MAZARIO, *La protección internacional de las minorías religiosas: algunas consideraciones en torno a la declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y al convenio-marco sobre la protección de las minorías*, Anuario de Derecho Internacional XV (1999), 159-203; J. L. LÓPEZ FUENTES, *Los derechos de los pueblos indígenas*, Málaga 2006; S. J. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid 2005; J. L. GUTIÉRREZ DEL PRADO, *Pueblos indígenas: normas internacionales y marcos normativos*, Deusto 2008.

⁶ www.cwis.org; www.iwgia.org; www.indianlaw.org; www.docip.org; www.nativevillages.org; www.lanic.utexas.edu; www.minorityrights.org

⁷ Morales en Bolivia, Chávez en Venezuela, Correa en Ecuador, Lula da Silva en Brasil y Ortega en Nicaragua.

⁸ Departamento de información pública, *ABC de las Naciones Unidas*, Nueva York 2000; Department of Public Information, *Basic Facts about the United Nations*, New York 1995, 34.

⁹ UN, www.un.org; PNUD, www.undp.org; UNCTAD, www.unctad.org; PNUMA, www.unep.org; www.unhcs.org; www.unhchr.ch; UNRISD, www.unrisd.org; OIT, www.ilo.org; FAO, www.fao.org; UNESCO, www.unesco.org; OMS, www.who.int; FIDA, www.ifad.org; y otros.

¹⁰ Cfr. R. ROLDÁN, *Los Convenios de la O.I.T. y los Derechos Territoriales Indígenas*, en «Las Políticas de Gobierno y en la Administración de Justicia en Colombia», 1998.

¹¹ Puede verse la obra colectiva de N. ÁLVAREZ MOLINERO-J. D. OLIVA MARTÍNEZ-N. ZAMORA GARCÍA-FALCES, *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y...*

no de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (art. 11). Superando el monismo jurídico kelseniano, el reconocimiento de los derechos indígenas significa concebir a los Estados de forma plurinacional y reconocer tanto la existencia de los pueblos indígenas como su derecho autóctono y la jurisdicción de las autoridades indígenas¹². Además, en la práctica, supone el primer paso hacia el reconocimiento estatal e internacional del derecho a su autonomía (absoluta o relativa, según el marco jurídico de los diversos países) y, quizás, de autodeterminación¹³ de los pueblos indígenas en el seno de los Estados plurinacionales, como pretenden ellos mismos.

El alcance de estos derechos en los anteriores documentos es muy amplio, e incluye el gobierno y la administración de los pueblos indígenas por miembros de sus colectividades; la propiedad colectiva de sus territorios; una jurisdicción indígena con raíces consuetudinarias, particularidades penales y órganos jurisdiccionales propios y vinculantes; su acceso a los recursos naturales; la participación como codeterminación y consulta en las decisiones que les competen; la protección y promoción de las lenguas indígenas, también en la enseñanza; el acceso preferencial al sistema de salud y la aceptación de sus prácticas tradicionales; los derechos educativos y económicos para erradicar la pobreza y fomentar el desarrollo; la protección de su biodiversidad y recursos genéticos; y de su patrimonio y prácticas culturales; la existencia de unos órganos estatales de política indígena¹⁴. Los anteriores documentos internacionales no protegen expresamente, entre los derechos indígenas, las especiales formas convivenciales-matrimoniales y familiares de dichos pueblos.

ible, Madrid 2009. No podemos olvidar otros textos igualmente relevantes, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales y, en América, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

¹² La Constitución boliviana, con mayor rigor, se refiere a las autoridades «naturales» de las comunidades indígenas y campesinas. No importa tanto la denominación que se les atribuya cuanto que sean sus propios representantes, elegidos por los mismos indígenas, quienes ejerzan esa función jurisdiccional de sentenciar y mandar ejecutar lo resuelto según el derecho consuetudinario.

¹³ El Convenio 169 de la OIT no se refiere al concepto de autonomía, aunque sí establece la consulta a través de instituciones representativas (art. 6.1) y el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades (art. 7.1). Posteriormente, el Consejo de Derechos humanos de la ONU aprobó en Ginebra en 2006 la *Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas* (30 votos a favor, 12 abstenciones y 2 en contra, Canadá y Rusia); texto que se aprobó en la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007 con 143 votos de los 192 posibles (votaron en contra Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda), que amplía notablemente el elenco de los derechos.

¹⁴ Cfr. M. C. BIANCHINI, *Guía de conocimiento sobre Pueblos Indígenas*, Instituto de Estudios políticos para América Latina y África. Otros textos normativos y/o algunos autores se refieren a otros derechos cuya protección no fue recogida por los anteriores documentos, como los narcóticos, el registro civil, la mayor protección de las mujeres indígenas e incluso la legalización de sus formas convivenciales.

2. El Derecho consuetudinario indígena andino

En paralelo al reconocimiento jurídico nacional e internacional de los derechos indígenas se ha ido desarrollando el «Derecho consuetudinario indígena» como rama del Derecho que estudia la dimensión jurídica de las tradiciones e instituciones indígenas vigentes, en cuanto reguladoras de los intereses privados y públicos de la colectividad indígena entre sí y en su relación externa con la sociedad y el Estado al que pertenecen ¹⁶. Como veremos posteriormente, las nuevas Constituciones recientemente promulgadas ¹⁷ en los países andinos reconocen —sin crearlo *ex novo*—, el pluralismo jurídico —que incluye el Derecho consuetudinario indígena— y la multiplicidad étnica de sus sociedades. El reconocimiento del Derecho consuetudinario indígena está vigente en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela, Chile y México, entre otros países latinoamericanos ¹⁸. En Perú, Ecuador y Bolivia sobre el 40% de la población se regiría por este Derecho, que para ellos debería ser el directamente aplicable, mientras que el resto de la legislación estatal sería supletoria.

Respecto a los ámbitos competenciales, «las Constituciones de Colombia y Perú comparten, *grosso modo*, los mismos criterios. La Constitución de Bolivia no hace referencia expresa al tema. La Constitución del Ecuador habla de la solución de “conflictos internos” sin precisar si es en razón del territorio, persona o materia» ¹⁹. La competencia territorial se refiere al lugar donde se ejerce la jurisdicción. La competencia material no tiene un límite constitucional y queda al arbitrio

¹⁵ Una buena monografía sobre el Derecho indígena es la de V. CABEDO MALLOL, *Constitucionalismo y Derecho indígena en América Latina*, Valencia 2004, 315; G. ITURRALDE-A. DIEGO, *Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas*, en «Revista IIDH» (2005); <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones-omb.htm>. Derecho consuetudinario no significa formado por costumbres o usos, sino que sería el equivalente a Derecho propio en cuanto derecho especial.

¹⁶ Algunos autores se refieren a este Derecho —infundadamente, desde mi punto de vista— como un conjunto de normas morales, cuando realmente son normas jurídicamente vinculantes al menos, para los propios indígenas. Otros autores quitan juridicidad a dicho Derecho y lo circunscriben al ámbito antropológico y sociológico, en oposición a los indigenistas, que querrían que la enseñanza de este Derecho se impartiera en las Universidades (cfr. P. SAGÁSTEGUI URTEAGA, *Derecho consuetudinario andino: necesidad de su estudio por investigadores jurídicos y aplicaciones*, Revista on line Universidad San Martín de Porres, Lima enero 2010). Finalmente, este Derecho no guarda un paralelismo con el *Common Law* anglosajón.

¹⁷ Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994 y Ecuador en 1998, con sus sucesivas modificaciones o nuevas Constituciones que analizaremos en la última parte del trabajo.

¹⁸ Alguno de estos países ha aprobado Leyes Orgánicas sobre pueblos y comunidades indígenas: así Venezuela (2005) y el Estado mexicano de Durango. Además del desarrollo normativo con leyes Ordinarias sectoriales, una Ley Orgánica que sienta los principios informadores y derechos básicos de los indígenas nos parece una solución acertada.

¹⁹ R. Z. YRIGROYEN FAJARDO, *Reconocimiento constitucional del Derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, «Revista Pena y Estado», Buenos Aires (2000). Alguna de las referidas Constituciones ha sido derogada, pero las nuevas no han variado sustancialmente las competencias.

trio de los propios interesados indígenas: Colombia y Perú se consideran competentes en todo asunto acaecido en territorio indígena; Bolivia la extiende a cualquier caso de indígenas —con independencia del lugar donde suceda—, así como de no indígenas en territorio indígena y en Ecuador las autoridades indígenas conocen de todo asunto de indígenas, estén donde estén. Ninguna Constitución menciona la competencia personal, pero de las Constituciones boliviana y peruana se deduce que la jurisdicción abarca a todas las personas que estén dentro del territorio indígena.

El único límite que la Constitución peruana —al igual que el art. 8.2 del Convenio 169 de la OIT— establece al reconocimiento estatal del derecho indígena es la no vulneración de los derechos de las personas²⁰. Por el contrario, el resto de los países andinos (Ecuador, Bolivia y Colombia) ponen el límite en la no violación de la Constitución y las leyes.

Yrigoyen señala como grandes retos aún pendientes el establecimiento de mecanismos de coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena y, en segundo lugar, los criterios para el establecimiento de una Ley de Desarrollo Constitucional²¹. En este sentido, esta autora aboga por una ley de desarrollo constitucional (que) debería establecer mecanismos para la descriminalización de las prácticas culturales que son parte del sistema de regulación indígena pero que pueden configurar algún tipo penal. Debe darse una abstención de la intervención punitiva estatal cuando los hechos se fundan en la cultura y práctica jurídicas indígenas (formas de unión conyugal temprana, uso de plantas medicinales, etc.); un paso en este sentido es el Código Penal Peruano de 1991 que despenaliza la comisión de hechos punibles cuando estén basados en la cultura o costumbres»²².

Los países con presencia de pueblos indígenas no sólo deben reconocer el Derecho consuetudinario indígena, sino también saberlo armonizar con el Derecho positivo de corte francés o de influencia inglesa, en un nuevo sistema jurídico plural. Una vez más se demuestra que el Derecho no debe ser la fría regulación positiva de instituciones que hacen juristas de laboratorio, sino la normativación dinámica y transversal de la vida social que llevan a cabo juristas de trincheras conjuntamente con antropólogos y sociólogos jurídicos.

²⁰ Para resolver conflictos entre el derecho indígena y los derechos humanos Yrigoyen propone crear un procedimiento que garantice la comprensión intercultural de los hechos y la interpretación intercultural de las normas aplicables, además de instalar jurados escabinados o tribunales mixtos con jueces estatales e indígenas.

²¹ Mientras que se ha legislado acerca del primero, no ha habido ninguna ley que materialice el segundo. Además, el Derecho consuetudinario indígena afecta al resto del cuerpo legislativo del país (leyes de desarrollo agrario, de propiedad intelectual, de política y estrategia de biodiversidad, de demarcación y garantía del hábitat y de las tierras... por citar algunos ejemplos).

²² R. Z. YRIGOYEN, *a.c.*

3. El matrimonio indígena en el sistema matrimonial

Existen tres modelos de convivencia afectiva en pareja ²³: la mera convivencia fáctica al margen de la ley, las uniones de hecho reguladas legislativamente y el matrimonio. Los dos últimos están regulados en los ordenamientos jurídicos, mientras que el primero es ajurídico.

La primera opción, la cohabitación de hecho al margen de la ley, sólo será posible cuando los interesados no quieran dar cobertura legal a su convivencia y el Derecho no regule esas situaciones fácticas. Estas uniones consensuales suelen ser relaciones inestables, esporádicas o sexualmente abiertas, con poco tiempo de convivencia, convivencias en domicilios separados, convivencias prolongadas pero social y jurídicamente marginales o bien modelos alternativos a la pareja tradicional. La mera convivencia fáctica no plantea problemas jurídicos, pues queda reducida a la privacidad afectiva de las personas ²⁴.

La segunda de las opciones convivenciales es la pareja estable con reconocimiento legal como unión civil ²⁵. La declaración de voluntad de quienes conviven establemente o el mero cumplimiento de unos requisitos legales (normalmente, el transcurso ininterrumpido de un tiempo bajo el mismo hogar y la singularidad sexual) origina unos derechos similares a los del matrimonio, aunque los convivientes hayan querido permanecer al margen del matrimonio y de sus consecuencias, incluso de las jurídicas.

La tercera opción es el sistema matrimonial ²⁶. Los países europeos occidentales suelen reconocer como formas válidas de contraer matrimonio el matrimonio civil y el religioso, en sus variantes de matrimonio canónico de la iglesia católica ²⁷ y el matrimonio de alguna de las confesiones religiosas existentes y registra-

²³ Cfr. I. MARTÍN SÁNCHEZ, *Derecho a convivir en pareja y libertad de conciencia*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 11 (mayo 2006).

²⁴ Para algunos autores (Schoen, Weinick) serían matrimonios informales, mientras que otros autores (Brines, Joyner) la conceptúan como una forma institucional distinta, con diferentes roles conductuales y fines propios que los separan de los matrimonios, con un mayor margen de libertad y autonomía para gestionar la incertidumbre de la relación y la ausencia de un contrato legal que los disuada de la ruptura.

²⁵ Llamada también unión libre, unión concubinaría, unión consensual, ley de sociedades de convivencia o pacto civil de solidaridad, que puede incluir otras realidades de afectividad no sexual. La denominación «pareja de hecho» puede dar lugar a equívocos por su identificación con la mera cohabitación, por lo que más exacto sería denominarla «pareja/unión de derecho». Cfr. J. L. LLAQUET, *Consideraciones en torno a la «Lei d'unions estables de parella» (lei 10/1998, de 15 de juliol)*, «Revista Española de Derecho Canónico» LVI/146 (1999/I), 261-273.

²⁶ Las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos y la misma Constitución española (art. 32.1) reconocen el derecho a contraer matrimonio, pero no reconocen eficacia jurídica a otros modos convivenciales. Los modos convivenciales *more uxorio* —las parejas civiles de derecho—, se han ido regulando legalmente en los últimos años, en las llamadas «uniones de hecho», que en España son leyes autonómicas.

²⁷ Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979. Su artículo VI reconoce efectos civiles —desde la celebración del mismo— al matrimonio

en el RER, que son aquéllas con las que —en el caso español— el Estado ha firmado Acuerdos de cooperación ²⁸.

El derecho matrimonial y familiar ha tenido una increíble transformación en los últimos años con la legalización y regulación de nuevos supuestos ²⁹, aunque también ha afectado a las formas convivenciales-matrimoniales de los pueblos indígenas. Una de las reivindicaciones de los movimientos indigenistas es, precisamente, la no estigmatización de sus relaciones afectivas y el reconocimiento legal de sus costumbres convivenciales y matrimoniales ancestrales ³⁰.

En los pueblos indígenas, los ritos ancestrales convivenciales son actos sociales, muchas veces endogámicos, que generan una nueva realidad de pareja con implicaciones jurídicas dentro de su etnia, clan o familia. Sin embargo, el Estado puede considerarlos como meros actos privados de cohabitación sin relevancia jurídica alguna —como sucede en la mayoría de los países—, o bien otorgarles una eficacia civil en igualdad de condiciones a las demás formas matrimoniales. Este último es el supuesto de algunos países —no así España—, que, como *tertius genus* matrimonial, han reconocido legalmente (en igualdad de derechos y deberes con respecto a los matrimonios civiles y religiosos) el matrimonio indígena —*customary marriage, indigenous marriage, mariage traditionnel ou coutumier*—, llamado también matrimonio tradicional, étnico, aborigen o informe. Gran parte del África subsahariana y algunos países de Oceanía han regulado este tipo de matrimonios otorgándole eficacia civil ³¹. *Stricto sensu*, llamamos matrimonio indígena a la convivencia entre dos indígenas —normalmente de la misma etnia— y, en consecuencia, no se consideran tales los matrimonios interraciales en los que sólo uno de los miembros es indígena.

El matrimonio según las normas del Derecho Canónico, aunque para su pleno reconocimiento deberá inscribirse en el Registro Civil, por la mera presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio. Cfr. J. L. LLAQUET-J. MARTÍNEZ GRAS, *Antropología, pastoral y Derecho en la preparación del matrimonio*, «Ius Canonicum» XLI/82 (2001), 571-606.

²⁸ Actualmente, los Acuerdos con los evangélicos (Ley 24/1992, de 10 de noviembre), judíos (Ley 25/1992, de igual fecha) y musulmanes (Ley 26/1992, de igual fecha). El artículo 7 de estos Acuerdos reconoce efectos civiles a los matrimonios evangélicos y judíos, con plenitud de efectos desde el momento de la inscripción en el Registro Civil. El Acuerdo con los musulmanes atribuye efectos civiles al matrimonio islámico desde la celebración si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, pero para el pleno reconocimiento de esos derechos se deberá inscribir en el Registro Civil.

²⁹ Divorcio, matrimonios homosexuales, uniones de hecho, cambio en los roles domésticos, familias monoparentales, nuevos modelos familiares, desmembración de la unidad doméstica, alternativas procreativas, adopciones...

³⁰ Cfr. R. STAVENHAGEN y D. ITURRALDE, *Entre la Ley y la Costumbre, el Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, México 1990; R. IRIGOYEN FAJARDO, *Constitución, jurisdicción Indígena y Derecho Consuetudinario*, Barcelona 1994.

³¹ Próximamente publicaré una monografía sobre los matrimonios indígenas en la que abordaré *stricto sensu* alguna de las cuestiones jurídicas que en este estudio trato sucintamente. Por otra parte, he formado un grupo de investigación interdisciplinar para analizar las implicaciones transversales de los matrimonios indígenas con especial incidencia en el Derecho.

Los indigenistas pretenden que sus celebraciones convivenciales étnicas —de por sí ya están social y jurídicamente reconocidas dentro de su propio grupo indígena— tengan un reconocimiento *erga omnes*, de forma que no sea necesario contraer un posterior matrimonio civil o religioso para estar legal y legítimamente casados o que no sea necesario realizar una declaración de voluntad que certifique que el transcurso del tiempo de la convivencia para constituirse jurídicamente como unión de derecho. Como ya he indicado, esta situación es la que se da en África subsahariana y en otros países.

La doctrina discrepa al considerar las uniones afectivas indígenas como mera cohabitación convivencial o como auténticos matrimonios. Evidentemente, según nuestra percepción matrimonial occidental —heredera del derecho romano canónico y civilista—, en la que se requiere un consentimiento válido, unas solemnidades garantistas y una ausencia de impedimentos, podríamos considerarlas como meras convivencias, aunque —como veremos posteriormente— en la época colonial hubo autores que consideraron las uniones habidas en la llamada «gentilidad» como auténticos matrimonios. Desde la mentalidad y cosmovisión de los mismos pueblos indígenas —sin que tengan planteamientos unitarios—, siendo ellos mismos sujetos del conocimiento e interpretación de su identidad, consideran que ellos celebran relaciones sagradas, estables y públicas, reconocidas socialmente y basadas en el amor y abiertas a la descendencia, que generan derechos y deberes entre la pareja y ante terceros; rasgos, todos ellos que, según su idiosincrasia, equivaldría a nuestro concepto de matrimonio, aunque actualmente no tenga el reconocimiento legal del Estado.

En algunos países —especialmente en aquellos que han tenido una evangelización cristiana—, los matrimonios indígenas equivalen a meras convivencias fácticas o a matrimonios —muchas veces *ad tempus* y a prueba³²—, cuyo sentido es el mayor conocimiento entre los convivientes. Esta unión acaba desembocando, habitualmente, en un posterior matrimonio religioso cuando disponen de medios económicos para casarse o cuando la pareja tiene descendencia, aunque existe la posibilidad de dar por finalizada la convivencia sin llegar necesariamente al matrimonio. Esto es lo que sucede con el *servinakuy*, del que hablaremos posteriormente.

Estas uniones indígenas —llámense matrimonios o convivencias— plantean en muchas ocasiones problemas de orden público según la mentalidad positivista.

³² Blackwell y Lichter —en su teoría del tamizaje— consideran que tanto el noviazgo como la cohabitación constituyen etapas intermedias de transición hacia el matrimonio, en la que se va produciendo un proceso de filtraje según el cual, mediante un criterio selectivo, se eligen parejas y, éstas, las parejas con mayores afinidades son las que tienen mayores probabilidades de llegar al matrimonio. El noviazgo se caracterizaría por el esparcimiento compartido, el conocimiento superficial de la otra persona y el contraste difuso de planes afectivos futuros. La cohabitación pretendería contrastar la compatibilidad de caracteres, fortalecer los lazos emocionales, crear una historia conjunta que sustente la relación de pareja y preparar el matrimonio. El matrimonio sería el deseo expreso de formar una familia, con un mayor compromiso financiero y emocional hacia la relación y la descendencia.

otorgaron a los indios para facilitarles su conversión. De esta forma mantuvieron en vigor la doctrina general, pero —mediante esos privilegios y dispensas generalizados que tuvieron carácter excepcional y provisional³⁴— permitieron *de facto* que los indios continuasen viviendo de forma parecida a como venían haciendo en lo que pensaban que sería una etapa de transición hasta conseguir la cristianización de sus costumbres. El autor concluye que «la proyección del derecho indiano sobre el español se extiende así aún a campos de los que parecía quedar totalmente excluido»³⁵.

En el supuesto de la poligamia, los indios rechazaban la conversión para abandonar sus esposas o incurrir en el delito de bigamia o, una vez bautizados, vivían amancebados. La Ley condenó el amancebamiento y preceptuó que los neófitos que se casaran con dos mujeres fuesen separados y amonestados, pero no les aplicó pena alguna, excepto si persistían en su deseo de cohabitar con ambas mujeres. Las leyes de Burgos de 1513 establecieron que los indios se casasen con la mujer que «mejor les estuviera». El papa Pablo III —desarrollando su *Sublimis Deus* en la que reconocía derechos a los indios— dispuso en la Bula *Altitudo divini consilii* (1537) que el neófito que era polígamo se uniese *in facie Ecclesiae* con su primera mujer, aunque si —en una ficción jurídica—, no recordaba quién había sido ésta, podía quedarse con la esposa de su elección. Más tarde, el I Concilio de Lima suavizó aún más la disposición papal estableciendo que la elección podía hacerse con cualquiera, sin quedar circunscrita a las antiguas esposas, por lo que podía elegir una nueva. «Con la aplicación de la Bula de Paulo III se va afianzando la idea, tanto en Nueva España como en el Perú, de que las uniones del tiempo de la gentilidad constituyeron verdaderos matrimonios y aunque no faltaron impugnadores que alegaban la inexistencia de solemnidades, la falta de intención de contraer una unión duradera o la frecuencia de los repudios, prima la opinión contraria que se esfuerza en señalar ciertos ritos nupciales asimilables a las ceremonias matrimoniales católicas y que, dando vuelta al argumento de los repudios, aduce que su misma existencia está probando que hubo un matrimonio anterior»³⁶. Pío V irá más lejos en su *Breve romani Pontificis* de 1571 al disponer que el indio converso podrá conservar como esposa legítima la que se bautizase con él. Esta nueva actitud «se extendió a toda América provocando la perplejidad de teólogos y misioneros»³⁷, por lo que algunos sacerdotes intentaron restringirlo considerando que el privilegio sólo procedía cuando no fuera posible reconocer la primera mujer o cuando ésta estuviese ausente o no aceptase convertirse ella misma.

³⁴ Bula *Altitudo divini consilii*, de Paulo III (1537).

³⁵ J. M.^a MARILUZ URQUIJO, *Proyección de las costumbres matrimoniales indígenas en la formación del Derecho indiano*, en http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000275.

³⁶ J. M.^a MARILUZ URQUIJO, *a.c.* Este autor refiere el texto del provincial jesuita del Paraguay, Diego de Boroa, quien escribió en 1627 una *Apología* en la que sostenía que los guaraníes contraían verdaderos matrimonios indígenas sin intención de repudio.

³⁷ *Ibid.*

Por lo que se refiere a los grados prohibidos de parentesco —que era otro punto de fricción entre las costumbres matrimoniales indígenas y el Derecho real y canónico—, no eran infrecuentes los matrimonios entre parientes cercanos, porque los *ayllus* indígenas no coincidían con nuestros conceptos de familia. Pablo III permitió —en la ya referida Bula *Altitudo*—, el matrimonio sin dispensa previa hasta el tercer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad e incluso se recurrió al derecho común para revalidar uniones durante la gentilidad hasta el segundo grado. Algunos teólogos de entonces permitieron que subsistieran esas uniones si eran previas al bautizo y el I Concilio de Lima resolvió que, mientras no sentenciara el Papa, la Iglesia ratificaría los matrimonios de quienes «se hallasen casados verdaderamente, según sus ritos y costumbres, con sus propias hermanas». Finalmente, el Papa resolvió negativamente y se procuró separar a los hermanos carnales que estaban casados entre sí según sus leyes indígenas y con el beneplácito hasta ese momento, de la Iglesia³⁸.

«En suma —resume Mariluz—, parece lícito concluir que si bien las costumbres matrimoniales indígenas no fueron aceptadas explícitamente por el derecho indiano, ejercieron una definida influencia indirecta induciendo a la Corona y a la Iglesia a atenuar la rigidez del ordenamiento de la “república de los españoles” al encargar la regulación de la “república de los indios”. Esa alteración se tradujo en otorgar una mayor libertad sexual al menos desde la perspectiva española, ya que para los indios significó casi siempre agregar requisitos y exigencias inexistentes dentro de sus costumbres. Paradójicamente, a veces esa mayor libertad otorgada por la Iglesia contribuyó a conservar restricciones del tiempo de la gentilidad... esa mayor libertad sexual alcanzada con dispensas, privilegios o despenalización de relaciones que eran punibles entre los cristianos de larga data fue una de las causas de que en vastos sectores populares se diera una sociedad más abierta, proclive a todas clases de mezclas de sangre y escasamente respetuosa de las pautas sociales y jurídicas vigentes en los niveles superiores»³⁹.

Las nuevas Repúblicas independientes del siglo XIX mantuvieron conjuntamente el Derecho oficial y el consuetudinario indígena y aceptaron el sistema codificador europeo, aunque los criollos no incorporaron el matrimonio civil obligatorio del Código napoleónico. *Grosso modo* podemos decir que no es hasta bien entrado el siglo XX cuando se adopta en América, según los casos, un sistema de matrimonio civil obligatorio o bien un sistema facultativo de matrimonio civil-religioso⁴⁰. Recientemente algunos países —pocos numéricamente— han

³⁸ *Ibid.* Este autor también analiza la evolución del impedimento de parentesco espiritual entre los indios.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Matrimonio civil obligatorio en Argentina, Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela. Facultativo civil o religioso (o sólo canónico) en Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Haití, Nicaragua, Panamá y República Dominicana.

modificado su legislación matrimonial para adaptar los Códigos de Familia a la nueva realidad social a la que hemos hecho referencia anteriormente.

En la historia de la América hispana se ha pasado de la fase inicial del matrimonio canónico obligatorio al matrimonio civil obligatorio y, en algunos países al sistema facultativo con reconocimiento del matrimonio religioso —no sólo canónico—, con efectos civiles, así como, recientemente, a la aún tímida regulación jurídica de las parejas de hecho y la aún más tímida del matrimonio homosexual. En América el sincretismo religioso —cristiano, afrodescendiente e indígena—, la arraigada presencia institucional y social de la iglesia católica, el laicismo estatal consolidado y la nueva realidad del pluralismo religioso fruto de la inmigración e interculturalidad globalizada, son realidades en difícil equilibrio jurídico.

Ya hemos hecho referencia a que el Convenio 169/89 de la OIT no incluye, entre los derechos de los pueblos indígenas, el reconocimiento de sus formas matrimoniales o convivenciales ancestrales, aunque sí sus derechos culturales e identitarios, entre los que —en última instancia— podrían incluirse sus ritos matrimoniales.

En la última versión del *Proyecto de la Declaración americana sobre los Derechos de los Pueblos indígenas* se reconoce, entre los derechos de la familia indígena, que:

«1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia. Los Estados reconocerán, respetarán y protegerán las distintas formas indígenas de familia, en particular la familia extensa, así como sus formas de unión matrimonial, de filiación, descendencia y de nombre familiar. En todos los casos, se reconocerá y respetará la equidad de género y generacional.

2. Para la calificación del interés superior del niño en materias relacionadas con la adopción de niños y niñas indígenas, ruptura del vínculo familiar y otras circunstancias similares, los tribunales y otras instituciones pertinentes tomarán en cuenta principalmente el derecho indígena del pueblo respectivo y considerarán sus puntos de vista, derechos e intereses, incluyendo las posiciones individuales, de la familia y de la comunidad. Las instituciones indígenas y donde existan, los tribunales indígenas, tendrán [podrán tener] jurisdicción para determinar la custodia y otras cuestiones afines relacionadas con los niños y niñas indígenas» (art. XVI) ⁴¹.

⁴¹ Entre corchetes, la actualización al concluir la Decimosegunda Reunión de Negociaciones. Son muchas las vicisitudes de este Proyecto, en el que la OEA está empeñada desde hace años. Originariamente basó su estudio en un *Proyecto de Declaración presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA*, que se revisó entre 1999 y 2003 y luego —en una etapa final de negociaciones que se prolonga desde entonces—, en el Texto Consolidado. La XII Reunión del Grupo de trabajo de negociaciones para la búsqueda de consensos se reunió en Washington del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 2009, precedida por la reunión de noviembre de ese año de los Representantes de los Pueblos indígenas.

Dependiente de la Organización de los Estados Americanos se ha creado un organismo judicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que supervisa la correcta aplicación e interpretación de los derechos humanos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Actualmente no hay demasiadas sentencias de dicho organismo sobre las comunidades indígenas latinoamericanas y ninguna de ellas sobre el derecho al reconocimiento de sus matrimonios como parte de su identidad cultural y étnica.

No existe un modelo convivencial uniforme en los pueblos indígenas americanos⁴². Muchos de ellos suelen concebir su matrimonio étnico como un compromiso libre, espiritual y sagrado, con la nota de la perpetuidad y que genera los deberes de cohabitación, fidelidad, asistencia y alimentos. Puede o no ir precedido de un noviazgo, en el que el cortejo sexual ya suele estar presente. El acto nupcial puede ir precedido de una preparación que llevan a cabo los mayores (familiares y vecinos), que instruyen y aconsejan sobre la nueva vida en pareja y del intercambio de regalos entre ellos o a sus progenitores. En una celebración festiva los contrayentes se comprometen a generar nuevas vidas para sostener la colectividad, viviendo en armonía entre ellos y con la comunidad. En estos actos, celebrados por la máxima autoridad espiritual del pueblo, se les entregan regalos, como objetos naturales (plantas, semillas, animales) o artesanales con símbolos de virilidad, fecundidad y sexualidad, en una fiesta en la que se suele invitar al vecindario y que incluye la danza sagrada y festiva y el consumo de alcohol. La comunidad suele colaborar en la construcción e intendencia del nuevo hogar —especialmente en el techado de la casa—, tras el que se organiza una fiesta de presentación social.

En gran parte de los países del tercer mundo coexisten, desde hace siglos, matrimonios y uniones consensuales como algo natural y socialmente admitido, a diferencia de los países desarrollados —Europa y EEUU—, en los que la cohabitación no matrimonial con visibilidad social es un fenómeno socialmente aceptado solo en las últimas décadas, mediante su regulación en forma de uniones de hecho. La convivencia consensual y el matrimonio han sido dos realidades paralelas que han coexistido desde los albores de la conquista y la evangelización hasta la actualidad.

En un estudio colectivo que los profesores Castro, Martín y Puga llevan a cabo entre mujeres latinoamericanas, afirman que en 14 de los 19 países analizados las mujeres menores de 25 años que convivían superaban a las casadas de la misma edad; dato éste extrapolable incluso ampliándolo a las mujeres en edad reproductiva (Colombia, República Dominicana —el 64%—, El Salvador, Hondu-

⁴² Usándose de términos equívocos, cuando nos referimos a la convivencia y al matrimonio en los pueblos indígenas, necesitaríamos definir dichos conceptos, lo cual es tarea prácticamente imposible por la ideologización conceptual desde la antropología, la etnología, la religión y el derecho, porque dichos conceptos también difieren según el entorno cultural de cada pueblo.

ras, Nicaragua, Panamá...) ⁴³. Por su parte, López Ruiz, Esteve y Cabré consideran que el porcentaje de uniones consensuales en los países del cono sur americano no llega al 10% del total de uniones; mientras que Colombia, Costa Rica, Ecuador y México tendrían entre el 13 y el 23% y en Centroamérica (especialmente Panamá) y en el Caribe (con la excepción de Costa Rica) superarían el 50% del total de uniones. El incremento porcentual de estas uniones ha sido, en los últimos años, espectacular en Panamá y Colombia, con niveles superiores al 50% ⁴⁴.

Rodríguez explica el hecho de una convivencia que está fuertemente arraigada en América por razones histórico-culturales (las barreras culturales entre los nativos y los hispanos, las peculiaridades en los procesos de mestizaje y sus restricciones religiosas), por el contraste entre la pobreza de los indígenas y los gastos matrimoniales (trámites, festejo) y, por último, por la lentitud institucional en la organización administrativa que no disponía de una maquinaria adecuada en personal y archivos ⁴⁵.

López Ruiz, Esteve y Cabré radiografían el panorama afectivo-sexual actual de Latinoamérica llegando a las siguientes conclusiones:

«1. Tradicionalmente ha existido una alta proporción de uniones consensuales, con grandes diferencias por países. Por un lado se encuentran los del cono sur y México, con los niveles más bajos de uniones consensuales. Por otro lado se encuentran los países centroamericanos y del Caribe, con los niveles más altos... los datos más recientes indican que este tipo de uniones se están expandiendo en los países que anteriormente mostraban los niveles más bajos, al mismo tiempo que se ha mantenido o aumentado levemente en los países que ya de por sí tenían altos niveles. 2. Los grupos más pobres poseen una mayor propensión hacia las uniones consensuales. Sin embargo, también existe evidencia de que este tipo de unión se está difundiendo en todos los estratos sociales, sobre todo en los grupos más escolarizados. 3. Conforme aumenta la edad se reduce la propensión a la cohabitación, lo cual podría significar cambios en las preferencias vinculadas al ciclo de vida o una clara tendencia a legalizar las uniones con el paso del tiempo. 4. Aún no se han encontrado diferencias significativas entre los patrones reproductivos de ambos tipos de unión...» ⁴⁶.

⁴³ T. CASTRO, T. MARTÍN y D. PUGA, *Matrimonio vs. Unión consensual en Latinoamérica: contrastes desde una perspectiva de género*, en III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, ALAP, Córdoba (Argentina), sept. 2008.

⁴⁴ Cfr. L. LÓPEZ-RUIZ, A. ESTEVE y A. CABRÉ, *Uniones consensuales y matrimonios en América Latina: ¿dos patrones de homogamia educativa?*, «Papeles de población» 15/60 (2009), 9-41.

⁴⁵ Cfr. J. RODRÍGUEZ VIGNOLI, *Unión y cohabitación en América Latina: ¿modernidad, exclusión, diversidad?*, en Serie Población y Desarrollo, Santiago de Chile 2005.

⁴⁶ L. LÓPEZ-RUIZ, A. ESTEVE y A. CABRÉ, a.c.; IDEM, *Distancia social y uniones conyugales en América Latina*, en «Revista Latinoamericana de Población» I (2008); J. RODRÍGUEZ VIGNOLI, a.c.; T. CASTRO MARTÍN, T. MARTÍN GARCÍA y D. PUGA GONZÁLEZ, *Matrimonio vs. Unión consensual en Latinoamérica: contrastes desde una perspectiva de género*, en III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, Córdoba (Argentina), 2008.

5. El *sirvinakuy*

Como todas las culturas, la andina precolombina⁴⁷ tenía una cosmovisión que, en su caso, aspiraba a comprender el sentido del buen vivir (*sumak o allin kaw-say*) en armonía con la madre Tierra (*pachamama*). Sus tradiciones pervivieron en la época colonial de los españoles y en las repúblicas criollas independientes⁴⁸. El orgullo indigenista del que he hablado anteriormente también ha aparecido en unos pueblos andinos que durante siglos han estado sojuzgados y que en la actualidad pretenden un reconocimiento social y jurídico⁴⁹.

Durante la época colonial⁵⁰ en los pueblos andinos convivían blancos con personas de diferentes etnias —fundamentalmente, con los indígenas y mestizos de los Andes—, o bien era la constituida por indígenas entre sí. Los indígenas andinos seguían celebrando sus ritos consuetudinarios de unión convivencial y/o matrimonial, llamada *sirvinakuy*⁵¹.

El origen del *sirvinakuy* es preincaico y continuó practicándose con posterioridad a la llegada de los españoles, hasta la actualidad. En las Ordenanzas del Perú se constata que «ay costumbre entre los indios, no casarse sin previo averse conocido, tratado o conversado algún tiempo y haber hecho vida maridable entre sí como si verdaderamente lo fuese y les parece que si el marido no conoce primero a su mujer... después de casados no pueden tener pas (paz), contento y amistad entre sí»⁵². Los incas y otras culturas andinas no tenían un concepto equivalente a nuestro matrimonio⁵³ y su concepto de familia (*ayllu*) era mucho más extenso

⁴⁷ Centramos nuestro trabajo en Ecuador, Perú y Bolivia, aunque los Andes llegan hasta otros países. En 1996 se fundó el Pacto Andino, del que se retiraron Venezuela y Chile y pasó a denominarse Comunidad Andina (CAN) —integrada por Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia—, que cuenta con un Parlamento Andino y un Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Argentina no ha formado parte de esta organización. Muchas organizaciones de pueblos originarios andinos se agrupan en la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI).

⁴⁸ El trabajo comunal (*minga*), el principio de reciprocidad en el intercambio de bienes y servicios (*ayni*); el conocimiento tradicional; la sabiduría de los mayores (*yachakuna*), la dualidad cósmica (*yamantini*); la armonía (*chaninchay*) con la Pachamama, con la comunidad, con lo sagrado; la generosidad (*randi*).

⁴⁹ En los 5 países andinos principales hay 220 pueblos indígenas culturalmente diferenciados. En el 2005 se celebró la I Asamblea de nacionalidades y pueblos indígenas andinos y desde entonces se sucedieron encuentros que culminaron con la fundación de la CAOI en julio de 2006.

⁵⁰ E. MAYER-R. BOLTON (comps.), *Parentesco y matrimonio en los Andes*, Lima 1980; E. TANDETER, *Parentesco, genealogías e impedimentos matrimoniales en los Andes coloniales*, «Anuario de Historia de la Iglesia» X (2001), 465-468.

⁵¹ Este «servicio mutuo» o *sirvinakuy* adopta, según las zonas, diferentes nombres: *amañamiento* o *amancu* en Bolivia; *nancuy* o *rimayucuy* en el Cusco peruano. También *patacanao*, *tincunucuspa*.

⁵² Cit. en M. D. MARTINIC, *Algunas reflexiones en torno a la constitución, organización y efectos jurídicos de la familia andina*, en «Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia» (2001).

⁵³ No valoraban la virginidad —excepto entre las vírgenes consagradas al Dios Sol—, sino que, al contrario, apreciaban la experiencia sexual previa a la convivencia. Una vez oficializada la convivencia por el *sirvinakuy*, estaban obligados a mantenerse en fidelidad sexual.

que el que nosotros tenemos y que incorporaba a miembros de varias generaciones en línea ascendente y colateral, de ahí la dificultad para conocer la naturaleza jurídica del *sirvinakuy*.

El *sirvinakuy* es una unión temporal que origina derechos y deberes, tanto recíprocos como ante la comunidad, y que puede concluir bien con la separación o bien con el matrimonio habitualmente canónico, que es el que se exige para ostentar determinados cargos comunales, según la mentalidad andina. El *sirvinakuy* exige la vida en común, la fidelidad, la asistencia recíproca y la apertura a la descendencia. Sus fines serían «valorar la compatibilidad sexual de la pareja; permite a los padres del varón vigilar cuidadosamente la introducción de una joven a una casta desconocida; crea una nueva relación de parentesco; facilita la transición de la adolescencia a la madurez y, por último, permite reunir el dinero necesario para la celebración de la boda»⁵⁴, sin excluir la incorporación de ambos en sus extensas familias y en la vida comunitaria del pueblo.

Ya he hecho referencia a las disputas doctrinales acerca de la naturaleza de esta institución. Para algunos sería un auténtico matrimonio —ésta era, sin duda, su naturaleza en la época anterior a la invasión española—; para otros, un matrimonio a prueba al que se superpondría el posterior matrimonio canónico en un único proceso matrimonial⁵⁵; para otros, unos meros actos étnico-culturales vacíos de contenido jurídico. Los defensores de la primera opción, desde el indigenismo, reclamarían su reconocimiento legal en base al Derecho consuetudinario indígena; los segundos querrían mantener el *status quo* actual (trasposición del *sirvinakuy* a la consideración de meras parejas de hecho), aunque el Estado podría tener en cuenta sus especificidades en el matrimonio (ej., consentimiento propio y delegación de funciones en las autoridades andinas o en los padrinos para testificar el matrimonio civil); por último, quienes consideran que el *sirvinakuy* adolece de defectos jurídicamente insalvables le negarían cualquier relevancia legal, obligando a casarse a los indígenas andinos por cualquiera de las formas legalmente previstas, en matrimonio civil o religioso.

Desde el punto de vista canónico —por sus implicaciones eclesiológicas y sacramentarias—, cabe considerar si estas uniones indígenas, cuando tienen lugar en pueblos que están alejados —o no—, de parroquias con presencia de sacerdotes, pueden considerarse «matrimonios naturales» y, en caso afirmativo, cabe analizar si nos encontramos ante una forma extraordinaria de contraer matrimonio en ausencia de sacerdote (c. 1116, 1, 2.^o), en caso de cumplir los requisitos subjetivos (el *animus* de contraer los bautizados un «verdadero» matrimonio —se entiende

⁵⁴ M. D. MARTINIC, *a.c.*

⁵⁵ En esa época, el matrimonio canónico iba más allá de la ceremonia nupcial y estaba acompañado por una pluralidad de actos sociales y religiosos en un proceso similar al descrito (pedida de mano, esponsales, expediente, proclamas, ceremonia religiosa con velación o posterior misa votiva con velación, bendición del hogar...).

canónico—)⁵⁶. Recordemos las palabras, ya recogidas, de Mariluz acerca de la concepción de estas uniones convivenciales en la época colonial como auténticos matrimonios.

Los países andinos no reconocen validez a los matrimonios indígenas y, a efectos prácticos, los consideran parejas de hecho si reúnen los requisitos legales para ser tenidas como tales. Esta forma convivencial adolecería —según el concepto matrimonial heredado del cristianismo que tiene nuestra mentalidad occidental—, de algunos defectos estructurales —que superan el marco de este estudio y requieren un serio debate interdisciplinar—, en cuanto a la libertad de los contratantes, a algunos impedimentos, al grado de conocimiento de los fines y propiedades del matrimonio, al grado de consentimiento, a la seguridad en las formalidades⁵⁷, aunque todas estas cuestiones difieran de la estructura sponsal indígena.

Aunque el *servinakuy* no tiene excesivas formalidades jurídicas, sí tiene unos ritos de alto valor simbólico, llevados a cabo en un ambiente festivo y étlico, en el que se simula la presencia y acción de un ministro de culto católico para oficiar una ceremonia que, conjuntamente, representa la boda y tanto el bautizo como la muerte de la descendencia. Estos ritos no son la desacralización de los sacramentos, sino la representación de los mismos en lugares aislados que carecían de sacerdote, aunque la pervivencia de los mismos en lugares con presencia de sacerdote no excluyen interpretaciones más secularizadas y otras que mantienen vivo el espíritu precolonial que ha subsistido hasta el presente, en ocasiones en estado puro y en otras entremezclándose con el catolicismo de forma sincrética. En cualquier caso, el resultado es el proceso matrimonial andino, que se inicia con los ritos indígenas del *servinakuy* y suele concluirse con el matrimonio canónico; proceso éste cuyo fin no es el mero acceso sexual, sino un mayor conocimiento del otro cónyuge y una mayor implicación en la relación afectiva.

El *servinakuy*⁵⁸ se inicia con la pedida (*rimaykukuy*), cuando los padres del novio elijen la candidata para su hijo —o éste mismo lo sugiere a sus padres—, y van

⁵⁶ Cfr. J. L. LLAQUET, *Implicaciones canónicas de las leyes de uniones de hecho*, en A. IGLESIA (ed.), *El Dret comú i Catalunya. Actes del IX Simposi Internacional: la família i el seu patrimoni*, Barcelona 2000, 185-193.

⁵⁷ El *servinakuy* está regulado consuetudinariamente por sus normas internas. Existen impedimentos (prohibiciones de contraer para personas con defectos físicos o mentales que no podrían llevar a cabo la convivencia afectiva ni su participación en los trabajos comunales). Existen obligaciones patrimoniales de entregar la «herencia» o bienes aportados al matrimonio por las respectivas familias. El *servinakuy* puede interrumpirse libremente, disolviendo la sociedad de gananciales e indemnizando con peculio o con una especie de pensión de alimentos a la otra parte. El incumplimiento de la promesa de matrimonio religioso podría dar lugar a un resarcimiento por daños y perjuicios demandados civilmente. Las obligaciones puede urgirlas el padrino de boda o, en última instancia, el juez civil cuando se ha constituido como pareja de hecho.

⁵⁸ Esta descripción se corresponde con el *servinakuy* de la región peruana de Andahuaylas (Apurímac). Resulta curiosa la simulación de la muerte de los hijos, comprensible por ser una zona con una mortalidad infantil muy alta y con una expectativa de vida muy baja. Los rituales difieren en algunos lugares de los Andes.

a proponer la relación a sus padres, conversando con ellos —en ausencia de la novia que permanece encerrada— las condiciones hasta llegar a un acuerdo, mientras tanto toman chicha. Unas semanas después, vuelven los padres junto con su hijo a casa de sus futuros suegros y llevan coca y chicha (*traguchiy*), que el novio sirve mientras los padres alaban las cualidades de los pretendientes. Los padres de la novia eligen los padrinos y fijan el día de la ceremonia. En una especie de proclama pública comunica (*huillana*) la relación a los familiares y la madrina presenta el pretendiente a su «novia» y aquél le anuda un pañuelo en el cuello en señal de pureza bebiendo (chicha de qora, aguardiente) y comiendo (gallina, cuy) durante un día hasta que al día siguiente los padrinos llevan la novia a casa de los padres del novio, empezando entonces la vida en común entre ellos hasta el día en que se casarán (*sirvinakuy*). En el día fijado para la boda indígena (*casarakuy punchau*) los padrinos acuden al hogar y con *killys ayni* o palos adornados van hasta el lugar de la celebración acompañando a los novios y padrinos. Tras la ceremonia religiosa (*huasiman chayay*) empiezan los festejos ofreciendo los solteros panes adornados (*urpi ayni*) al esposo, quien corresponde ofreciéndoles aguardiente. Luego viene el ritual del baile de huaynos (*agasajo*), mientras se come y se ofrece comida a los invitados, que se la llevan en ollas a sus casas (*chani*). A media noche la madrina lleva a la novia y la acuesta desnuda, marchándose ella y entrando el novio (*novia puñuchiy*), les encierran bajo llave hasta el día siguiente, mientras las amigas de la novia les cantan desde fuera el *Quarahui*⁵⁹. Al día siguiente los padrinos ofrecen alimentos a los invitados y éstos dejan dinero en una bandeja para los nuevos esposos (*urpi kuchuy*). En los nuevos bailes los danzantes desean parabienes a los esposos, anotándose los deseos. Los convivientes designan los padrinos de bautizo de los futuros hijos y les entregan unos ramos de flores (*ramo hualtay*), a los que ponen unos rostros hechos con pan que representan a los hijos y los devuelven a los novios, los cuales los hacen bailar mientras los asistentes derraman chicha sobre los «niños», que simulan orinar (*huahua ispakuchkan*) y se los van pasando en brazos de los padrinos y los demás asistentes. Luego varios asistentes se disfrazan de sacerdotes y sacristanes, los cuales simulan una Misa en la que casan a los novios y bautizan a los hijos, tras lo cual se simula la muerte del hijo y se procede a su sepultura en un ataúd improvisado al efecto, mientras siguen ingiriendo chicha y comida y bailando. En la madrugada del tercer día de boda el padrino despierta a la novia para que prepare una sopa (*novia chupe*), pero como han mojado con agua los leños del fogón, debe buscar nuevas ramas, que la tarde siguiente venderá simuladamente y las ganancias obtenidas pronosticarán la prosperidad futura (*ramada*). El cuarto día concluye la fiesta del *sirvinakuy* (*uma qampi*).

Unos personajes importantes en el *sirvinakuy* y en la ceremonia religiosa son los llamados «padrinos de arras» que eligen los padres conjuntamente con los interesados al inicio de la relación para hipotéticas situaciones conflictivas del futuro.

⁵⁹ *Puñuykuy kukulí, puñuykuy torcasa, casado puraqa, imaynapas kakuychis* (duerme paloma, duerme torcaz, entre casados, vivan como puedan).

ro. Tienen un rol similar al padrino canónico⁶⁰ como protagonistas en los rituales matrimoniales y como sostenedores económicos de la pareja, pero además actúan como consejeros matrimoniales para que los esposos superen sus crisis matrimoniales sin llegar a la ruptura del vínculo. Los cónyuges se someten gustosamente a estos mediadores, los cuales, mediante la palabra, el asesoramiento e incluso mediante puniciones corporales, si fuera el caso, intentarán que los esposos se reconcilien.

El gran festejo del *servinakuy* se prolonga durante tres días. En una ceremonia sincrética los contrayentes y los padrinos reciben las bendiciones de los padres, los cuales hacen sobre ellos la señal de la cruz por tres veces, a la vez que liban chicha a la madre Tierra (la *pachamama*) y oran a los espíritus (*kunturmamani* y *achachila*). Los padrinos arengan a los convivientes recordándoles que el matrimonio está hecho para sufrir y los novios honran a los padrinos (*uñstaña*), con quienes tendrán desde ese momento unos lazos de unión iguales o superiores a los familiares.

A partir de este momento los convivientes cohabitan juntos en casa de uno de los padres mientras van construyendo su nuevo hogar. Siendo el andino un pueblo con un gran sentido comunitario, en el que es obligatorio el trabajo comunal solidario, el techado de las casas (*utacht api*) lo llevan a cabo los vecinos de la pareja. Una vez han concluido el techado —sobre el que ponen una rama de palma del Domingo de Ramos, junto a otros objetos protectores—, y tras las libaciones rituales a la *Pacha Mama* y a los espíritus, todos ellos comparten una comida festiva para celebrar que los convivientes empiezan su andadura en un hogar independiente.

El rol de la mujer es doméstico y se ocupa de todas las tareas de la casa y de la procreación de los hijos, que suelen ser muy numerosos. Cabe la ruptura del *servinakuy*, aunque en tal caso habría una indemnización dineraria, una pensión por alimentos y se recibirían los bienes que les corresponde por la disolución del régimen de la sociedad de gananciales. Aunque la reclamación pueda hacerse ante la jurisdicción civil, suele ser el propio padrino el que finiquite patrimonialmente la relación.

En general, suelen esperar varios años para casarse por la Iglesia, una vez que han conseguido una estabilidad económica con la que hacer frente a los nuevos gastos que originará la fiesta del matrimonio canónico. En ausencia de sacerdote por tratarse de comunidades geográficamente aisladas, pueden desplazarse ellos mismos a una parroquia o esperar la visita de algún sacerdote para poder contraer matrimonio. En la ceremonia canónica suelen incorporarse costumbres culturales indígenas, que no difieren en exceso de las practicadas en las antiguas ceremonias canónicas europeas: el padrino de arras lleva en una bandeja 13 monedas antiguas

⁶⁰ Además del padrino canónico solía haber padrinos de arras, de velación, de ramo, de lazo o de anillos, según los lugares.

que se intercambiarán los esposos, cadenas de plata que el sacerdote pondrá sobre ellos y los dos anillos que se impondrán los esposos.

Las Leyes de Indias y las Constituciones Sinodales peruanas condenaron esta praxis matrimonial andina, «porque el demonio ha introducido en los indios que cuando traten de casarse con alguna india se amanceben primero con ella, viviendo en ofensa de Nuestro Señor, lo cual es justo que se remedie: mandamos que los curas muy de ordinario en sus sermones exhorten y amonesten, por su abuso y grave pecado, lo que hacen; y que averiguen quienes son los culpables de ellos y tal averiguación se remita al vicario para que los castigue»⁶¹. Como veremos en la continuación, el artículo 160 del Código de Familia boliviano no ha legalizado el *servinakuy* como matrimonio *per se*, pero sí las peculiaridades de esta unión indígena en su consideración explícita como pareja de hecho.

6. Legislación matrimonial en los países andinos

En Bolivia, Ecuador y Perú está vigente el pluralismo jurídico y, consecuentemente, el Derecho consuetudinario indígena⁶².

6.1. Bolivia

Los indígenas bolivianos viven en 35 pueblos indígenas con una población aproximada de unos 8 millones de habitantes, lo cual representa el 70% del total nacional⁶³, los cuales viven, muchos de ellos, en las llamadas tierras comunales de origen (TCO).

El 9 de febrero de 2009 entraba en vigor la nueva Constitución boliviana⁶⁴, en cuyo Preámbulo se afirma que «dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos». En la nueva Constitución se reconocen determinados derechos indígenas (la cuota parlamentaria, los derechos de autonomía y autogobierno indígenas, se crea tanto un Tribunal Constitucional plurinacional como un sistema judicial indígena campesino —los Tribunales consuetudinarios

⁶¹ Cit. en M. D. MARTINIC, *o.c.*

⁶² Para un estudio *in extenso* remito a V. CABEDO, *o.c.*, 143-186.

⁶³ Ministerio de Asuntos Campesinos y Pueblos indígenas Originarios, 2001.

⁶⁴ La Ley 2631, de 20 de febrero de 2004, sentó las bases de la reforma constitucional. Con anterioridad la Constitución política del país estaba formada por la Ley de 2 de febrero de 1967, reformada por Ley 1585 de 12 de agosto de 1994 y adecuada y concordada por Ley 1615 de 6 de febrero de 1995. La reforma constitucional de 1995 del Gobierno de Sánchez de Lozada ya reconocía a Bolivia como un país multiétnico y pluricultural.

indígenas—, diferente de la jurisdicción ordinaria), pero no se reconocen los matrimonios indígenas. Las uniones indígenas no tienen reconocimiento fuera de sus etnias⁶⁵.

Entre los derechos de las familias, la nueva Constitución reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y las uniones libres o de hecho entre una mujer y un hombre sin impedimento legal que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad (art. 63). En Bolivia sólo se reconoce el matrimonio civil, aunque el matrimonio religioso produce efectos civiles cuando en el lugar no hubiese una oficina del Registro Civil (art. 43)⁶⁶.

Por otra parte, los artículos 160 de los sucesivos Códigos de Familia de 1972 y de 1988 no han reconocido el *sirvinakuy* como matrimonio *per se*, pero sí las peculiaridades de este matrimonio en su consideración como pareja de hecho. El artículo 160 del Código de 1988, que regula las formas prematrimoniales indígenas y otras uniones de hecho dentro de las uniones de hecho libres, establece que «quedan comprendidas en las anteriores determinaciones las formas prematrimoniales indígenas como el “tantanacu” o “sirvinacu”, las uniones de hecho de los aborígenes y otras mantenidas en los centros urbanos, industriales y rurales. Se tendrán 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»⁶⁷. Este interesante artículo reconoce, además de la indígena, otras uniones de hecho tradicionales, y a todas ellas les aplica las normas matrimoniales, siempre que exista compatibilidad con su naturaleza.

⁶⁵ Diversas organizaciones indigenistas están elaborando un proyecto de ley de la Madre Tierra que recoja sus derechos.

⁶⁶ «El matrimonio religioso es independiente del civil y puede celebrárselo libremente de acuerdo a la creencia de los contrayentes; pero sólo tendrá validez legal y producirá efectos jurídicos del matrimonio civil» (art. 42). «No obstante, el matrimonio religioso será válido y surtirá efectos jurídicos cuando se realice en lugares apartados de los centros poblados donde no existan o no se hallen provistas las oficinas del registro civil, siempre que concurren los requisitos previstos por el Capítulo II del presente título y se inscriba en el registro civil más próximo, debiendo el celebrante enviar para ese fin al oficial del registro civil el acta de celebración y demás constancias bajo su exclusiva responsabilidad y sujeto a las sanciones que se establecerán en su caso, sin perjuicio de que puedan hacerlo los contrayentes o sus sucesores» (art. 43).

⁶⁷ El artículo 158 «entiende haber unión conyugal libre o de hecho cuando el varón y la mujer, voluntariamente, constituyen hogar y hacen vida común en forma estable y singular con la concurrencia de los requisitos establecidos por los artículos 44 y 46 al 50.- (Art. 194 Constitución Política del Estado: Ley N.º 1615 de 6 de febrero de 1995). Se apreciarán las circunstancias teniendo en consideración las particularidades de cada caso». El artículo 159 considera 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. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compatible con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación». Según el artículo 161, son deberes recíprocos de los convivientes la fidelidad, la asistencia y la cooperación; siendo la infidelidad causa que justifica la ruptura de la unión, a no ser que haya habido cohabitación después de conocida.

Bolivia ratificó en 1991, por Ley 1257, de 11 de julio de 1991, el Convenio 169 de la OIT.

6.2. Ecuador

Ecuador tiene 27 pueblos indígenas, integrada por una población, en el 2000 de 4,5 millones de personas, agrupados muchos de ellos en circunscripciones territoriales indígenas (CTIs).

El 20 de octubre de 2008 entró en vigor la nueva Constitución ecuatoriana que derogaba la anterior de 1998. En el Preámbulo se reconocen las raíces milenarias, apelan a la sabiduría de todas las culturas que les enriquecen como sociedad y se consideran herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo. «El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada» (art. 1).

El artículo 67 de la nueva Constitución «reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal». Por otra parte, «la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio» (art. 68). El artículo 171 reconoce la función jurisdiccional indígena, que ostentan las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

En Ecuador es obligatorio el matrimonio civil y, salvo peligro de muerte, debe preceder, en su caso, al canónico. No existe un Código de Familia —sí existe un Proyecto del mismo—, y la principal regulación está en el Código Civil (1970) y en el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), que está en trámite de modificación.

En Ecuador, el Congreso promulgó en el 2007 la *Ley Orgánica de las instituciones públicas de los pueblos indígenas del Ecuador que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales*, con los principales derechos de los indígenas. No contiene referencia alguna al reconocimiento legal de los matrimonios indígenas.

6.3. Perú

En el Perú existen 72 etnias (7 en la zona andina y 65 en la amazónica), que representan aproximadamente el 35% de la población total nacional, de los que

siete millones y medio son campesinos (96,2% de los indígenas) y trescientos mil son nativos (3,8% de los indígenas) ⁶⁸.

En los debates habidos en el Congreso Constituyente se trató, en la sesión del 6 de julio de 1993, la conveniencia o no de reconocer efectos civiles al matrimonio indígena. Aunque se rechazó su inclusión en el texto constitucional, sin embargo, se recomendó su estudio para legislarlo con posterioridad, tarea ésta que no se ha llevado a cabo.

La Constitución peruana de 1993 (con sucesivas reformas) sustituye a la de 1979. El artículo 2.19 reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural. El artículo 4 protege la familia y promueve el matrimonio, reconociendo que son institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Por su parte, el artículo 5 regula la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho y origina una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

El matrimonio válido es el civil celebrado en la municipalidad (art. 259 Código Civil de 1984), aunque entre las personas facultadas para celebrarlo por delegación del alcalde están el párroco o el Ordinario (art. 260). En las comunidades campesinas y nativas, el matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse ante un comité especial constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad (art. 262). El artículo 326 se refiere a los efectos de las uniones de hecho, que son las voluntariamente realizadas y mantenidas por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar fines y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, que originan una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos ⁶⁹.

En el Informe presentado el 20 de enero de 1997 por el Sr. Arias-Schreiber, responsable de la Subcomisión encargada del Libro de Familia, al Sr. Jorge Múyzich, presidente de la Comisión reformadora del Código Civil de 1984, deja constancia de las modificaciones propuestas por el Sr. Lohmann respecto al capítulo referido a la celebración del matrimonio, el cual «considera que ya es tiempo que las comunidades indígenas y campesinas se formalicen y no deben tener el

⁶⁸ Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú. Ministerio de Agricultura. Instituto Indigenista Peruano (1994). La denominación legal de los pueblos indígenas peruanos es la de comunidades campesinas en la sierra y la costa y nativas en la Amazonía. En abril de 2008 un Grupo de trabajo sobre pueblos indígenas formado por varios organismos no gubernamentales presentó ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU un Informe sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú. A su vez, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, en agosto de 2009, recomendó al Perú aprobar una Ley para los pueblos indígenas y afroperuanos que no constituyan comunidades campesinas o nativas.

⁶⁹ En Perú, salvo excepciones de algunas municipalidades, no existen Registros de parejas de hecho.

tratamiento especial establecido por el artículo 262». Concluye el relator en el sentido que «si bien es verdad que compartimos la idea de que tales comunidades deben formalizarse, pensamos que este proceso de educación cívica es lento y por tanto creemos que en funciones de la realidad el precepto debe mantenerse por el momento»⁷⁰. Esta nueva recomendación para que se estudie la dimensión jurídica del *servinakuy* tampoco se ha llevado a término.

La Ley 28150 crea en el 2004 una Comisión encargada de revisar toda la legislación de las comunidades campesinas y nativas y entregar un anteproyecto de ley.

En algunos barrios de Lima⁷¹, desde 1999 se viene celebrando una curiosa celebración anual, convocada mediante Ordenanza municipal o Decreto de Alcaldía y publicada en el Diario Oficial El Peruano, consistente en la realización de un matrimonio comunitario conjuntamente civil y religioso —se sobreentiende canónico—, que tanto se aleja de los cánones de la sana aconfesionalidad del Estado y de los principios de la libertad religiosa⁷².

⁷⁰ http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1998/r_codigos/civil/FAMILIA/libro3.htm

⁷¹ Municipalidades de Victoria, Santa Anita, la Molina o San Miguel.

⁷² A modo de ejemplo, «EL ALCALDE DISTRITAL DE SAN MIGUEL:

POR CUANTO: El Concejo Municipal en Sesión Ordinaria, de fecha 18 de agosto de 2005; CONSIDERANDO: Que es Política de la Municipalidad Distrital de San Miguel promover el matrimonio como Institución Social y Jurídica entre aquellas parejas que se encuentran en condición de contraer matrimonio civil, a efectos de contribuir a la consolidación de la familia como célula básica de la sociedad; Que, asimismo, cabe precisar que el matrimonio civil constituye un requisito previo e indispensable para la celebración del Matrimonio Religioso; Que la Municipalidad de San Miguel ha propuesto la realización de un matrimonio Civil y Religioso Comunitario para consolidar a la familia y al matrimonio como los pilares fundamentales del desarrollo de la sociedad y el Estado; Que, en tal sentido, resulta pertinente que esta administración brinde a los vecinos de San Miguel las facilidades necesarias para formalizar su estado civil, y de esta manera acceder al matrimonio religioso, disponiendo la celebración del “Matrimonio Civil-Religioso Comunitario del año 2005” teniendo en cuenta los procedimientos, formalidades y prerrogativas concedidas a los Alcaldes, de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 248.º y siguientes del Código Civil; Estando a lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto por el inciso 8) del Artículo 9.º y el Artículo 40.º de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972, el Concejo Distrital San Miguel, ha aprobado lo siguiente:

ORDENANZA QUE DISPONE LA CELEBRACIÓN DEL “MATRIMONIO CIVIL-RELIGIOSO COMUNITARIO DEL AÑO 2005” EN EL DISTRITO DE SAN MIGUEL.

Artículo primero: Disponer la Celebración del “Matrimonio Civil-Religioso Comunitario del Año 2005”, a realizarse el día 08 de diciembre de 2005, en el Distrito de San Miguel; con la exoneración a las parejas que participen del pago de los derechos que genere la tramitación de la solicitud de matrimonio civil, y con el pago único de S/.100.00 (CIEN Y 00/100 NUEVOS SOLES), costo que incluirá el Expediente Matrimonial y los exámenes médicos correspondientes.

Artículo segundo: Encargar a la Secretaría de Imagen Institucional, a la Gerencia de Participación Vecinal y Promoción Social y a la Sub-Gerencia de Registro Civil de la Municipalidad Distrital de San Miguel, la difusión de la celebración del “Matrimonio Civil Religioso Comunitario del año 2005”, así como la orientación de los interesados respecto de los requisitos exigidos y verificación de los documentos».

El artículo 149 de la Constitución reconoce una Jurisdicción Especial Indígena⁷³. El 19 de mayo de 2010 el Congreso ha aprobado la Ley del Derecho a la consulta a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

7. Conclusiones

Existe un renacer indigenista en todos los países, que aspira al reconocimiento jurídico de los derechos y deberes de los pueblos indígenas. Diversos Documentos de las Naciones Unidas han reconocido alguno de estos derechos, tendentes a constituir Estados plurinacionales y sociedades interculturales. En el derecho interno, el pluralismo jurídico exige el estudio y vigencia no sólo del Derecho estatal, sino también del Derecho consuetudinario indígena, que rige para dichas comunidades.

No sería extraño que en el futuro los Estados reconocieran nuevos derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a contraer matrimonio según sus ritos ancestrales. Sin embargo, el hipotético reconocimiento de los matrimonios indígenas —en sus diferentes posibilidades legales— plantearía serios problemas de orden público y de derecho internacional y civil —especialmente familiar—, además de otros de índole penal o laboral, por ejemplo.

Las formas de convivencia y/o matrimonio indígenas tienen validez jurídica en el seno de las propias etnias. Algunos países, sobre todo africanos, han otorgado validez jurídica a dichas cohabitaciones considerándolas un *tertius genus* matrimonial. En los Estados que no otorgan efectos civiles a dichas uniones indígenas, los convivientes indígenas, si quieren gozar de los derechos propios de los esposos, deben contraer un matrimonio legítimo (habitualmente, en un sistema matrimonial facultativo, prefieren el religioso y no el civil) o bien deberán dejar que con el transcurso del tiempo devengan *ope legis* pareja de hecho protegida por ley.

América es un Continente en el que el catolicismo ha tenido una fuerte presencia social e institucional, aunque con una reciente tradición laicista. Socialmente el sincretismo religioso indígena, cristiano y afroamericano es muy importante, a los que en tiempos cercanos debe añadirse la presencia de nuevos movimientos religiosos y un pluralismo religioso evidente. Con algunas salvedades, no ha habido una recepción formal de los matrimonios indígenas en los países de América Latina.

En las sierras andinas el matrimonio tradicional indígena se llama *sirvinakuy* y tiene una estructura y ritos comunes, junto a sus peculiaridades locales. El cristia-

⁷³ Cfr. J. F. BAZÁN CERDÁN, *La jurisdicción especial indígena en la Constitución política del Perú* (1993), en Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano, Seminario internacional «Los pueblos indígenas en el siglo XXI: interculturalidad, derecho, justicia y desarrollo», Buenos Aires 1999.

nismo concibe el noviazgo como una etapa ajurídica de conocimiento que habilita para contraer matrimonio; el derecho canónico destaca el acto matrimonial estandarizado de la boda (*in facto esse*), que genera el estado matrimonial (*in fieri*). Por su parte, el *sirvinakuy* concibe el matrimonio como un proceso dinámico con diversos momentos, todos ellos jurídicos: el hecho de la convivencia y el hecho de la boda religiosa son dos etapas igualmente jurídicas aunque con efectos diferentes de ese único proceso matrimonial. En definitiva, el ancestral *sirvinakuy*, que viene a ser un matrimonio indígena a prueba, viene a aunar lo que pretenden las modernas leyes de parejas de hecho y los sistemas matrimoniales.

Estas cohabitaciones, aunque pueden ser *ad tempus* si acaban con la separación de los convivientes, generan unos derechos y deberes y son tendencialmente perpetuas. La pareja concibe el *sirvinakuy* como una convivencia matrimonial a prueba que devendrá, con el tiempo, en un matrimonio canónico, cuando la pareja tenga dinero para organizar los festejos matrimoniales y para reconocer a los hijos habidos durante la convivencia matrimonial. Esta praxis no difiere excesivamente del planteamiento de muchos jóvenes de las sociedades occidentales que, sin excluir cualquier tipo de matrimonio, empiezan su relación conviviendo para constatar la afinidad de caracteres y, en caso que se mantenga la estabilidad afectiva, deciden con el tiempo casarse civil o religiosamente, para formalizar jurídicamente su relación y para tener hijos o «legalizar» los ya habidos durante la convivencia.