

## RECONOCIMIENTO Y DESAFIOS DE LA FAMILIA INDÍGENA Y AFRODESCENDIENTE\*

DAVID F. ESBORRAZ\*\*

**RESUMEN:** El artículo se propone analizar, en una primera parte, la normativa multinivel en la que se reconoce la especificidad y al mismo tiempo se delimitan los alcances de la familia indígena y afrodescendiente, como una nueva tipología familiar que viene a sumarse a las otras ya reguladas por el derecho latinoamericano. En una segunda parte, el artículo se concentra en los desafíos que esta otra tipología familiar puede presentar, sobre todo respecto de aquellas prácticas, usos y costumbres ancestrales que podrían resultar de dudosa legitimidad a la luz de la normativa de protección de los derechos humanos y fundamentales, lo que impone la necesidad de armonizar los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes con los derechos individuales de sus integrantes y/o de terceros. Todo ello con la finalidad de diagramar los contornos de esta otra particularidad del derecho latinoamericano.

**SINTESI:** La prima parte dell'articolo analizza le norme multilivello che riconoscono la specificità e allo stesso tempo delimitano la portata della famiglia indigena e afrodiscendente, come una nuova tipologia familiare che si aggiunge alle altre già regolamentate dal diritto latinoamericano. Nella seconda parte, l'articolo si sofferma sulle sfide che questa nuova tipologia familiare può presentare, soprattutto per quanto riguarda quelle pratiche, usi e consuetudini ancestrali che potrebbero essere di dubbia legittimità alla luce delle norme di tutela dei diritti umani e fondamentali, e quindi porre l'esigenza di armonizzare i diritti collettivi dei popoli e delle comunità indigene e afrodiscendenti con i diritti individuali dei loro membri e/o di terzi. Il tutto con l'intento di delineare i contorni di questa ulteriore particolarità del diritto latinoamericano.

**PALABRAS CLAVE:** Familia indígena y afrodescendiente; matrimonio ancestral o consuetudinario; derechos diferenciados de los pueblos indígenas y afrodescendientes; armonización de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes con los derechos humanos y fundamentales individuales; prácticas perjudiciales o nocivas; matrimonios forzados o combinados; matrimonios de menores de edad; precio de la novia; poligamia; discriminación de la mujer en materia hereditaria.

**PAROLE CHIAVE:** Famiglia indigena e afrodiscendente; matrimonio ancestrale o consuetudinario; diritti differenziati dei popoli indigeni e afrodiscendenti; armonizzazione dei diritti collettivi dei popoli e delle comunità indigene e afrodiscendenti con i diritti

\* Este artículo forma parte del Proyecto CNR-ISGI: *Codificazione, comparazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina* (DUS.AD009.0033.008), del cual el autor es titular.

\*\* Primo ricercatore del CNR/ISGI.

umani e fondamentali individuali; pratiche pregiudizievoli o nocive; matrimoni forzati o combinati; matrimoni di minorenni; prezzo della sposa; poligamia; discriminazione delle donne in materia di eredità.

SUMARIO: I. Introducción. – II. Reconocimiento multinivel de la familia indígena y afrodescendiente. – 1. Convenios, Declaraciones y decisiones de Organismos internacionales. – 2. Constituciones políticas y Leyes de protección de los pueblos y comunicades indígenas y afrodescendientes. – 3. Códigos civiles, Códigos de familia y legislación especial y complementaria. – III. Desafíos de la familia indígena y afrodescendiente. – 1. Necesidad de armonizar los derechos colectivos indígenas y afrodescendientes con los derechos humanos y fundamentales individuales. – 2. Necesidad de reorientar ciertas prácticas, usos y costumbres de dudosa legitimidad. – A. Matrimonios forzados o combinados. – B. Matrimonios de menores de edad. – C. Pago del precio de la novia. – D. Poligamia. – E. Discriminación de la mujer en materia hereditaria. – IV. Conclusión.

### I. Introducción

Los ordenamientos de Latinoamérica se han caracterizado en lo que va del presente siglo por su capacidad para adaptarse a las exigencias impuestas por la realidad social contemporánea, lo que ha conducido – en lo que aquí nos interesa – a una progresiva aceptación (al lado de la denominada familia tradicional, estructurada con base en una unión matrimonial heterosexual) de toda una constelación de diferentes tipos familiares (el de la familia basada en una unión convivencial, la constituida por personas del mismo género, la monoparental, la anaparental o parental no conyugal, la ensamblada, la extensa o ampliada, la multiespecie, etc.)<sup>1</sup>. El resultado de este proceso es la configuración de un derecho de familia (*rectius*: de las familias<sup>2</sup>) más democrático, igualitario, solidario, pluralista y multicultural (fundado en el respeto de la dignidad, la libertad y la no discriminación de los particulares), debido en gran medida a la paulatina internacionalización y constitucionalización del Derecho privado<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> A esta pluralidad de tipos familiares hacen referencia, con distintos alcances, el Código de familia nicaragüense de 2014 (art. 37<sup>1</sup>) y el Código de las familias cubano de 2022 (art. 3[b]), así como el Proyecto de Código civil colombiano de 2020-2023 (art. 1640) y los Proyectos de reforma parcial del Código civil peruano de 2019 (art. 233) y del Código civil brasileño de 2024 (arts. 19 y 1511-B).

<sup>2</sup> El plural es ya empleado, en su denominación, por el Código de las familias boliviano de 2014 y, con mayor propiedad aún, por el homónimo cubano de 2022.

<sup>3</sup> De estos fenómenos nos hemos ocupado en *El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones*, en *Revista de Derecho Privado*, 29, Bogotá, 2015, 15-55; en *La nozione di famiglia nelle decisioni della Corte Interamericana dei Diritti Umani*, en AA.VV., *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, coordinado por A. SACCOCCIO – S. CACACE, II, Torino-Valencia, 2020, 494-519 y, más recientemente, en *Il nuovo ius privatum commune dell'America Latina alla luce delle cosiddette codificazioni di terza generazione*, en esta revista, 45, 2024, 92-102.

El referido cuadro de modelos familiares es completado con el reconocimiento de la denominada familia indígena y afrodescendiente a la que algunos ordenamientos nacionales han ya comenzado a regular (también generalmente por influencia del derecho internacional y del constitucional) mediante el reenvío que a los usos y costumbres de los respectivos pueblos y comunidades se hace en la normativa de derecho singular prevista en las Leyes destinadas a la protección de sus derechos y cultura o a la contenida en algunos Códigos civiles o de familia, y en la legislación especial y complementaria.

La referida remisión a los propios ordenamientos normativos, para la regulación de esta otra tipología de familia, constituye una aplicación del reconocimiento a los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes<sup>4</sup> del derecho a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía colectiva, y es el resultado del nuevo giro plurinacional, pluricultural y decolonialista del derecho latinoamericano. Pero no se trata de una absoluta novedad, sino que ello reconoce sus antecedente en lo ya dispuesto por el Derecho indiano, en el que se ordenaba «que se guarden [...] las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después de que son cristianos [es decir, las de antes y después de su evangelización]» y se mandaba respetar «la forma de vivir de los indios [...], no perjudicando [...] á las buenas y justas costumbres y estatutos suyos» (Recopilación de las Leyes de Indias 2,1,4 y 5,2,22)<sup>5</sup>.

Sin embargo, ciertas prácticas que tradicionalmente han integrado las organizaciones familiares de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes (como los matrimonios combinados y de menores de edad, la poligamia o la restricción de la vocación hereditaria de las hijas) resultarían hoy día incompatibles con algunos de los derechos fundamentales reconocidos por las vigentes Constituciones políticas y por los Tratados internacionales sobre derechos humanos

<sup>4</sup> Parafraseando el texto de la Constitución mexicana (art. 2, reformado en 2024), entendemos por pueblos y comunidades indígenas a las colectividades que constituyen una continuidad histórica de las sociedades que habitaban en América Latina en la época de la conquista y la colonización ibérica y que conservan, desarrollan y transmiten sus instituciones sociales, normativas, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; mientras que consideramos pueblos o comunidades afrodescendientes a aquellos integrados por los descendientes de personas originarias de poblaciones del continente africano trasladadas y asentadas en América Latina desde la época colonial con motivo de la trata de esclavos, con formas propias de organización social, económica, política y cultural, o parte de ellas, y que afirman su existencia como colectividades culturalmente diferenciadas. Sin embargo, corresponde aclarar que el término ‘pueblo’ en este contexto no puede ser interpretado en el sentido que se le da en el Derecho internacional, como expresamente puntualiza – *v.gr.* – la Constitución venezolana de 1999 (art. 126).

<sup>5</sup> Se trata de una aplicación del principio *suis legibus uti* (es decir, de ‘valerse de las propias leyes’) de la tradición romanística (cfr. Livio, *Ab Urbe condita* 33,32,4-6; Cicerón, *Ad Atticum* 6,1,15 y *In Verrem* 2,2,32; y César, *De bello Gallico* 1,45); sobre el cual se remite, en general, a S. SCHIPANI, *El principio del suis legibus uti o del valerse de las propias leyes*, en esta revista, 31-32, 2011, 139-153.

(*v.gr.* la dignidad y la libertad, la autonomía personal o la igualdad y no discriminación). Esto se advierte principalmente en relación con aquellas categorías de sujetos considerados más vulnerables dentro de la esfera familiar (como las mujeres, las niñas, niños y adolescentes e, incluso, los ancianos).

De allí que la misma normativa que reconoce los derechos diferenciados de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes – entre los cuales se encuentra el de conservar sus propias formas de organización y/o sistemas familiares – suele encargarse asimismo de fijar los límites de su vigencia. Todo ello con la finalidad de tratar de conciliar los derechos colectivos de estos pueblos y comunidades con los derechos humanos y fundamentales individuales de sus integrantes y/o de terceros, de modo que unos no excluyan a los otros. Pero tampoco esta exigencia resulta una novedad en la tradición jurídica latinoamericana, pues las *ut supra* citadas disposiciones del Derecho indiano, que mandaban respetar las leyes, estatutos, usos y costumbres indígenas, condicionaban su aplicación a que fueran «buenos» o «justos» y a que «no se encuentr[e]n con nuestra Sagrada Religión» o «no fueren contra» ella ni contra las leyes castellanas o españolas (Recopilación de las Leyes de Indias 2,1,4 y 5,2,22)<sup>6</sup>.

Partiendo de estas premisas, nos proponemos analizar en primer lugar la normativa multinivel en la que se reconoce la especificidad de la familia indígena y afrodescendiente, y al mismo tiempo se delimitan los alcances de dicho reconocimiento (§ II)<sup>7</sup>, tratando luego de compatibilizar – de ser necesario – los usos y costumbres que la configuran con la normativa de protección de los derechos humanos y fundamentales individuales, con la finalidad de hacer frente a los desafíos que dicha tipología familiar plantea (§ III) y de diagramar así los contornos de esta otra particularidad del derecho latinoamericano (§ IV).

## II. Reconocimiento multinivel de la familia indígena y afrodescendiente

### 1. Convenios, Declaraciones y decisiones de Organismos internacionales

Como hemos adelantado, muchas de las reformas operadas en las últimas décadas en el ámbito del Derecho privado latinoamericano, en general, y del Derecho de familia, en particular, reconocen su fuente de inspiración en las Declaraciones y Convenciones internacionales sobre derechos humanos y en la consiguiente

<sup>6</sup> Véanse, entre otros, M.A. GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *El elemento indígena en la formación del Derecho indiano*, en *Revista de Historia del Derecho*, 11, Buenos Aires, 1983, 423-446 y M. MENGUS BORNEMANN, *La costumbre indígena en el Derecho indiano*, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 4, México, 1992, 151-159.

<sup>7</sup> Causa una cierta impresión el escaso interés demostrado por la doctrina y la jurisprudencia en el examen, interpretación y aplicación de la legislación vinculada a esta tipología familiar, a punto tal que nos ha sido muy difícil encontrar comentarios de dicha normativa o su empleo en la resolución de litigios.

adecuación de las Constituciones políticas al Derecho internacional. El reconocimiento de la familia indígena y afrodescendiente no escapa a esta dinámica.

A nivel internacional, el primer instrumento dedicado específicamente a la protección de los pueblos indígenas y tribales – en el que se abandona la tradicional visión asimilacionista o integracionista – es el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado en 1989 y ratificado por la mayor parte de los Estados latinoamericanos<sup>8</sup>. Si bien este Convenio no hace referencia expresa a la familia indígena y tribal, de una interpretación sistemática de sus disposiciones se desprendería la admisibilidad de esta tipología familiar, como también sus límites<sup>9</sup>. Así, luego de reconocer las aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, y a mantener y fortalecer sus identidades dentro del marco de los Estados en los que viven (preámbulo), se impone a los gobiernos nacionales la responsabilidad de reconocerles y garantizarles su propia identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones, prácticas e instituciones (arts. 2, 5 y 6), entre las que quedaría comprendida la familia. Sin embargo, el mismo Convenio aclara que el derecho de los pueblos indígenas y tribales a conservar sus costumbres e instituciones está subordinado a que ellas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el ordenamiento jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionales reconocidos, por lo que de ser necesario deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación del referido principio (art. 8). En sentido similar se puntualiza, además, que las disposiciones del Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de estos pueblos (art. 3); en correspondencia con lo que ya había dispuesto, siempre a nivel internacional, la Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.

También admitiría implícitamente la tipología de familia aquí analizada la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007<sup>10</sup>, en

<sup>8</sup> Este Convenio sustituyó al n.º 107 de 1957 sobre el mismo tema, pero en el que se hacía hincapié en la necesidad de que los gobiernos nacionales elaboraran programas para la integración progresiva de los pueblos indígenas y tribales en la vida de sus respectivos países (art. 2.1).

<sup>9</sup> Acerca de este Convenio véanse, en general, J.R. HERNÁNDEZ, *El Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales*, 161-175 y G.P. STAELENS, *El Convenio número 169 de la OIT de una política integracionista al reconocimiento del derecho de la identidad de los pueblos indios*, 191-197, ambos publicados en AA.VV., *Derechos indígenas en la actualidad*, México, 1994; J.A. GONZÁLEZ GALVÁN, *El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT*, en AA.VV., *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*, coordinado por J.E.R. ORDÓÑEZ CIFUENTES, México, 2000, 81-97; y M. GÓMEZ, *El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, en AA.VV., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, coordinado por M. BERRAONDO, Bilbao, 2006, 133-151.

<sup>10</sup> Sobre esta Declaración véase, entre otros, AA.VV., *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, editado por C. CHARTERS – R. STAVENHAGEN, Copenhague, 2010, *passim*. Entre sus antecedentes más relevantes cabe destacar la Declara-

aquellas disposiciones en las que se les reconoce – directamente a ellos y a sus integrantes, y no ya como meros deberes impuestos a los gobiernos nacionales como hizo el Convenio de la OIT – el derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación (art. 2), a la libre determinación (art. 3), a la autonomía (art. 4) y a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura (art. 8). Como consecuencia de ello, se le otorga a estos pueblos el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas (art. 5), entre las que quedaría comprendida la familia, y a promover, desarrollar y mantener sus propias costumbres y ordenamientos normativos – cuando existan –, pero siempre en conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (art. 34). En consonancia con esta última especificación, se establece que en el ejercicio de los derechos enunciados por esta Declaración se tienen que respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, pero puntualizando que estas limitaciones no tienen que ser discriminatorias y que serán solo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y a las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática (art. 46). Asimismo, cabe señalar que – en lo que a nosotros aquí interesa – esta Declaración se preocupa por imponer a los Estados partes: 1) la adopción de medidas para asegurar que las mujeres y las niñas y niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación (art. 22); 2) el reconocimiento de los derechos y libertades en condiciones de igualdad al hombre y a la mujer indígena (art. 44); 3) la protección de las niñas y niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en su educación, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (art. 17).

Empero, fue necesario esperar hasta la adopción de la homóloga Declaración regional por parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2016 para ver consagrado, por vez primera y de manera expresa, el reconocimiento de la tipología familiar aquí considerada<sup>11</sup>. En efecto, además de afirmar – como hacen los instrumentos de la OIT y de la ONU – que los pueblos indígenas del continente americano tienen derecho a la libre determinación (art. III) y, en consecuencia, a mantener y desarrollar su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de cualquier intento externo de asimilación, así como a que se le

ción de Principios de Derechos Indígenas, adoptada en la IV Asamblea General del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, celebrada en Panamá en 1984 (reproducida en el documento E/CN.4/Sub.2/1985/22, Anexo III [1985]).

<sup>11</sup> Véase en general, acerca de esta otra Declaración, B. CLAVERO, *La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: el reto de la interpretación de una norma contradictoria*, en *Pensamiento constitucional*, 21, 2016, 11-26, y, en particular sobre la disposición referida a la familia indígena, F. MARCELLI, *Los derechos de los pueblos indígenas*, Medellín, 2011, 124, el que sin embargo comenta el texto del Proyecto de Declaración (pero que en esta materia coincide con la versión definitiva).

reconozcan y respeten todas sus formas de vida, usos y costumbres (art. X) y sus ordenamientos o instituciones jurídicos (art. VI), la Declaración de la OEA dedica una específica disposición a la familia indígena (art. XVII)<sup>12</sup>. En ella se establece que: A) los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas familiares, por lo que los Estados deben reconocer, respetar y proteger 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 (véase sobre este último, además, el art. XIV.1); B) en asuntos relativos a la custodia, adopción, ruptura del vínculo familia, y en cuestiones similares, el interés superior del menor deberá ser de consideración primaria, para cuya determinación se deberán tener presente el derecho de toda niña y niño indígena a disfrutar de su propia cultura, a profesar y a practicar su propia religión o a hablar su propia lengua (por lo que deberá considerarse el derecho indígena del pueblo correspondiente, así como su punto de vista, derechos e intereses [véase § II.3]). En esta misma disposición se especifica, además, que en el ámbito familiar se deberá siempre reconocer y respetar la equidad de género y generacional; mientras que en otros preceptos de la Declaración americana se precisa – de manera más general y en modo idéntico a lo previsto por los instrumentos internacionales que la precedieran –: a) que los derechos en ella reconocidos se garantizan por igual a las mujeres y a los hombres indígenas (art. XXXV); b) que los Estados partes deben adoptar medidas para eliminar prácticas laborales de explotación respecto de las niñas, niños, mujeres y ancianos indígenas; c) que tanto la interpretación como el ejercicio de dichos derechos deben respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, restricciones estas últimas que sin embargo no tienen que ser discriminatorias sino que se limitarán tan sólo a las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás, y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática (arts. XXXVI y XXXVII)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Esta disposición principia con la afirmación según la cual «[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad», fórmula esta que (aunque con algunas variantes) reconoce sus orígenes en el Derecho romano (Cicerón, *De officiis* I,54) y que ha tenido mucha fortuna en las Declaraciones, Convenciones y Constituciones políticas vigentes en Latinoamérica (véanse, *v.gr.*, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948, art. 6; la Convención americana de derechos humanos de 1969, art. 17.1; así como las vigentes Constituciones de Costa Rica de 1949, art. 51; de Uruguay de 1967, art. 40; de El Salvador de 1983, art. 32; de Nicaragua de 1986, art. 70; de Brasil de 1988, art. 226; de Chile de 1989, art. 1; de Colombia de 1991, art. 42; de Paraguay de 1992, art. 49; de Perú de 1993, art. 4<sup>1</sup>; de Ecuador de 2008, art. 67; y de Bolivia de 2009, art. 62).

<sup>13</sup> Es interesante recordar que ya el Segundo Congreso Indigenista Interamericano (Cuzco, 1949) había recomendado a los países americanos que legislaran sobre las consecuencias de las instituciones consuetudinarias que rigen la familia indígena, en todas sus manifestaciones, siempre que la unión sea monogámica y no tenga modalidades que afecten la libertad ni la dignidad humanas (Recomención n.º 52).

En honor a la verdad, ya antes de las referidas Declaraciones de la ONU y de la OEA, la protección de los derechos colectivos, no solo de los pueblos indígenas sino también de las comunidades afrodescendientes, había recibido especial atención a nivel subregional en la Carta andina para los derechos sociales adoptada por la Comunidad Andina de Naciones (CAN) en 1999. De las disposiciones de este otro instrumento internacional también se desprende implícitamente el reconocimiento de la familia indígena y afrodescendiente, al disponerse que dichos pueblos y comunidades de los países andinos tienen derecho a la preservación y desarrollo de sus identidades ancestrales (arts. 32, 33 y 37) y de sus propias costumbres jurídicas y formas de organización social, pero siempre dentro del marco de las legislaciones nacionales y de la normativa sobre derechos humanos (art. 38).

Ahora bien, el reconocimiento de la familia indígena y afrodescendiente no solo se deduce o está presente en los instrumentos internacionales apenas analizados, sino también en las decisiones de algunos Organismos internacionales encargados de velar por la protección de los derechos humanos, los que ya se han ocupado de algunos de sus aspectos.

Tal es el caso de una serie de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), incluso anteriores a la referida Declaración de la OEA y con fundamento en interpretaciones de la Convención americana de derechos humanos, en la que sin embargo no se menciona expresamente a los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes<sup>14</sup>. En estas decisiones se ha destacado – en primer lugar – el significado especial que tiene para los indígenas la convivencia, por lo que la familia no se limita a la unidad familiar, sino que incluye también a las distintas generaciones que la componen, así como a la comunidad de la que forma parte<sup>15</sup>. Los mismos jueces también señalaron que, para ciertos grupos étnicos, la familia incluye tanto a los miembros vivos como a los fallecidos, dado el importante papel cultural, espiritual y religioso que desempeñan los antepasados en la comunidad, a los que se considera parte integrante de la familia como si fueran personas vivas. En consecuencia, se ha sostenido – *v.gr.* – que impedir la inhumación de sus muertos según los ritos de la comunidad a la que pertenecen (debido a su desaparición forzada y posterior asesinato y supresión

<sup>14</sup> Véase, en general, L. HENNEBEL, *La Convención Americana de Derechos Humanos y la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 127, 2010, 152-155.

<sup>15</sup> En este sentido véase el caso *Chitay Nech y otros c. Guatemala*, sentencia del 25/05/2010, serie C, n.º 212, § 159, en el cual la Corte de San José se pronuncia a favor del reconocimiento de la responsabilidad del Estado de Guatemala por la desaparición forzada, organizada por agentes estatales, del dirigente político indígena de la etnia maya Kaqchikel Florencio Chitay Nech y por la falta de investigaciones y de condena de los responsables, así como por la denegación de justicia respecto de los familiares de la víctima. Sobre este particular se remite a U. BASSET, *Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Revista de Derecho*, 2ª época, año 14, n.º 17, Montevideo, 2018, 38.

del cadáver por parte de las fuerzas armadas) supone la violación del artículo 5 de la Convención (derecho a la integridad personal), no sólo respecto de la víctima, sino también de sus familiares, debido a la imposibilidad de que el fallecido se integre en el *pantheon* ancestral y contribuya así a la comunión entre las distintas generaciones<sup>16</sup>. Siguiendo esta misma línea de pensamiento, el más Alto Tribunal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos señaló también que, dada la importancia que para los indígenas tienen los vínculos con su familia y su comunidad, podría constituir – según las circunstancias del caso – una violación al derecho a la protección familiar el encarcelamiento de uno de ellos en un centro penitenciario alejado de su residencia y en circunstancias que podrían dificultar al interno el mantenimiento de sus relaciones afectivas y familiares<sup>17</sup>.

Por otra parte, la Corte de San José se pronunció sobre la familia afrodescendiente en relación con las costumbres de la comunidad Saramaka de Surinam<sup>18</sup>, es decir, de los descendientes de los esclavos africanos que habían huido de las plantaciones de los colonos holandeses y se habían refugiado en la selva (los llamados cimarrones). Los Saramakas habían celebrado en 1762 un tratado de paz con los Países Bajos (actualmente vinculante también para el mismo Surinam, en aplicación del principio de continuidad de los Tratados en caso de sucesión entre Estados)<sup>19</sup> que les reconoció un cierto grado de autonomía interna en el territorio

<sup>16</sup> Al respecto véase el caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, sentencia de fondo del 25/11/2000, serie C, n.º 70, § 145 y el voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, y la sentencia de reparación del 22/02/2002, serie C, n.º 91, § 81, y el caso *Masacre Río Negro c. Guatemala*, sentencia de fondo del 4/09/2012, serie C, n.º 250, §§ 155, 156 y 160 (sobre los cuales se remite a las consideraciones de R. ESPÍÑAN SILVA – J.M. IBÁÑEZ RIVAS, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales*, en AA.V.V., *Derechos humanos de los grupos vulnerables. Manual*, coordinado por J.F. BELTRÃO – J.C. MONTEIRO DE BRITO FILHO – I. GÓMEZ – E. PAJARES – F. PAREDES – Y. ZUÑIGA, Barcelona, 2014, 309). Esta solución ha sido propuesta también en el caso *Comunidad Moiwana c. Suriname*, sentencia del 15/06/2005, serie C, n. 124, §§ 98 y 100, concerniente una comunidad afrodescendiente.

<sup>17</sup> Sobre este particular véase el caso *Norín Catrimán y otros (Dirigente, miembro y activista del pueblo indígena Mapuche) c. Chile*, sentencia del 29/05/2014, serie C, n.º 279, § 408, en el que la Corte IDH resolvió que el Estado de Chile había violado los estándares de la Convención americana de derechos humanos en el proceso penal seguido contra siete personas pertenecientes al pueblo indígena Mapuche (incluyendo algunas autoridades tradicionales indígenas y un activista político), a quienes se les había aplicado erróneamente una ley antiterrorista, siendo uno de ellos encarcelado en una prisión alejada del lugar de residencia de su familia y comunidad, a pesar de existir otra más cercana a ellas (sobre el cual se remite, en general, a S. BECKER CASTELLARO, *La criminalización de la protesta: el caso Norín Catrimán y otros [Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche] vs. Chile*, en *Anuario de Derechos Humanos*, 11, 2015, 123-133 y J. CONTESSÉ SINGH, “*Norín Catrimán y Otros*”. *Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Anuario de Derecho Público*, 2015, 418-432).

<sup>18</sup> Acerca de esta otra subtipología familiar resulta emblemático el caso *Aloeboetoe y otros c. Surinam. Reparación*, sentencia del 10/09/1993, serie C, n.º 15, § 56.

<sup>19</sup> Sobre el tema se remite a E.-R. KAMBEL – F. MACKAY, *The Rights of Indigenous and Maroons in Suriname*, Copenhague, 1999, 55 ss., 61 ss. y 73 ss., y, además, a A. PIETROBON, *Trattati*

que ocupan, en virtud del cual disfrutaban también del derecho a utilizar sus propias costumbres (incluidas las relativas a la conformación de las relaciones familiares)<sup>20</sup>. Así, cuando hubo que determinar qué familiares de una víctima de violaciones de los derechos humanos (por miembros del ejército surinamés) tenían derecho a recibir la indemnización debida por daños y perjuicios causados por su muerte, la Corte IDH, tratándose de la comunidad Saramaka, dictaminó que no debía aplicarse el derecho común de Surinam (es decir, el Código civil), sino el derecho consuetudinario especial saramaka, siempre que no entrara en colisión con la Convención americana de derechos humanos (como sucedería, *v.gr.*, si aquél no respetara el principio de igualdad y no discriminación entre los sexos)<sup>21</sup>. En efecto, según las costumbres saramakas, la familia tiene una configuración fuertemente matrilineal con frecuentes casos de poliginia (es decir, un hombre casado con varias esposas, las que gozan de igual *status* a los ojos del marido), en la que el principal grupo de parientes es el denominado *bèè* formado por todas las personas descendientes de una misma mujer, por lo que las reparaciones correspondientes por cada una de las víctimas debían ser entregadas a los respectivos *bèès* para que sus representantes pudieran luego distribuirlos entre sus miembros<sup>22</sup>. De esta manera, al reconocer la validez del derecho consuetudinario saramaka en materia de parentesco, la Corte de San José admitió asimismo este otro subtipo de familia.

De particular interés resulta también la opinión aprobada en 2022 por el Comité para la eliminación de la discriminación racial de la ONU, en la que se ordenó a Ecuador – por considerarlo responsable de discriminación por origen étnico debido al desconocimiento de efectos jurídicos al matrimonio ancestral indígena – que proceda a: i) modificar su legislación para incorporar el reconocimiento e inscripción de los matrimonios celebrados por autoridades tradicionales indígenas de acuerdo a sus costumbres y derecho consuetudinario (siempre que no sean contrarios a disposiciones internacionales sobre derechos humanos o a requisitos de la legislación interna para la celebración de matrimonios)<sup>23</sup>; ii) desa-

*antichi e jus cogens superveniens*, en AA.VV., *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, coordinado por B. CORTESE, Torino, 2014, 115-122.

<sup>20</sup> En este sentido véase, nuevamente, E.-R. KAMBEL – F. MACKAY, *The Rights of Indigenous and Maroons in Suriname* cit., 66 ss. y, en particular, H.F. MUNNEKE, *Customary Law and National Law System in the Dutch-speaking Caribbean, with Special Reference to Suriname*, en *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 51, Amsterdam, 1991, 93-99.

<sup>21</sup> Véase, otra vez, la sentencia *Aloboetoe y otros c. Surinam. Reparación* cit., §§ 54, 58 y 62.

<sup>22</sup> Véase, una vez más, la sentencia *Aloboetoe y otros c. Surinam. Reparación* cit., § 59. Sobre este otro particular se remite a J.P. PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, *Las reparaciones en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*, en *American University International Law Review*, 23.1, 2008, 30 y R. GARRIDO, *La reparación en clave de diversidad cultural. Un desafío para la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Quito, 2013, 46 y 47.

<sup>23</sup> Cabe señalar que hasta inicios de 2025 el gobierno de Ecuador no había cumplido aún con esta indicación.

rollar un programa de capacitación para funcionarios del Registro Civil, jueces y demás funcionarios judiciales sobre la validez y el reconocimiento de los matrimonios indígenas celebrados por autoridades tradicionales<sup>24</sup>. El Comité fundamentó su decisión en el reconocimiento que de la libre determinación, autonomía y jurisdicción especial indígena hacen tanto la vigente Constitución ecuatoriana (véase § II.2) como los instrumentos internacionales analizados *supra* (todos ellos ratificados por el Estado ecuatoriano) y en las obligaciones estipuladas en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, según la cual cada Estado parte (como es Ecuador) tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear discriminación racial o perpetuarla donde ya exista (art. 2.1.c)<sup>25</sup>. Por este motivo el mismo Comité consideró que para cumplir con dichas obligaciones (en particular la de garantizar a toda persona – sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico – el goce del derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge, prevista en el art. 5.d.iv de la Convención) el Estado parte no debe solamente no prohibir la celebración de matrimonios indígenas (como alegó Ecuador en su descargo) o no prohibir que autoridades tradicionales indígenas expidan actas de registros de matrimonios celebrados en sus territorios,

<sup>24</sup> Véase el caso *Yaku Sacha Pérez Guartambel c. Ecuador* (CERD/C106/D/61/2017), opinión del 26/07/2022, § 6. El peticionario contrajo matrimonio el 21/08/2013 en la comunidad indígena de Escaleras con Manuela Lavinas Picq de nacionalidades brasileña y francesa. Dicho matrimonio fue celebrado por las autoridades ancestrales del pueblo Kichwa Kañari, de acuerdo con sus propias tradiciones, e inscripto en el acta de registro de matrimonio ancestral de la comunidad indígena de Escaleras y en la de la Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa de Ecuador. En 2015, a raíz de la detención de la pareja en una marcha en defensa de los derechos de los pueblos indígenas, la visa de la Sra. Lavinas Picq fue revocada, por lo que ella se vio obligada a abandonar el país. El peticionario y su esposa solicitaron una visa de amparo familiar para que ella pudiera regresar a Ecuador, solicitud que fue denegada por no estar inscripta la unión matrimonial en el Registro Civil. El peticionario solicitó a la Dirección General de Registro Civil la inscripción de su matrimonio, la cual fue denegada con el argumento de que Ecuador no reconoce los matrimonios celebrados por autoridades tradicionales indígenas, sino solamente los celebrados por autoridades civiles del Registro Civil. El peticionario presentó una acción de protección constitucional, solicitando la inscripción de su matrimonio en el Registro Civil y la concesión de la visa de amparo familiar a favor de su esposa, la que fue rechazada por considerarse que el matrimonio carecía de valor jurídico dado que la jurisdicción especial indígena no tendría competencia para celebrar y registrar matrimonios y que nada impedía al peticionario y a su esposa celebrar su matrimonio frente a la autoridad civil competente. El peticionario presentó un recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia, el cual fue rechazado alegando que el matrimonio no se realizó bajo la normativa relevante (Código Civil y Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles). Es por ello que el peticionario radicó su denuncia ante el Comité de la ONU, manifestando que la negativa de Ecuador (en cuanto Estado parte de la Convención) de reconocer su matrimonio celebrado por la autoridad comunitaria legal y legítimamente constituida, y reconocida por la asamblea comunitaria, constituía un supuesto de discriminación étnica (*ibidem*, § 1.2).

<sup>25</sup> Véase, nuevamente, el caso *Yaku Sacha Pérez Guartambel c. Ecuador* cit., §§ 4.4-4.8.

sino que tiene que tomar todas las medidas necesarias – en cooperación y coordinación con las autoridades tradicionales indígenas – para inscribir en el Registro Civil dichos matrimonios, con la finalidad de que los indígenas que optaren por conservar sus costumbres ancestrales puedan disfrutar de todos los derechos civiles asociados a la institución matrimonial, en condiciones de igualdad con el resto de la población y con independencia del rito elegido para celebrarlo<sup>26</sup>.

## 2. *Constituciones políticas y Leyes de protección de los pueblos y comunicadas indígenas y afrodescendientes*

En conformidad con lo dispuesto a nivel internacional, muchas Constituciones latinoamericanas reconocen y tutelan el carácter ‘multiétnico’ y ‘pluricultural’ de las respectivas sociedades en las cuales están llamadas a regir<sup>27</sup>. Se trata de una de las características más sobresalientes del denominado ‘neonacionalismo latinoamericano’, desarrollado en la Región a partir de los años 80 del siglo XX luego que se pusiera fin a las dictaduras cívico-militares que asolaron la mayor parte de los países de Latinoamérica en la década precedente, con la finalidad de garantizar una mayor democratización de la vida nacional en todos sus aspectos (social, cultural, político, económico, etc.)<sup>28</sup>.

De esta manera se buscó superar definitivamente el ‘monoculturalismo’ que había intentado imponer desde mediados del siglo XIX en América Latina el ‘constitucionalismo liberal’ en miras a la construcción de un paradigma identitario nacional ‘civilizador’ idealizado, que condujo a la ocultación y marginación de amplios sectores de la población (en particular, los indígenas y los afrodescendientes), cuya singularidad debía ser sacrificada por no encajar en el modelo deseado por la oligarquía criolla. El cuestionamiento de este paradigma había sido ya puesto en marcha por el ‘constitucionalismo social’, inaugurado por la Constitución mexicana de 1917 (seguida luego por muchas otras<sup>29</sup>), que comenzó a prestar atención también (aunque muy tímidamente) al componente indígena de la sociedad latinoamericana. Sin embargo, el carácter meramente programático de la mayoría de las disposiciones de esta otra generación de constituciones sirvió de excusa para postergar su efectiva aplicación.

<sup>26</sup> Véase, otra vez, el caso *Yaku Sacha Pérez Guartambel c. Ecuador* cit., §§ 4.11-4.13.

<sup>27</sup> Se expresan en este sentido las Constituciones de Nicaragua de 1987 (art. 8), de Paraguay de 1992 (art. 140), de Venezuela de 1999 (preámbulo), de México de 1917-2001 (art. 2<sup>o</sup>), de Ecuador de 2008 (arts. 1 y 380[1]), de Bolivia de 2009 (preámbulo y arts. 1, 9[1-3] y 90[III]) y de Costa Rica de 1949-2015 (art. 1).

<sup>28</sup> Véase en general, entre otros, B. CLAVERO, *Derecho indígena y Constituciones latinoamericanas*, en AA.VV., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, coordinado por M. BERRAONDO, Bilbao, 2006, 313-338.

<sup>29</sup> Véanse, *v.gr.*, las abrogadas Constituciones de Perú de 1933; de Bolivia de 1938 y 1945; de El Salvador de 1939 y 1950; de Ecuador de 1946 y 1967; y de Venezuela de 1961.

Para suplir estos inconvenientes, las actuales constituciones no solo se han preocupado por dar visibilidad a los diferentes grupos étnicos de América Latina (es decir, tanto a los pueblos originarios o nativos, como a las comunidades afrodescendientes<sup>30</sup>) sino que también han tratado de garantizar la efectiva protección de sus respectivas identidades culturales y la construcción de una democracia más inclusiva y participativa<sup>31</sup>. En el plano jurídico esto se ha traducido en el reconocimiento a las etnias tradicionales de una serie de derechos colectivos específicos (identitarios, territoriales y políticos), los que vienen a sumarse y a complementar los derechos civiles y políticos reconocidos por el ‘constitucionalismo fundacional’ y los derechos económicos, sociales y culturales introducidos por el ‘constitucionalismo social’. De esta manera, se tratan de articular los derechos ciudadanos individuales y los derechos colectivos de dichos pueblos y comunidades y/o de sus integrantes en cuanto tal, mediante el recurso al ‘principio de la interculturalidad’ (particularmente desarrollado por el denominado ‘nuevo constitucionalismo andino’)<sup>32</sup>.

Ahora bien, en lo que respecta específicamente a la familia indígena y afrodescendiente, si bien ninguna de las Constituciones latinoamericanas vigentes se ocupa de manera expresa de esta otra tipología familiar – a pesar de que muchas de ellas refieren a la familia en general y/o a alguna de sus manifestaciones – su reconocimiento y protección constitucional también se desprendería en modo implícito del referido plexo normativo dedicado a estos pueblos y comunidades. Esta es la interpretación que correspondería hacer tanto de las disposiciones que solo aluden en general al respeto de la identidad étnica y cultural<sup>33</sup> o a la protección de los intereses y derechos<sup>34</sup> de las comunidades indígenas presentes en los respectivos territorios nacionales, como de las que refieren más concretamente al

<sup>30</sup> A los afrodescendientes hacen expresa referencia las Constituciones de Brasil (arts. 215[1], y 216[V.5]), de Colombia (art. transitorio 55), de Ecuador (art. 58), de Bolivia (art. 32) y de México (art. 2.C, apartado adicionado en 2019 y reformado en 2024).

<sup>31</sup> Incluso la Constitución boliviana de 2009 llega a vincular esta nueva orientación con la ‘decolonización’ (arts. 9[1] y 78[I y II]). Véase sobre este tema, en general, A. MEDICI, *Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismo de la Constitución. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador*, en *Gaceta constitucional*, 48, 2011, 339-346 e ID., *La Constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, San Luis Potosí, 2012, *passim*.

<sup>32</sup> A este respecto véanse las Constituciones ecuatoriana (arts. 1, 2 y 256) y boliviana (arts. 9[2], 10[II], 98[I], 178[I] y 186). Tal como ya había dispuesto la Carta andina para la promoción y protección de los derechos humanos de 2002, se entiende por ‘interculturalidad’ la preservación y desarrollo de las identidades ancestrales de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes mediante el fomento de espacios sociales para el contacto, el diálogo y la interacción entre ellos y el resto de la sociedad, sobre la base de la reafirmación y vigencia de sus propias identidades y culturas (art. 33).

<sup>33</sup> Véanse las Constituciones de Panamá de 1972 (art. 90), de Perú de 1993 (arts. 88 y 89) y de Argentina de 1853-1994 (art. 75[17]).

<sup>34</sup> Véase la Constitución de Honduras de 1982 (art. 346).

reconocimiento de su organización social, usos, costumbres y tradiciones<sup>35</sup>. Con mayor razón aún, a dicha conclusión deberían conducir las normas constitucionales que remiten a las propias instituciones, normas, procedimientos o, directamente, a los ordenamientos normativos de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes<sup>36</sup>. Todo ello sin perjuicio de que algunos textos constitucionales se encarguen, asimismo, de puntualizar que dicho derecho consuetudinario será aplicable siempre que no sea contrario a la respectiva Constitución política, a las leyes de la República o a los Pactos, Convenios, Declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>37</sup>, y en particular que no vulnere la condición de las mujeres, niñas, niños y adolescentes<sup>38</sup>.

Más explícita resulta en esta materia la Ley reglamentaria del artículo 9 de la Constitución política del Estado mexicano de San Luis Potosí, sobre los derechos y la cultura indígena de 2003, cuando establece que este Estado reconoce la validez de los ordenamientos normativos internos de las comunidades indígenas en el ámbito de las relaciones familiares, siempre y cuando no contravengan la Constitución general de la República, la particular del Estado, ni vulneren los derechos humanos (art. 21). Lo mismo sucede con la Constitución del Estado de Chiapas de 2016, la cual dispone que este Estado promoverá y protegerá la organización y el desarrollo de la familia indígena, incorporando y reconociendo sus formas tradicionales de constituirla, siempre con respeto a los derechos humanos y a la protección de la dignidad de las mujeres y los menores de edad (art. 7<sup>12</sup>).

En sentido similar se expresan las diferentes Leyes de protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas (y, más recientemente, también de los afrodescendientes), comenzando incluso por aquellas elaboradas antes de la entrada en vigor del Convenio n.º 169 de la OIT en 1991 (o de su respectiva ratificación), cuando todavía regía una concepción más asimiliacionista de las poblaciones indígenas y tribales. Tal es el caso de la Ley brasileña n.º 6.001 de 1973<sup>39</sup>, en la que se dispone que se respetarán los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas (sin establecer ningún tipo de limitación, como en cambio hacen las legislaciones comparadas sucesivas) en las relaciones de familia, en el orden sucesorio, en el régimen de propiedad y en los actos o negocios que se realicen entre indígenas, salvo que opten por la aplicación del derecho común (art. 6).

<sup>35</sup> Véanse las Constituciones de Nicaragua de 1986 (art. 180), de Brasil de 1988 (art. 231), de Paraguay de 1992 (art. 63), de Guatemala de 1993 (art. 66) y de Venezuela de 1999 (art. 119).

<sup>36</sup> Véanse las Constituciones de Colombia de 1991 (art. 246), de México de 1917-1992-2001-2024 (art. 2), de Ecuador de 2008 (art. 57) y de Bolivia de 2009 (art. 30).

<sup>37</sup> Véanse, acerca de este particular, las citadas disposiciones de las Constituciones de Colombia, de Paraguay, de México y de Ecuador.

<sup>38</sup> Véase, nuevamente, la Constitución de Ecuador de 2008 (art. 57[10]).

<sup>39</sup> Sobre esta normativa se remite, en general, a I. MARINHO FALCÃO, *O estatuto do índio comentado*, Brasília, 1985, *passim* y A.V. NASCIMENTO ARAÚJO LEITÃO, *Direito de família e direito indígena. Uma abordagem da legislação brasileira*, Brasília, 1992, *passim*.

Además, la misma ley puntualiza que los nacimientos y defunciones, así como los matrimonios civiles de los indígenas no integrados, se inscribirán de acuerdo con la legislación común, pero teniendo en cuenta las peculiaridades de su condición en cuanto a la calificación del nombre, prenombre y filiación (art. 12), por lo que existirán libros apropiados, en los Registros Civiles competentes, para la inscripción de los nacimientos y defunciones de los indígenas, de la cesación de su incapacidad<sup>40</sup> y de los matrimonios contraídos según las costumbres tribales (art. 13). Los alcances y potencialidades de estas disposiciones nos parecen enormes, sobre todo si se lleva a cabo una relectura de ellas a la luz de la Constitución de 1988 y de los Tratados internacionales sobre derechos humanos referidas a los pueblos y comunidades indígenas (incluso a los efectos de armonizarlas con la tutela de los derechos humanos y fundamentales de sus miembros). Sin embargo, sus aplicaciones y desarrollos concretos han sido sorprendentemente escasos y limitados (véase, *v.gr.*, § II.3 en tema de poligamia).

Algunos aspectos de esta tipología familiar fueron afrontados también por la Ley chilena n.º 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas de 1993, la que dispone que para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil (para cuya acreditación bastará con la información testimonial de parientes o vecinos, o un informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena)<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Al respecto cabe señalar que el Código civil brasileño de 1916 – vigente a la época de sanción de la Ley n.º 6.001 y recién abrogado en 2003 – consideraba a los indígenas como incapaces relativos (art. 6[III]), motivo por el cual estaban sometidos al régimen de la tutela, establecido por leyes y reglamentos especiales, que iría cesando a medida que fueran adaptándose a la civilización del País (art. 6, párrafo único). Sobre el particular véase, nuevamente, A.V. NASCIMENTO ARAÚJO LEITÃO, *Direito de família e direito indígena* cit., 10, quien señalaba que en razón de estas últimas disposiciones, el reconocimiento de las estructuras familiares indígenas dispuesto por esta Ley quedaba condicionado a la «tutela orfanológica do Estado». El Código civil de 2002 – acorde con la nueva concepción más respetuosa de la diversidad étnica introducida por la Constitución de 1988 – suprimió dicha normativa sobre la incapacidad de los indígenas y remitió en todo lo concerniente a ellos a la legislación especial (art. 4, párrafo único), la que sin embargo sigue siendo fundamentalmente la Ley n.º 6.001.

<sup>41</sup> Con fundamento en dicha disposición la justicia chilena ha reconocido, *v.gr.*, el estado de hijo de una persona fallecida a favor de quien había recibido de esta el trato de ‘hijo de crianza’, en atención a que la costumbre de la etnia mapuche a la que ambos pertenecían admite la figura del ‘entonado’ (véase la sentencia del 2º Juz. Civ. de Temuco en la causa rol V-352-2023 del 8/03/2024). Sin embargo, con relación a los cónyuges, dicha normativa ha sido criticada, argumentándose que en ella se hace referencia periféricamente a los efectos jurídicos que pudieran tener las relaciones de hecho indígenas mediante la poco funcional figura de la ‘posesión notoria del estado civil’, en lugar de otorgar validez jurídica a los ritos matrimoniales propios de los pueblos indígenas en la Ley de matrimonio civil n.º 19.947 de 2004, como en cambio se ha hecho respecto a los celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público (art. 20).

Además, con relación al régimen patrimonial del matrimonio, esta misma ley establece que se entiende que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a su cónyuge, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por sólo uno de ellos (art. 4)<sup>42</sup>. Asimismo, se aclara que el Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público (art. 7), y que la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República (art. 54). También presta una particular atención al tipo de familia aquí analizado la Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas boliviana de 2005, la que dedica a ella el entero Capítulo I del Título V sobre los derechos sociales. Entre otras disposiciones de interés, esta ley establece que los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a constituir sus familias, atendiendo a los diferentes sistemas de parentesco correspondientes a su cultura (art. 105), y que a su vez dichas familias tienen derecho al respeto de su vida privada, honor e intimidad, todo ello atendiendo a sus propios usos y costumbres, pero siempre conforme a la ley (art. 106). Además, entre las normas que regulan los derechos civiles (más precisamente el de identificación), se garantiza a los integrantes de estos pueblos y comunidades el pleno derecho a inscribir en el Registro Civil sus nombres y apellidos de origen indígena (art. 62*i.f.*).

Una mención particular ameritan las Leyes de protección, fomento y desarrollo de los derechos y cultura de los pueblos y comunidades indígenas de diferentes Entidades federativas mexicanas<sup>43</sup>, en las que – con una cierta unifor-

Tal omisión configuraría, a parecer de algunos, un supuesto de discriminación racial con relación al derecho al matrimonio (que a nuestro juicio podría paragonarse al caso *Yaku Sacha Pérez Guartambel c. Ecuador* [véase § II.1]), como se afirma en el *Informe de la Sociedad Civil de Chile al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas con motivo del examen de los informes periódicos 15°, 16°, 17° y 18° del Estado de Chile (75° periodo de sesiones)*, Santiago de Chile, 2008, 91-93.

<sup>42</sup> De manera complementaria se exige que en las enajenaciones entre indígenas, el titular de la propiedad deberá contar con la autorización (establecida en el artículo 1749 del Código civil) de la mujer con la cual ha constituido familia, en caso de no existir matrimonio civil, so pena de nulidad del acto (art. 14). Así *v.gr.*, la jurisprudencia chilena declaró nula la venta de un inmueble llevada a cabo por el marido sin la autorización de la esposa – en un juicio entre indígenas mapuches –, considerando que esta solución estaba también avalada por sus usos y costumbres tradicionales (*az mapu*), para los cuales la enajenación en beneficio de terceros de bienes matrimoniales no es una decisión unilateral sino que requiere siempre el consentimiento del o la cónyuge cuando ello pueda lesionar su situación económica (véase la sentencia del Juz. de Letras y Garantía de Traiguén en la causa rol C-19461-2009 del 29/12/2011).

<sup>43</sup> Véanse, *v.gr.*, las Leyes de Oaxaca y de Quintana Roo de 1998, del Estado de México de 2002, de Nayarit de 2004, de Tlaxcala de 2006, de Durango de 2007, de Querétaro y de Tabasco de 2009, de Hidalgo, de Sonora y de Veracruz de 2010, de Guanajuato, de Guerrero (comprensiva, además, de los afroamericanos) y de Puebla de 2011, de Morelos y de Nuevo León de 2012 (comprensiva, también, de los afroamericanos), y de Colima y de San Luis Potosí de 2014.

midad – se reconoce: 1) la validez de sus propios ordenamientos normativos o normas internas en el ámbito de las relaciones familiares<sup>44</sup>; 2) la vigencia de las diversas formas de organización de las familias indígenas (y afroamericanas) o sus distintos sistemas familiares<sup>45</sup>; 3) la competencia de la jurisdicción especial indígena, ejercida por las correspondientes autoridades tradicionales comunitarias, para resolver las controversias que versen sobre cuestiones de familia<sup>46</sup> aplicando su propio derecho, siempre y cuando este no contravenga la Constitución política nacional y la estatal, ni vulnere los derechos humanos y de terceros<sup>47</sup>. Algunas de estas Leyes especifican además, con relación a las mujeres indígenas, que ellas tienen derecho a adquirir bienes por transmisión hereditaria o por cualquier otro medio legal<sup>48</sup>, a elegir libre y voluntariamente su pareja<sup>49</sup> y a no ser objeto de comercio o de convenios matrimoniales o de cualquier otra naturaleza análoga en los que se fije una contraprestación económica o en especie sin su voluntad expresa<sup>50</sup> (con la finalidad de erradicar, respectivamente, los matrimonios combinados y la modalidad más mercantilizada del denominado ‘pago del precio de la novia’<sup>51</sup>). Otras disposiciones se preocupan, en cambio, por desalentar ciertas prácticas vinculadas a los menores, al prohibir en modo contundente que ellos puedan contraer matrimonio<sup>52</sup> o al establecer que las autoridades deben procurar que el trabajo que desempeñen las niñas, niños y adolescentes en el seno familiar no sea excesivo, ni perjudique su salud o les impida continuar su educación<sup>53</sup>.

<sup>44</sup> Véanse, *v.gr.*, las Leyes de Oaxaca (arts. 28 y 29), de Quintana Roo (art. 14), del Estado de México (art. 25), de Querétaro (art. 16), de Tabasco (art. 15), de Hidalgo (art. 25), de Sonora (arts. 10 y 64), de Veracruz (art. 74), de Guerrero (art. 35), de Puebla (art. 14), de Morelos (arts. 29 y 55), de Nuevo León (art. 7) y de Colima (art. 4).

<sup>45</sup> Véanse, *v.gr.*, las Leyes de Oaxaca (art. 45), de Nayarit (art. 42), de Sonora (art. 10) y de Nuevo León (art. *6bis*, adicionado en 2020).

<sup>46</sup> Véanse, *v.gr.*, las Leyes de Oaxaca (art. 38[b]), de Sonora (art. 66[IV]), de Veracruz (arts. 90 y 93[I y II]), de Morelos (art. 57[IV]), de Colima (art. 35) y de San Luis Potosí (arts. 12, 21 y 24).

<sup>47</sup> Véanse, *v.gr.*, las Leyes de Oaxaca (art. 29), de Quintana Roo (art. 14), del Estado de México (art. 45), de Querétaro (art. 17), de Tabasco (art. 15), de Hidalgo (art. 25), de Sonora (arts. 10 y 64), de Veracruz (art. 74), de Guerrero (art. 37), de Puebla (art. 14), de Morelos (art. 55) y de Colima (arts. 4 y 35).

<sup>48</sup> Véanse, *v.gr.*, las Leyes del Estado de México (art. 73), de Nayarit (art. 44), de Durango (art. 43[I]), de Puebla (art. 22) y de Morelos (art. 97[I]).

<sup>49</sup> Véanse, *v.gr.*, las Leyes del Estado de México (art. 72), de Nayarit (art. 45), de Durango (art. 43[V]), de Guerrero (art. 64), de Puebla (art. 20) y de Morelos (art. 96).

<sup>50</sup> Véanse las Leyes de Morelos (art. 97[IV]) y de Guerrero (art. *65bis*, adicionado en 2018).

<sup>51</sup> Asimismo, cabe señalar que ambas figuras fueron tipificadas como delitos por la Ley general mexicana para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas de 2012 (art. 28). Véanse además, respectivamente, los §§ III.2.A y III.2.C.

<sup>52</sup> Véase, nuevamente, la Ley del Estado de Guerrero (art. *65bis*, adicionado en 2018) y, asimismo, el § III.2.B.

<sup>53</sup> Véanse, *v.gr.*, las Leyes de Tlaxcala (art. 40), de Durango (art. 45), de Tabasco (art. 63), de Hidalgo (art. 60), de Puebla (art. 51), de Morelos (art. 108) y de Nuevo León (art. 16).

### 3. Códigos civiles, Códigos de familia y legislación especial y complementaria

Menor ha sido, en cambio, la consideración – al menos por el momento – de esta tipología familiar por parte de los Códigos civiles y de familia de América Latina, no obstante ser estas las sedes naturales de regulación de todo lo concerniente a los modos de configuración de las relaciones familiares, al parentesco e, incluso, a la transmisión de derechos por causa de muerte. Sobre todo suscita cierta extrañeza constatar que si bien algunos ordenamientos latinoamericanos admiten que para celebrar un matrimonio válido pueda optarse por el rito civil o por el religioso (y en este último supuesto, no solo por el de la religión católica sino también por el de otras confesiones, como ser las evangélicas, la hebraica o, incluso, la islámica)<sup>54</sup>; no se reconozca, en cambio, la misma eficacia jurídica al matrimonio celebrado por los miembros de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes observando sus propios ritos sagrados y ancestrales (como si fuera una especie de *tertius genus*)<sup>55</sup>.

Esta omisión no sólo vulnera los derechos colectivos de estos pueblos y comunidades a su propia identidad cultural y autonomía, que como hemos visto están reconocidos de manera más o menos explícita en la casi totalidad de los ordenamientos nacionales latinoamericanos y en algunos instrumentos internacionales dedicados a ellos, sino que también afecta el derecho a la libertad religiosa y de creencia que se les reconoce particularmente a sus integrantes a nivel constitucional y convencional<sup>56</sup>. Además, de este modo se les discrimina en el goce del derecho al matrimonio por motivos raciales o étnicos y se les niega el ejercicio de los demás derechos a él asociados<sup>57</sup>, al quedar emplazadas *ope legis* las relaciones familiares constituidas observando los ritos tradicionales indígenas y afrodes-

<sup>54</sup> Véanse en este sentido, *v.gr.*, el Código civil guatemalteco de 1963 (arts. 92<sup>2</sup>, 101<sup>2</sup> y 102), el Código de familia costarricense de 1974 (art. 23), el Código civil colombiano (art. 115<sup>2</sup>, 146 y 147, adicionado y reformados – respectivamente – en 1992), el Código civil brasileño de 2002 (arts. 1515 y 1516), la Ley chilena n.º 19.947 de 2004 (art. 20) y las Leyes dominicanas n.º 198 de 2011 y n.º 4 de 2023 (arts. 43[5 y 6] y 156-170).

<sup>55</sup> Cabe recordar, al respecto, que ya el Cuarto Congreso Indigenista Interamericano (La Paz, 1959) había recomendado a los gobiernos de los Estados americanos equiparar al matrimonio civil, las uniones entre hombre y mujer indígenas efectuadas de acuerdo con sus ritos y costumbres particulares, con todos los derechos y beneficios inherentes a aquél, así como los deberes que lleva aparejados (Resolución n.º XXXVIII).

<sup>56</sup> Se trataría de un supuesto de inconstitucionalidad y de inconventionalidad por omisión. Sobre estas nociones se remite, en general, a G. ETO CRUZ, *Inconstitucionalidad por omisión e inconventionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antidotos para enfrentar estos males contemporáneos*, en *Justicia Electoral*, n.º 16, vol. 1, México, 2015, 305-343; quien ya se había pronunciado en este mismo sentido con referencia a la falta de regulación del matrimonio indígena (aunque limitando su análisis al derecho peruano) en *Derecho de familia en la Constitución y el nuevo Código civil*, Trujillo, 1989, 54 (con fundamento en la abrogada Constitución de 1979, pero cuyas conclusiones no deberían variar respecto de la vigente de 1993).

<sup>57</sup> Véase, una vez más, el caso *Yaku Sacha Pérez Guartambel c. Ecuador* cit., § 4.11.

cientemente en la categoría de las uniones de hecho, las que no obstante haber sido reguladas en los últimos años en forma bastante exhaustiva por muchos ordenamientos latinoamericanos, se les sigue reconociendo – por su propia naturaleza – menos derechos que a las uniones matrimoniales<sup>58</sup>.

Asimismo, cabe señalar al respecto que en distintos instrumentos y documentos internacionales se ha aconsejado a los gobiernos nacionales establecer la obligación de registrar los denominados matrimonios consuetudinarios (lo que supone el reconocimiento de su eficacia jurídica), no solo para dar certeza de su celebración (y poder optar así por las prestaciones sociales reservadas a los casados) sino también para prevenir las prácticas perjudiciales o nocivas relacionadas con ellos (como los matrimonios forzados o combinados y de menores de edad), al permitir que un oficial público pueda controlar el cumplimiento de los requisitos y prohibiciones impuestos para reorientarlas (como el consentimiento libre e informado de los contrayentes y la edad mínima para poder celebrarlos)<sup>59</sup>.

El único Código civil latinoamericano que contiene alguna referencia a la familia indígena es el peruano de 1984, aun cuando lo haga de manera un tanto austera, al limitarse tan solo a un aspecto vinculado con la celebración del matrimonio. Al respecto, se establece que el matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse en las comunidades campesinas y nativas (nombre con el que se designa en Perú – respectivamente – a los pueblos indígenas andinos y amazónicos) ante un comité especial constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la comunidad y bajo la presidencia de aquél que sea jerárquicamente más importante (art. 262). Estas comunidades se encuentran ubicadas generalmente en zonas remotas del país, por lo que el legislador ha eximido a sus habitantes de la obligación de tramitar y celebrar sus uniones matrimoniales en la municipalidad distrital a la que pertenecen, permitiéndoles en cambio hacerlo directamente en el lugar donde residen y ante el referido comité especial. La norma es bastante genérica y no entra en detalles sobre los requisitos y formalidades del acto matrimonial, los que según algunas interpretaciones correspondería que sean regulados en el estatuto de la respectiva comunidad, atendiendo a sus propias costumbres<sup>60</sup>. Sin embargo, cabe señalar que – teniendo en cuen-

<sup>58</sup> Sobre el particular se remite, entre otros, a L. CRUZ PONCE, *Organización familiar indígena*, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 7, 1988, 200 e ID., *Organización familiar indígena*, en AA.VV., *Aspectos nacionales e internacionales sobre derecho indígena*, México, 1991, 187.

<sup>59</sup> En este sentido se expresaba ya la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962 (art. 3); la Recomendación general n.º 21 (1994) del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de la ONU sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (§ 39); y más recientemente – *v.gr.* – el documento de la ONU, *Suplemento del Manual de legislación sobre violencia contra la mujer. “Prácticas perjudiciales” contra la mujer*, New York, 2011, 34 y 35.

<sup>60</sup> Véase, sobre este particular, J. ECHEANDÍA CEVALLOS, comentario al artículo 262, en AA.VV., *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*, II, Lima, 2003, 141-143, quien

ta lo indicado en la Exposición de motivos del Código – en esta disposición no se regularía la figura andina conocida por lo general en Perú con el nombre de *servinakuy*<sup>61</sup>, sea que se la considere asimilable directamente al matrimonio o que se la incluya entre las formas o etapas para perfeccionarlo (en cuyo caso se lo suele considerar por algunos como una especie de ‘matrimonio a prueba’)<sup>62</sup>.

Paradigmático resulta, en cambio, el caso de la legislación de Panamá, la cual ha sido modelo en el reconocimiento de las instituciones de los pueblos indígenas en diferentes áreas del derecho<sup>63</sup>. En lo que a nosotros aquí interesa, cabe señalar el Código de la familia de 1994, que reguló en modo detallado el matrimonio y el divorcio de los Gunas de la Comarca de San Blas (Gunayala), uno de los principales pueblos ancestrales que habitan el Itsmo<sup>64</sup>.

Este Código se ocupa de la institución matrimonial guna en la parte referida a los matrimonios especiales (junto a los matrimonios por poder, en inminente peligro de muerte, a bordo de una nave o aeronave y el de hecho), cuando en realidad hubiera sido más correcto que la regulara junto con el matrimonio civil y el religioso, pues como en estos últimos su característica más saliente está determinada por la autoridad interviniente y por las formalidades, ritos o prácticas que deben observarse al momento de su celebración (más que por el lugar del otorgamiento del acto u otras circunstancias particulares de tipo personal que recaen sobre los contrayentes). En este caso, la autoridad competente para celebrar el matrimonio es el Sáhila (art. 60), una especie de guía espiritual y autoridad local dentro de la sociedad guna, que funge incluso de orientador o consejero de los contrayentes. El mismo Código establece, además, que esta clase de matrimonio no tiene que cumplir las formalidades del matrimonio ordinario o común (es decir, el civil), ni exige que sean leídos los derechos y deberes de los cónyuges (art. 61), sino que su celebración se inicia con el desarrollo de las ritualidades tradicio-

considera que en estos casos no se puede exigir la observancia de las diligencias del artículo 248 del Código civil peruano (relativas a los impedimentos y prohibiciones matrimoniales), en atención a que el acto se celebrará atendiendo a las costumbres propias de la comunidad; lo que, sin embargo, no impedirá que el matrimonio así otorgado surta los mismos efectos que el celebrado ante el alcalde de una municipalidad (pero siempre que no se vulneren – a nuestro entender – los derechos humanos y fundamentales de los contrayentes).

<sup>61</sup> Véase, en este sentido, H. CORNEJO CHÁVEZ, *Exposición de motivos y comentarios al Proyecto del Libro de Derecho de familia*, en *Código civil. Exposición de motivos y comentarios*, compilado por D. REVOREDO MARSANO, IV, Lima, 2015<sup>2</sup>, 495.

<sup>62</sup> Sobre las diferentes posturas respecto de la naturaleza del *servinakuy* véase, entre otros, H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar peruano*, I, Lima, 1985, 82-88.

<sup>63</sup> Véase, en general, A. VALIENTE LÓPEZ, *I diritti dei popoli indigeni nella legislazione panamense*, en AA.VV., *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, coordinado por S. LANNI, Napoli, 2011, 337-361.

<sup>64</sup> El matrimonio de los Gunas de la Comarca de San Blas había sido regulado ya por la Ley n.º 25 de 1984, incorporada luego casi en su totalidad en el Código de la familia de 1994.

nales de la Comarca de San Blas en acto público<sup>65</sup>, y culmina con la comparecencia de los contrayentes ante el Sáhila y su secretario, el que extenderá la correspondiente acta matrimonial ante dos testigos mayores de edad (arts. 63 y 65)<sup>66</sup>. El funcionario encargado de la Dirección Comarcal del Registro Civil debe proceder inmediatamente a inscribir el acto en el libro de matrimonios (art. 66). El Sáhila es también la autoridad competente para conocer la disolución del matrimonio de los Gunas de la Comarca de San Blas (art. 753), lo que marca una diferencia importante con la regulación del matrimonio civil (e, incluso, con la del religioso) en donde la autoridad que lo celebra es distinta de la que lo disuelve.

Además de la Comarca guna de San Blas, luego de la entrada en vigor del Código de la familia, fueron creadas las Comarcas gunas de Madungandi, en 1996, y de Wargandi, en 2000, cuyas respectivas Cartas Orgánicas contienen algunas disposiciones sobre la familia y se colocan, incluso, en diálogo con dicho Código. La Carta Orgánica de la Comarca guna de Madungandi de 1998 dispone que los asuntos y controversias familiares son resueltos de conformidad con el Código de la familia, las costumbres y las tradiciones de cada comunidad, pero que en todo caso el primero tiene supremacía sobre las segundas (art. 55); que el Sáhila es la autoridad competente para celebrar el matrimonio (art. 56); que los matrimonios de esta otra Comarca guna podrán ser reconocidos civilmente e inscriptos, para lo cual se deberá comprobar la existencia de las referidas tradiciones y su celebración mediante una constancia escrita del mismo Sáhila (art. 57); y que las normas que regulan el matrimonio en la Comarca de San Blas serán aplicables en lo que fueren compatibles (art. 58). La Carta Orgánica de la Comarca Guna de Wargandi de 2008 no reguló el matrimonio, sino que en materia de familia solo estableció que el Sáhila de la comunidad evaluará, según las normas de la cul-

<sup>65</sup> Como describe el abogado guna A. VALIENTE LÓPEZ, *Institución del matrimonio y divorcio indígena*, en *Boletín de informaciones jurídicas*, 57, Ciudad de Panamá, 2017, 108-110, en la práctica los padres, sobre todo la madre de la novia, visita al Sáhila y le comunica que su hija se va a casar con el hijo de una determinada familia y que los padres de ambos están de acuerdo con la unión. El Sáhila informa a los comuneros y ellos son los encargados de organizar el acto o rito de la hamaca, la cual representa el cordón umbilical que une los seres humanos con la Naturaleza (Madre Tierra) y el Gran Espíritu (tan es así que cuando los Gunas fallecen son enterrados envueltos en una hamaca). Este rito sagrado comienza con los comuneros que buscan al hombre y lo llevan cargado por las calles de la comunidad a la casa de la familia de la mujer y lo acuestan en una hamaca boca arriba y luego buscan a la mujer y la acuestan encima del hombre también boca arriba, después los levantan y los vuelven a colocar en la hamaca del mismo modo varias veces. Esta fase culmina con el baño de la pareja vestida delante de los comuneros. Al día siguiente la nueva pareja asiste al Congreso local, para escuchar los consejos del Sáhila y también para registrar su matrimonio.

<sup>66</sup> Pero en realidad, como también observa A. VALIENTE LÓPEZ, *Institución del matrimonio y divorcio indígena* cit., 110, la función del Sáhila y del secretario es la de ser testigos y de constatar el acto o el rito sagrado de la hamaca que los comuneros practicaron conjuntamente con la pareja para unirla en matrimonio, motivo por el cual el artículo 64 del Código de la familia dispone que el matrimonio se considerará realizado con su celebración, previo cumplimiento de todos los ritos o ceremonias propios de las costumbres del pueblo Guna (sin más).

tura guna de Wargandi, la solución de los conflictos conyugales y familiares en la Comarca (art. 84) y que el domicilio de los cónyuges se regirá también por lo que disponga dicha tradición cultural (art. 85), siendo generalmente la residencia de la familia guna matrilocal (al vivir la pareja, al menos por un primer período, en la casa de los padres de la mujer).

Las Cartas Orgánicas comarcales de otros pueblos y comunidades indígenas de Panamá también dedican algunas disposiciones a la familia, confirmando así la tendencia panameña de regular esta tipología familiar – por lo común – en una normativa dedicada específicamente a un determinado pueblo o comunidad y no a los indígenas en general<sup>67</sup>.

Tal es lo que sucede con la Carta que organiza la Comarca Emberá-Wounaan, también de 1999, en la que se puntualiza que la familia de esta comunidad está integrada por los abuelos, el padre, la madre, los hijos y los nietos (art. 104), evidenciando de esta manera la importancia que para los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en general tiene la familia extensa o ampliada. Asimismo, se dispone que los asuntos domésticos relativos a la familia emberá-wounaan serán de competencia del respectivo Congreso Local, de acuerdo a las normas consuetudinarias tradicionales (art. 105), y que el matrimonio celebrado en conformidad con ellas<sup>68</sup> y con el Código de la familia surte todos los efectos legales del matrimonio civil; siendo el Cacique Regional el encargado de celebrarlo, de expedir el acta respectiva y de comunicarla a la autoridad del Registro Civil de la Comarca para su inscripción (arts. 108 y 109)<sup>69</sup>, como también es aquél a quien compete – como en el caso de los Gunas – disolver el vínculo matrimonial (art. 47[11]). Sin embargo, la unión de hecho de una familia emberá o wounaan mantenida durante cinco años consecutivos en condición de sigularidad y estabilidad surtirá todos los efectos del matrimonio civil, para cuyo reconocimiento el Cacique Regional deberá atender la

<sup>67</sup> El Código de la familia establece, además, que los otros grupos indígenas panameños (*v.gr.* los Gunas de Dagargunyala, el pueblo Bri-Bri y el pueblo Naso, así como los que cuentan con una Carta Orgánica comarcal pero que no regula el matrimonio) pueden solicitar el reconocimiento civil de los matrimonios que celebren conforme a sus respectivas tradiciones (comprobando la existencia de sus ritos matrimoniales ancestrales) ante el Órgano Ejecutivo (art. 67), más específicamente el Vice Ministerio de Asuntos Indígenas.

<sup>68</sup> Según nos informa A. VALIENTE LÓPEZ, *Institución del matrimonio y divorcio indígena* cit., 113, para la celebración del matrimonio emberá-wounaan no existe un rito sagrado equivalente al de la hamaca de los Gunas, sino que el hombre se transfiere directamente a la casa de la familia de la mujer. Anteriormente se practicaba el rito del ‘cateo’, consistente en que el hombre se introducía de noche en la tienda o en el cuarto de la muchacha, sin ser visto por los padres de ella ni por sus hermanos y de esta forma la familia y la comunidad llegaban a la conclusión de que la pareja se había unido.

<sup>69</sup> A diferencia del matrimonio guna, en donde los padres solo informan a la autoridad tradicional (Sáhila) sobre la celebración del matrimonio de sus hijos, la Carta Orgánica Emberá-Wounaan dispone que los padres o la pareja deben solicitar por escrito al Cacique Regional la celebración del matrimonio tradicional (art. 109).

respectiva solicitud y comunicarla a la instancia registral correspondiente (art. 111, en el que se desarrolla el art. 58 de la Constitución panameña sobre el denominado ‘matrimonio de hecho’). Por último, se precisa que el régimen tradicional de la familia emberá y wounaan en materia de nacimiento, adopción, herencia, maltrato de menores, separación y divorcio será regulado por el Congreso General por medio de la Dirección de Familia en estrecha relación con los Congresos Locales, de acuerdo a las costumbres tradicionales y al Código de la familia, garantizando los derechos propios del pueblo Emberá-Wounaan (art. 112).

Digna de nota es también la Carta Orgánica de la Comarca Ngöbe-Buglé, de 1999, que dispone – en sentido similar a la precedente – que la familia de este pueblo también se constituye sobre la existencia de la unión de varias personas y voluntarios, de un hombre con una mujer y demás vínculos consanguíneos y de afinidad, según su cultura, tradición y costumbres (art. 267). Asimismo, se aclara que el matrimonio ngöbe-buglé es fundamentalmente monogámico y que se prohíbe la celebración de uno de tipo poligámico (art. 274), pues no obstante practicarse la poligamia en este pueblo el legislador trata de erradicarla, pero admitiendo que por razones muy especiales ella puede ser tolerada en interés de los hijos habidos en una unión de este tipo y de la convivencia pacífica del polígamos con sus concubinas y viceversa (art. 269). Es por ello que seguidamente se puntualiza que todos los hijos de uniones monogámicas o poligámicas, en la Comarca Ngöbe-Buglé, gozan de iguales derechos ante los padres (art. 272)<sup>70</sup>. Además, se aclara que el matrimonio de esta otra Comarca se concerta mediante el *Koba*, un acuerdo de voluntades entre los padres de la pareja para establecer los vínculos familiares. De esta manera, los jóvenes de sexo opuesto que deseen unirse en matrimonio con carácter estable y permanente tienen el deber de anunciar sus voluntades a los respectivos padres (art. 270), quienes están obligados a entablar conversaciones y coordinar los requisitos apropiados para asegurar el bienestar del nuevo matrimonio (art. 271), el que por costumbre reside – al menos por un período – en la casa de los padres del varón (residencia virilocal). Una vez que se perfecciona el *Koba*, los contrayentes formalizan el matrimonio ante el Jefe Inmediato de la Comarca Ngöbe-Buglé (art. 273<sup>1</sup>)<sup>71</sup>, el que debe otorgar el acta matrimonial y enviarla al funcionario de la Dirección Comarcal del Registro Civil para su inscripción (art. 275). Esta normativa culmina diciendo que todo lo relacionado con la familia y con el matrimonio del pueblo Ngöbe-Buglé, que no se encuentre en la Carta Orgánica, se regirá por las disposiciones del Código

<sup>70</sup> Este reconocimiento de algunos efectos a las uniones poligámicas – a pesar de que se las desaliente – guarda cierta analogía con lo dispuesto por la Corte IDH en el caso *Aloeboetoe y otros c. Surinam. Reparación* (véase *supra* nt. 22).

<sup>71</sup> La celebración se inicia con el desarrollo de las actividades ante las autoridades tradicionales de la Comarca, en actos públicos, con la presencia de los contrayentes y con dos testigos mayores de edad, y el matrimonio se considera realizado con el cumplimiento de todos los ritos ceremoniales de la cultura ngöbe-buglé (art. 273<sup>2</sup>).

de la familia de Panamá y la Ley n.º 27 de 1995 sobre violencia intrafamiliar y maltrato de menores (art. 277)<sup>72</sup>.

Completamos esta reseña con otros dos Códigos de familia latinoamericanos que reconocen, en modo más ‘minimalista’, a la familia indígena y afrodescendiente. El primero de ellos es el Código de las familias boliviano de 2014, en el que sólo se establece al respecto que las formalidades de la celebración del matrimonio podrán articularse a otros ritos, usos y costumbres, observándose que esta celebración cumpla su finalidad (art. 157[II]). Consideramos que de esta manera se admite expresamente que los miembros de los pueblos y comunidades indígenas y afrobolivianos puedan recurrir para contraer matrimonio a sus propios ritos ancestrales (en sentido similar, pero de manera más clara, a cuanto previsto por el art. 262 del Código civil peruano)<sup>73</sup>. El otro es el Código de familia nicaragüense, también de 2014, que en materia de autoridades en asuntos de familia prevé que con relación a los pueblos originarios y afrodescendientes, las autoridades territoriales y comunales también serán competentes y se regirán de acuerdo a su respectivo derecho consuetudinario y que, además, dispone que se reconoce y se respeta la vida y la estructura comunitaria de dichos pueblos, sustentados en la práctica de la solidaridad y complementariedad de sus familias y autoridades, en armonía con la Madre Tierra y dentro del paradigma del buen vivir (arts. 4<sup>4y5</sup> y 62). Asimismo, se establece que estos pueblos y comunidades tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia y que el Estado reconoce, respeta y protege las distintas formas de familia originaria y afrodescendiente (en particular la familia extensa o ampliada) y el derecho de ellas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijas e hijos, en observancia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (art. 37). En sentido concordante se reconocen y protegen las distintas formas de parentesco, filiación, descendencia y de nombre familiar de acuerdo a las parti-

<sup>72</sup> Adherimos a la opinión de A. VALIENTE LÓPEZ, *Institución del matrimonio y divorcio indígena* cit., 116, quien critica esta disposición por considerar que tratándose del régimen especial de una Comarca indígena, todo lo referente a la familia tendría que ser regido *in primis* de acuerdo a las normas tradicionales y solo en su defecto deberían aplicarse las leyes nacionales (como sucede en el caso del matrimonio guna de la Comarca de San Blas).

<sup>73</sup> El Código de familia boliviano de 1972 había reconocido expresamente la institución matrimonial ancestral del *tantanacu* o *servinacu*, para cuya regulación se debían tener en cuenta los usos y hábitos locales o regionales siempre que no fueran contrarios a la organización esencial de la familia y no afectaran al orden público y a las buenas costumbres (art. 160). Sin embargo, al haberse previsto esta institución bajo el título ‘Formas prematrimoniales indígenas y otras uniones de hecho’ no se la reputaba un verdadero matrimonio o una de las formas para celebrarlo, como en cambio permitiría – a nuestro entender – la norma vigente y como – en la realidad social – se la considera por muchos pueblos y comunidades indígenas andinos (véase *supra* nt. 62).

cularidades culturales de cada pueblo originario y afrodescendiente, en la medida que respeten la equidad de género y generacional (art. 39)<sup>74</sup>.

Además, consideramos que merece una atención particular la legislación complementaria referida a las niñas, niños y adolescentes, así como al nombre de las personas en general, las que en algunos casos contienen disposiciones aplicables especialmente a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en las que se trata de preservar las tradiciones y costumbres de la familia a la que pertenecen y proteger el derecho a la propia identidad (tanto individual como colectiva).

Con relación a las normativas sobre protección de la niñez y adolescencia (algunas de las cuales han recibido la designación de Códigos) pueden considerarse – en un primer grupo – la Ley nicaragüense n.º 287 de 1998 (art. 8), la Ley ecuatoriana n.º 100 de 2003 (art. 7) y el Decreto guatemalteco n.º 27 de 2003 (art. 10<sup>2</sup>), que se limitan a reconocer a las niñas, niños y adolescentes indígenas y afrodescendientes el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales (siempre que no conculquen sus derechos, no sean contrarias al orden público y al respeto debido a la dignidad humana)<sup>75</sup>. Otras, entre las que pueden citarse (además de la referida Ley ecuatoriana, art. 153[9]) la Ley colombiana n.º 1.098 de 2006 (art. 59, parágrafo, y 70)<sup>76</sup> y la Ley brasileña n.º 8.069 de 1990 (art. 28[6.I y II], incisos adicionados en 2009), se preocupan además por establecer que en caso de acogimiento en una familia sustituta (mediante guarda, tutela o adopción) de una niña, niño o adolescente indígena o afrodescendiente deberá tenerse en cuenta y respetarse su identidad cultural, costumbres y tradiciones, así como sus instituciones (salvo que sean incompatibles con los derechos fundamentales) y que dicho acogimiento familiar tenga que realizarse prioritariamente dentro de su comunidad o con miembros de su misma etnia<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Sobre el tema, véase E.R. RODRÍGUEZ ALVERENGA, *Sistemas matrimoniales vigentes en Honduras, El Salvador y Nicaragua*, en *Derecho y Religión*, 19, 2024, 127 y 128.

<sup>75</sup> De manera menos explícita se expresan la Ley orgánica para la protección de los niños, niñas y adolescentes venezolana de 2007 (art. 36), el Decreto hondureño n.º 73 de 1996 (art. 31-B, adicionado en 2013) y la Ley chilena n.º 21.430 de 2022 (art. 26<sup>o</sup>), al disponer que los menores indígenas y afrodescendientes tienen derecho a tener su propia vida cultural.

<sup>76</sup> La Ley colombiana dispone además, respecto de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, que la capacidad para el ejercicio de derechos (art. 3, parágrafo 2) y las obligaciones de la familia (art. 39, parágrafo) se rigen y establecen de acuerdo a sus propios ordenamientos normativos tradicionales, siempre que no sean contrarios a la Constitución política, la ley y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

<sup>77</sup> Un precepto similar contiene también el Código de familia hondureño de 1984, según el cual tratándose de niñas y niños indígenas y afrodescendientes se deberá preferir para su adopción a personas que sean parte de su comunidad, respetándose los usos y costumbres de su identidad siempre que no perjudiquen el interés superior del menor (art. 122A, adicionado en 2013).

En lo que respecta al nombre, uno de los aspectos más trascendentes del parentesco<sup>78</sup>, cabe señalar el Decreto venezolano n.º 2.686 de 2003, reglamentario de la Ley orgánica de indentificación de los indígenas, que les reconoce el derecho a mantener su identidad étnica y cultural y a la autodeterminación individual y colectiva (art. 2), y en consecuencia establece que en el asentamiento de actas de Registro Civil las autoridades competentes deben respetar los nombres, apellidos y toponimias indígenas y que en ningún caso pueden modificarlos, alterarlos o cambiarlos (art. 7); la Ley panameña n.º 31 de 2006, que regula el registro de los hechos vitales y demás actos jurídicos relacionados con el estado civil de las personas, en la que se prevé que las personas de etnias indígenas de la República de Panamá pueden inscribir a sus hijos con los nombres propios de sus respectivos idiomas (art. 44), o la Ley orgánica de gestión de la identidad y datos civiles de Ecuador de 2016 que dispone que se pueden asignar nombres cuyo uso corresponda a las costumbres tradicionales, respetando los principios de interculturalidad y plurinacionalidad (art. 36<sup>2</sup>)<sup>79</sup>. De particular interés resulta en esta materia la Circular n.º 276 de 2014 (y sucesivas), emitida por la Dirección Nacional de Registro Civil colombiana, a partir de la cual se dispuso que al momento de realizar la inscripción en el Registro Civil de una persona que pertenece a un pueblo o comunidad indígena, los apellidos irán conforme a sus costumbres y se respetará la línea matrilineal<sup>80</sup> o patrilineal propia de cada etnia, tomando como documento antecedente la certificación emitida por la autoridad tradicional<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Cabe recordar que el Comité de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño de 1989, en su Observación general n.º 11 (2009) sobre los derechos de los niños indígenas, ha señalado que teniendo en cuenta los artículos 8 y 30 de la Convención, los Estados partes deberían promulgar disposiciones legislativas nacionales que den a los padres indígenas la posibilidad de elegir el nombre para sus hijos de acuerdo con sus tradiciones culturales, con la finalidad de permitirles preservar su propia identidad (§ 44).

<sup>79</sup> Con fundamento en esta disposición y en lo dispuesto por el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, la Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia n.º 1203-21-PJ/24 del 12/12/2024, ha considerado que la negativa del Registro Civil de inscribir a una niña perteneciente al pueblo Awá con el nombre indígena elegido por sus progenitores (*Sisa Mayumi*, que significa 'Flor' y 'Fuerza'), por considerarlo de difícil escritura y pronunciación, constituye una vulneración del derecho a la identidad individual, como sujeto (art. 66[28] de la Constitución), y a la identidad cultural, en cuanto miembro de su comunidad (art. 21 de la Constitución). En verdad la ya referida Ley ecuatoriana n.º 100 de 2003 (Código de la niñez y adolescencia) había previsto la misma solución (art. 36<sup>5</sup>).

<sup>80</sup> Así *v.gr.*, en Colombia, el pueblo Wayúu de la Guajira se rige por un sistema de parentesco matrilineal, por lo que las hijas e hijos deberían llevar exclusivamente el apellido de la madre (véase, entre otros, V. Gutiérrez de PINEDA, *Organización social en la Guajira. Estudio etnográfico*, Bogotá, 1950, 22 y 97, y, un poco más cercano en el tiempo, A. CHAVES MENDOZA, *La familia indígena en el Chocó y la Guajira*, en *Universitas Humanística*, vol. 14, n.º 23, 1985, 34).

<sup>81</sup> Una solución análoga había sido propuesta ya para el derecho brasileño por I. MARINHO FALCÃO, *O estatuto do índio comentado* cit., 42, mediante la interpretación del artículo 12 de la Ley n.º 6.001 de 1973 y, de manera expresa, por la Ley chilena n.º 19.253 de 1993, la cual impuso al Re-

Por último, dedicaremos algunas consideraciones a la legislación especial que refiere a la poligamia, practicada por algunos pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes de América Latina. Al respecto, además de la ya mencionada referencia incidental que a dicha práctica hace la Carta Orgánica de la Comarca Ngöbe-Buglé de Panamá, es digna de ser destacada la Instrucción Normativa PRES/INSS n.º 128 de 2022 del Instituto Nacional de Seguridad Social de Brasil (INSS), en la que se establecen las reglas, procedimientos y rutinas necesarios para la aplicación efectiva de las normas de derecho previsional (art. 178[5]). Según esta normativa, a efectos del otorgamiento de los beneficios de la seguridad social (pensión por fallecimiento y el pago de los salarios del Fondo de Garantía de Tiempo de Servicio), se reconoce la unión estable entre un asegurado o una asegurada indígena y más de una pareja en régimen de poligamia o de poliandria, debidamente comprobada por la Fundación Nacional del Indígena (FUNAI). Dicha disposición ha sido precedida por el Memorando Circular Conjunto n.º 16/DIRBEN/PFE/INSS de 2016 en el que se permitió el prorrateo de la pensión por defunción entre las parejas de un asegurado indígena que viviera en poligamia (o poliandria, en el supuesto de tratarse de una asegurada indígena)<sup>82</sup>. Esta regulación, que es el resultado de la aplicación del paradigma constitucional ‘multiétnico’ y ‘pluricultural’ (art. 231 de la Constitución brasileña), estaría reconociendo una cierta eficacia jurídica a las relaciones poligámicas (aunque limitada, en este otro caso, al ámbito de la seguridad social) con referencia a aquellos pueblos y comunidades indígenas cuyos propios ordenamientos normativos las admiten (como en alguna medida había ya hecho la Corte IDH en la causa *Aloeboetoe y otros c. Surinam* respecto de una comunidad afrodescendiente)<sup>83</sup>. En honor a la verdad la referida solución

gistro Civil la obligación de anotar los nombres y apellidos de las niñas y niños indígenas en la forma como lo expresen sus padres y con las normas de transcripción fonética que ellos indiquen (art. 28[e]).

Asimismo, cabe señalar que el Código civil y comercial argentino de 2014, recodificando la Ley n.º 18.248 de 1969 (art. 3bis, adicionado en 1984), admite la posibilidad de inscribir nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas o latinoamericanas (art. 63[c]). En sentido similar dispone el Código civil federal mexicano, según el cual – en todos los casos que se requiera – el juez del Registro Civil está obligado a registrar en el acta de nacimiento el nombre solicitado, con estricto apego a las formas orales, funcionales y simbólicas de comunicación pertenecientes a las lenguas indígenas (art. 58<sup>4</sup>, párrafo adicionado en 2018). Un reconocimiento más genérico hace también – como hemos visto – el Código de familia nicaragüense (art. 39).

<sup>82</sup> Toda esta normativa tiene como antecedente un caso resuelto en 2005 por el Juzgado Federal Especial de la Sección Judicial del Estado de Amapá, con motivo de la Acción Civil Pública n.º 2004.31.00.700374-6 promovida por el Ministerio Público Federal a petición de la FUNAI contra el INSS, en el que se reconoció, a favor de las tres viudas de un trabajador indígena integrante del pueblo Waiápi (que practica la poliginia), el derecho de percibir a prorrata la pensión por su fallecimiento y los saldos del Fondo de Garantía de Tiempo de Servicio (véase M. BARBOSA MAIA, *Poligamia indígena e pensão por morte*, en *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, año 19, n.º 1, 2007, 29-35).

<sup>83</sup> Véase, sobre este particular, R. GAIOTTI SILVA, *Sistema matrimonial y familiar en Brasil*, en *Derecho y Religión*, 19, 2024, 314 y 315.

ya estaba permitida por la citada Ley n.º 6.001 de 1973 (véase § II.2) al disponer que el régimen general de la Seguridad Social se extiende a los indígenas, teniendo en cuenta las condiciones sociales, económicas y culturales de sus comunidades (art. 55), es decir, de acuerdo a sus usos y costumbres<sup>84</sup>.

### III. *Desafíos de la familia indígena y afrodescendiente*

#### 1. *Necesidad de armonizar los derechos colectivos indígenas y afrodescendientes con los derechos humanos y fundamentales individuales*

Como hemos ya anticipado y como se desprende de la legislación recién analizada, los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes a su autonomía, y al consiguiente respeto y aplicación de sus propios ordenamientos normativos y de su jurisdicción especial, tienen que ser armonizados<sup>85</sup> con los derechos humanos y fundamentales individuales de sus integrantes y/o de terceros, todos ellos reconocidos por los Tratados internacionales y por las Constituciones políticas en vigor en América Latina<sup>86</sup>; lo que sin embargo ha sido cuestionado por algunos autores, por considerar que de esta manera se estaría perpetuando el enfoque asimilacionista, monocultural y colonialista al que tradicionalmente han sido sometidos los ordenamientos normativos de dichos pueblos y comunidades<sup>87</sup>.

En honor a la verdad, cabe señalar que el reconocimiento de la autonomía política a los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes no implica que ella deba ser entendida como una independencia absoluta respecto de los

<sup>84</sup> Como observan F. SOUZA ARAUJO – A.C. ZEMA DE RESENDE, *Pensão por morte e poligamia indígena: redistribuição ou reconhecimento?*, en AA.VV., *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas*, coordinado por A. VORONESE – J.F. VIDAL DE SOURA – V. TEIXEIRA MARQUES, Florianópolis, 2015, 448.

<sup>85</sup> De ‘armonización’ hablan expresamente, *v.gr.*, las Leyes de protección de los derechos y cultura indígena (y afrodescendiente) de los Estados mexicanos de Guerrero (art. 37) y de Morelos (art. 94). Lo mismo hacen – *v.gr.* – las sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-201/2016 (§ 3.2) y T-109/2019 (§ D.11).

<sup>86</sup> Como también hemos adelantado, en el Derecho indiano la persistencia de los usos, costumbres e instituciones indígenas estaba supeditada a que no se contrapusieran a los principios del orden cristiano y a la supremacía de la ley castellana o española (véase § I). Como consecuencia de ello se consideraban ilegítimos – en lo que aquí nos interesa – los matrimonios combinados, la poligamia y la venta de las hijas para contraer matrimonio (véanse, respectivamente, la Recopilación de las Leyes de Indias 6,1,2; 6,1,5 y 6,1,6). Sobre este particular se remite, nuevamente, a M.A. GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *El elemento indígena en la formación del Derecho indicano* cit., 440-444.

<sup>87</sup> Véanse al respecto, entre otros, O. ARGÓN ANDRADE, *Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 118, México, 2007, 16-26; C.G. CARMONA CALDERA, *Pueblos indígenas y la tolerancia occidental: los derechos humanos como forma sublimada de asimilación*, en *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, vol. 8, n.º 23, 2009, 301-321, y M.Á. LEÓN ORTIZ, *Descolonización de los derechos de los pueblos originarios en México: ¿hacia dónde vamos?*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 21, n.º 40, 2025, 301-329.

Estados nacionales en los que se encuentran asentados, toda vez que su derecho a autogobernarse y a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su propio territorio no tiene por finalidad quebrantar o menoscabar la unidad política o la integridad territorial estatal (de lo contrario se los habría directamente emancipado)<sup>88</sup>. Por consecuencia, tampoco dicha autonomía y los otros derechos que de ella dimanar poseen un carácter absoluto, ya que como sucede con la casi totalidad de los derechos fundamentales (tanto colectivos como individuales), todos ellos deben, no solo ser objeto de un ejercicio no abusivo o antifuncional, sino también coordinarse entre sí y con los demás principios fundantes del Estado constitucional y social de Derecho; tales como la dignidad humana y sus derivaciones (*v.gr.* la libertad, la autonomía personal o la igualdad y no discriminación), el mismo pluralismo e, incluso, la protección de las minorías (o mejor dicho, de las denominadas ‘minorías dentro de las minorías’<sup>89</sup>, como *v.gr.* podría suceder en el tema que nos ocupa con las mujeres, niñas y adolescentes)<sup>90</sup>.

De lo anterior se deriva que la autonomía política y jurídica reconocida a los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes presupone la coexistencia de dos categorías de normatividades, una común y general y otras particulares y singulares (las que responden a las cosmovisiones y especificidades de cada grupo étnico), pero con la peculiaridad de que ambos tipos de ordenamientos están sujetos a los principios de supremacía constitucional y convencional consagrados – de manera más o menos explícita – por las Constituciones políticas de América Latina y las decisiones de la Corte IDH. Esto significa que *in abstracto* también las prácticas, usos y costumbres tradicionales se tendrían que arreglar al ‘núcleo duro’ de los derechos humanos y fundamentales (*in primis* el derecho a la vida y a la integridad personal, la prohibición de la tortura y de la esclavitud, así como la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas), los que deben mantenerse a salvo de determinaciones arbitrarias que lesionen gravemen-

<sup>88</sup> En este sentido véase *supra* nt. 4*i.f.* y, *v.gr.*, la sentencia T-107/2019 (§ D.10) de la Corte Constitucional colombiana.

<sup>89</sup> A las que refiere N. TORBISCO CASALS, *Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos*, en AA.VV., *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, coordinado por L.L. HERRERO, Madrid, 2014, 122-124.

<sup>90</sup> Esto es válido para los pueblos y comunidades ya integrados a la sociedad nacional mayoritaria, no para aquellos (o segmento de ellos) que viven en estado de aislamiento voluntario y contacto inicial, con relación a los cuales se debe respetar el principio de no contacto como parte del derecho colectivo a la autodeterminación, por lo que se haría imposible juzgar sus prácticas familiares. A esta particular categoría de pueblos y comunidades indígenas ya hacen referencia expresa la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (art. XXVI), las Constituciones de Ecuador, (art. 57[21<sup>2</sup>]) y de Bolivia (art. 30); así como la Ley brasileña n.º 6.001 de 1973 (art. 4) y, más específicamente, la Ley peruana n.º 28.736 de 2006 para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y de contacto inicial (véase, sobre este tema, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, Washington, 2013, 17-35).

te la dignidad humana (no solo por parte de las autoridades estatales sino también de las tradicionales), por constituir aquellos el piso mínimo obligatorio de convivencia social<sup>91</sup>.

Ahora bien, las tensiones que *in concreto* puedan surgir entre los derechos colectivos de un determinado pueblo o comunidad indígena o afrodescendiente y los derechos individuales de quienes forman parte de él o de ella no siempre tienen la posibilidad de ser dirimidas mediante la aplicación del criterio jerárquico, pues en la mayoría de los casos ambas categorías de derechos presentan igual rango constitucional y convencional. (Algo similar sucede con los otros dos criterios tradicionales de resolución de las antinomias, como el cronológico o el de especialidad.) Es por ello que al no existir en principio ninguna directriz general para resolver *a priori* este tipo de conflictos, su solución debe ensayarse caso por caso a la luz de sus particularidades y de las peculiaridades del pueblo o comunidad de que se trate mediante un ‘diálogo intercultural de las fuentes’ (lo que daría lugar a la complementariedad de los referidos derechos y/u ordenamientos y no a su contradicción). Esto implica una tarea ardua de interpretación destinada a armonizar los usos y costumbres, las leyes, la Constitución y los Tratados internacionales de derechos humanos con base en un ‘juicio de ponderación de principios’<sup>92</sup>. Todo ello, con la finalidad de coordinar ambas categorías de derechos y/u ordenamientos buscando un punto de equilibrio óptimo entre lo que se da a unos y se saca a otros, de modo que no se excluyan entre sí sino que todos ellos alcancen la mayor satisfacción posible conservando su propia entidad<sup>93</sup>.

En efecto, para esta labor de armonización es aconsejable adoptar una posición intermedia acerca de los derechos humanos, es decir que no se incline por un universalismo extremo pero que tampoco se opte por un relativismo cultural incondicional<sup>94</sup>, sino que se trate de llevar a cabo una contemporización de ambas posturas con base en la interculturalidad<sup>95</sup>. Así, *v.gr.*, si bien el denominado ‘prin-

<sup>91</sup> En este sentido se ha expresado la Corte Constitucional colombiana, *v.gr.*, en las sentencias T-254/1994 (§ 14: Fundamentos jurídicos), T-349/1996 (§ II.2.3), SU-510/1998 (§ 50), T-601/2011 (§ II.3), C-463/2014 (§ VI.12), T-201/2016 cit. y T-107/2019 cit.; en las que se ha desarrollado una interesante doctrina sobre el contenido y alcance de la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, que en principio compartimos, aun cuando ella se haya concentrado – por ahora – principalmente en materia de sanciones corporales, derecho de defensa y proselitismo religioso (pero cuyos postulados podrían extenderse también a algunos aspectos del derecho de familia).

<sup>92</sup> A la herramienta del ‘juicio de ponderación de principios’ remiten también, *v.gr.*, las ya citadas sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-349/1996 (§ II.2.2), SU-510/1998 (§ 4: Fundamentos), T-601/2011 cit., C-463/2014 cit., T-201/2016 cit. y T-107/2019 (§ D.11).

<sup>93</sup> Sobre el tema véase, en general, R.L. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe-Buenos Aires, 2008, 252-259.

<sup>94</sup> Acerca de este otro argumento se remite, en general, a N. SAGÜES, *Derechos humanos: universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución*, en Iura. *Revista Jurídica*, 2012.3, 30 y 31.

<sup>95</sup> Al respecto se presenta como paradigmática la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional ecuatoriana de 2009, cuando dispone que la Corte Constitucional debe-

cipio de maximización de la autonomía' (en virtud del cual se pretende disminuir sus restricciones para evitar que ella se torne ilusoria) operaría en el juicio de ponderación como un factor que aumenta *prima facie* el peso de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, dicho principio se ve contrabalanceado en ciertos casos por el 'principio protectorio' (por el que se tendría que dar prioridad a la tutela de los miembros vulnerables de dichos pueblos y comunidades), reforzado a menudo por la perspectiva de género (al tomar en consideración especialmente la condición de mayor debilidad de las mujeres, niñas y adolescentes)<sup>96</sup>. De ello se deduce que en caso de duda se debería optar por la solución que favorezca la autonomía personal y la libertad<sup>97</sup>, sobre todo cuando estén en juego exigencias mínimas de dignidad de la persona humana y se constate una situación estructural de 'discriminación dentro de otra discriminación' (como, *v.gr.*, la de pertenecer a un grupo étnico y, además, ser mujer).

En lo que respecta más estrictamente a las estructuras familiares de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, corresponde señalar que si bien – como hemos visto – ellas difieren de los modelos de familia regulados por las legislaciones estatales con alcance general, en sus aspectos sustanciales la mayoría de ellas se conformarían con los dictados de las Constituciones políticas y de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos. De hecho, aun cuando en esta materia no siempre resulte fácil e, incluso, conveniente generalizar, en algunos estudios antropológicos<sup>98</sup> se ha intentado identificar ciertos rasgos diferenciales recurrentes que caracterizarían a esta otra tipología familiar, a saber: 1) la residencia inicial de la pareja con alguno de sus respectivos núcleos familiares de origen (con preferencia virilocal) y, de ahí, la existencia de un alto índice de familias extensas o ampliadas; 2) la presencia de casas contiguas encabezadas, de manera preponderante, aunque no exclusiva, por varones emparen-

ría asumir la realidad intercultural, nutrirse de la voluntad de encontrar alternativas de ensamble, y evitar soluciones rígidas, etnocéntricas y monoculturales (art. 66.1).

<sup>96</sup> Como hemos visto, este principio protectorio y la perspectiva de género están previstos expresamente por los Tratados internacionales sobre derechos humanos, las Constituciones políticas y las normas infraconstitucionales que regulan cuestiones vinculadas a la familia indígena y afrodescendiente (véase § II).

<sup>97</sup> Véase, nuevamente, R.L. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho* cit., 262-270.

<sup>98</sup> Véanse, entre otros, AA.VV., *Parentesco y matrimonio en los Andes*, editado por E. MAYER – R. BOLTON, Lima, 1980, *passim*; J.M. OSSIO ACUÑA, *Parentesco, reciprocidad y jerarquía en los Andes*, Lima, 1992, *passim*; AA.VV., *Antropología do parentesco. Estudos ameríndios*, coordinado por E. VIVEIROS DE CASTRO, Río de Janeiro, 1995, *passim*; D. ROBICHAUX, *El sistema familiar mesoamericano: vestigio de una civilización negada*, en AA.VV., *Antropología sociocultural en el México del milenio. Búsquedas, encuentros y transiciones*, coordinado por G. DE LA PEÑA – L. VÁZQUEZ LEÓN, México, 2002, 107-161 e ID., *Sistemas familiares en culturas subalternas de América Latina: una propuesta conceptual y un bosquejo preliminar*, en AA.VV., *Familia y diversidad en América Latina. Estudios de casos*, coordinado por D. ROBICHAUX, Buenos Aires, 2007, 27-75.

tados por el lazo patrilineal (a causa de la referida residencia virilocal inicial y sus secuelas); 3) la unión entre hombre y mujer es una necesidad social más que una opción, pues con ella se alcanza la madurez y sobre todo la aptitud para participar en el contexto político-social del respectivo pueblo o comunidad, por lo que el índice de soltería (incluso en caso de viudez) es particularmente reducido (ya que ella es por lo general mal vista); 4) el matrimonio, en cuanto institución constitutiva de las estructuras familiares, no se agota en un único acto sino que se estructura más bien como un ‘proceso’ integrado por diferentes etapas (período de conocimiento inicial, de convivencia y de formalización civil o religiosa) y del que participan tanto los esposos como sus familias e, incluso, toda la colectividad; 5) el predominio de situaciones de endogamia, esto es, la unión entre personas del mismo pueblo o comunidad, lo que puede dar lugar a una elevada probabilidad de matrimonios consanguíneos, sobre todo entre primos de diversa proximidad; 6) un régimen patrimonial del matrimonio cuyo principio rector es la independencia económica de los cónyuges, de tal manera que cada uno de ellos es dueño de sus propios bienes durante la vigencia de la relación y en caso de conflicto volverán a la casa paterna con sus correspondientes pertenencias; 7) la absoluta igualdad de los hijos, sean estos matrimoniales o extramatrimoniales; 8) el reconocimiento, al lado del parentesco consanguíneo y por afinidad, del denominado parentesco ‘ritual’ o ‘espiritual’ originado en el sincretismo cultural y representado por instituciones como el ‘compadrazgo’ y el ‘padrinazgo’, en virtud de las cuales un tercero asume una serie de derechos, obligaciones e impedimentos en las relaciones tanto respecto de una pareja de cónyuges como de sus descendientes<sup>99</sup>; 9) el papel especial asignado al ultimogénito en el cuidado de sus padres ancianos y, como reconocimiento, su preferencia en la herencia de la casa paterna (además de la parte que le corresponda en la sucesión)<sup>100</sup>; etc.

Pero también persisten en ciertos pueblos y comunidades algunos indicadores de dudosa legitimidad y que difícilmente superarían el juicio de ponderación, como ser: 10) los matrimonios forzados o combinados, es decir contraídos sin el libre y pleno consentimiento de una o de ambas partes; 11) los matrimonios de menores de edad, esto es contraídos por quien no haya cumplido aún los 18 años; 12) el denominado ‘pago del precio de la novia’; 13) la poligamia; 14) una cierta

<sup>99</sup> Sobre este tercer tipo de parentesco, se remite a los diferentes trabajos publicados en el volumen dedicado al tema en la revista del Instituto Indigenista Interamericano: *América Indígena*, 44.2, México, 1984.

<sup>100</sup> Se trata de una característica que podría servir de modelo para la reforma del derecho sucesorio regulado por la legislación civil con alcance general y que con algunas variantes ha sido ya prevista por el Código de familia del Estado mexicano de Sinaloa de 2013 (art. 914) y el Código civil de Cuba (art. 511[2 y 3], incisos adicionados en 2022), aun cuando parecería que ellos no se han inspirado directamente en dichas costumbres tradicionales.

discriminación de la mujer en materia hereditaria<sup>101</sup>. Esto impondría la necesidad de reorientar<sup>102</sup> este otro tipo de prácticas, usos y costumbres promoviendo – siempre en un marco intercultural – una posible vía de conciliación y diálogo interno del pueblo o comunidad, con miras a la armonización y eventual solución de las diferencias y tensiones que puedan presentarse entre las autoridades y sus miembros, y que ponga el énfasis en la participación de los sectores más vulnerables de estos grupos en los procesos de resolución de dichos conflictos<sup>103</sup>. Asimismo, el hecho de que por lo general estas prácticas afecten particularmente a las mujeres (incluso en aquellos pueblos y comunidades que poseen una organización de carácter matrilineal<sup>104</sup>), ha llevado al Comité de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 a recomendar que las normas consuetudinarias, indígenas y comunitarias tienen que ser armonizadas con las disposiciones de la Convención y que todas aquellas que discriminen a las mujeres deben ser derogadas<sup>105</sup>, por considerar que de lo contrario se

<sup>101</sup> Muchas de estas prácticas tradicionales han sido calificadas – en general – por la ONU como ‘perjudiciales’ (véase Resolución de la Asamblea General S-27/2, *Un mundo apropiado para los niños*, de 2002) o ‘nocivas’ (véase el Informe del Secretariado General A/61/122, *Estudio a fondo sobre las formas de violencia contra la mujer*, de 2006); por lo que esta misma Organización internacional ha recomendado que ninguna costumbre o tradición puede ser invocada para justificarlas (véase el documento de la ONU, *Suplemento del Manual de legislación sobre violencia contra la mujer* cit., 14).

<sup>102</sup> De la necesidad de ‘reorientar’ las prácticas o costumbres que atenten contra los derechos de los menores y la dignidad e igualdad de las mujeres con los varones, habla expresamente – *v.gr.* – la Ley de derechos y cultura indígena del Estado mexicano de Nayarit (art. 47). Es que, no obstante el peso de la tradición, el derecho consuetudinario no es estático, sino que como todo producto cultural resulta esencialmente dinámico, pudiendo adaptarse con el paso del tiempo a diversas circunstancias (tal como reconocen expresamente las Leyes de derechos y cultura indígena de los Estados mexicanos de Oaxaca, art. 28; Querétaro, art. 16; y Guerrero, art. 35), por lo que nada obsta a su modificación (máxime cuando está en juego la dignidad humana). Así *v.gr.*, como ya sucede en muchos ordenamientos nacionales, algunos pueblos y comunidades indígenas han comenzado también a admitir en sus respectivos derechos los matrimonios entre personas del mismo sexo. Tal es el caso del pueblo Maya del Estado mexicano de Quintana Roo (véase <<https://solquintanaroo.mx/primer-matrimonio-igualitario-en-zona-maya/>>) y del Mixe o Ayuuk del de Oaxaca (véase <<https://www.swissinfo.ch/spa/ind%C3%ADgenas-mixes-de-m%C3%A9xico-se-casan-en-primera-boda-igualitaria-en-la-regi%C3%B3n/48512316>>), así como del Mapuche de Chile (véase <<https://www.swissinfo.ch/spa/chile-celebra-el-primer-matrimonio-mapuche-entre-personas-del-mismo-sexo/48357526>>).

<sup>103</sup> Véase nuevamente en este sentido, *v.gr.*, las sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-601/2011 cit. y T-201/2016 cit., y, entre otros, N. TORBISCO CASALS, *Derechos indígenas: reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos* cit., 124.

<sup>104</sup> Tal es el caso, *v.gr.*, de los pueblos Guaraní del Paraguay; Yora, Mashco Piro, Matsigenka y Matsés de Perú; Wayúu de la Guajira de Colombia y Venezuela; Guna de Panamá; Miskito de Centroamérica; y Tepehua, Chocholteco, Akateko, Mazahua y Nahuatl de México; así como de muchas comunidades de afrodescendientes. Es que en estos pueblos de organización matrilineal la autoridad puede seguir estando radicada en el padre y, sobre todo, en el hermano de la madre o tío paterno (‘estructura avuncular’).

<sup>105</sup> Asimismo, cabe recordar aquí que en el Sistema Interamericano la Convención regional sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2016 (véase § II.1) dispone expresamente que en ma-

estaría consagrando, alentando, facilitando, justificando o tolerando la violencia de género<sup>106</sup>. Hoy en día esta recomendación debe considerarse parte integrante de la meta 3 del Objetivo 5 de la Agenda 2030 – siempre de la ONU – sobre igualdad de género, que pretende poner fin a todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres y las niñas.

Afortunadamente, en las últimas décadas algunos de los referidos indicadores están paulatinamente cambiando como consecuencia, en parte, del debilitamiento de la autoridad patriarcal a causa del establecimiento de nuevas bases para las relaciones entre generaciones, motivadas en la apertura de nuevas opciones laborales para los jóvenes; sobre todo a raíz del progresivo empoderamiento femenino gracias al aumento del nivel de instrucción de las mujeres<sup>107</sup>.

## 2. Necesidad de reorientar ciertas prácticas, usos y costumbres de dudosa legitimidad

### A. Matrimonios forzados o combinados

Actualmente constituye un principio asentado, tanto en el derecho internacional como en los derechos nacionales, que el matrimonio debe contraerse con el libre y pleno consentimiento de las dos partes. Tal es lo que dispone expresamente – *v.gr.* – la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948 (art. 16.1), la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962 (art. 1.1), el Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos de 1966 (art. 23.3), la Convención americana de derechos humanos de 1969 (art. 17.3) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (art. 16.1.b); como también prevén, en forma más o menos explícita, algunas Constituciones políticas de América Latina<sup>108</sup> y sobre todo los Códigos civiles y de familia latinoamericanos al regular el matrimonio como un acto voluntario y personalísimo (que por definición exige, para su validez, el discerni-

tería de familia se debe siempre reconocer y respetar la equidad de género (art. XVIII).

<sup>106</sup> Al respecto véase la Recomendación general n.º 35 (2017) del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer sobre la violencia por razón de género contra las mujeres (§ 29.c), por la que se actualiza la Recomendación n.º 19 (1992). Por su parte, la Recomendación n.º 39 (2022) del mismo Comité ha puntualizado que la prohibición de la violencia de género contra las mujeres es un principio del derecho internacional consuetudinario que se aplica también a las mujeres y niñas indígenas (§ 34).

<sup>107</sup> Véase, en general, S. GONZÁLEZ MONTES, *Las “costumbres” de matrimonio en el México indígena contemporáneo*, en AA.VV., *México diverso e desigual: enfoques sociodemográficos*, coordinado por B. FIGUEROA CAMPOS, México, 1999, 88 y 101-104.

<sup>108</sup> Véanse, *v.gr.*, las Constituciones de Nicaragua de 1987 (art. 65), de Colombia de 1991 (art. 42), de Venezuela de 1999 (art. 77), de Ecuador de 2008 (art. 67<sup>2</sup>), de República Dominicana de 2010 (art. 55) y de Cuba de 2019 (art. 82).

miento, la intención y la libertad de ambos contrayentes)<sup>109</sup>. Pero esta preocupación tampoco es nueva, al menos en la tradición jurídica de Latinoamérica, puesto que ya en el ordenamiento de las Indias encontramos muchas disposiciones tanto de las autoridades civiles como de las eclesiásticas contrarias a los matrimonios forzados y a favor de la libertad de los indígenas para casarse, sea contra la voluntad de sus padres o de los caciques y de los encomenderos (o de los propietarios, en el caso de los esclavos de origen africano)<sup>110</sup>.

A pesar de ello, en muchos pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, el matrimonio sigue estando todavía caracterizado por la fuerte intervención de los familiares en los arreglos nupciales, los que generalmente no son simples acuerdos individuales sino que involucran además al grupo familiar de los cónyuges (padres, parientes consanguíneos, afines y rituales o espirituales) e, incluso, a los vecinos y hasta a gran parte de la colectividad a la que pertenecen (si ella no es muy extensa). En dichas negociaciones, que a veces pueden tener lugar cuando los contrayentes (o, mejor dicho, las contrayentes) son aún infantes, se discuten los gastos y demás detalles de la boda, el denominado ‘precio de la novia’ y con quienes vivirán los recién casados (ya que el inicio de una unión conyugal no significa necesariamente la constitución de un nuevo hogar autónomo, al menos a breve término, sino que – como hemos ya adelantado – la nueva pareja continúa conviviendo con una de las familias de origen)<sup>111</sup>. En algunas culturas, esta intromisión de terceros en un acto tan personalísimo como el matrimonio,

<sup>109</sup> Como hacen en forma más o menos explícita, *v.gr.*, los Códigos civiles de República Dominicana de 1845 (art. 146), de Venezuela de 1942 (art. 49), de Paraguay de 1985 (art. 277) y de Argentina de 2014 (arts. 260 y 406), y los Códigos de familia de El Salvador de 1993 (art. 12), de Panamá de 1994 (art. 26), de Nicaragua de 2014 (art. 53) y Cuba de 2022 (art. 201[2]).

<sup>110</sup> Véanse, respectivamente, la Recopilación de las Leyes de Indias (6,1,2; 6,1,5; 6,9,21; etc.) y los numerosos concilios y sínodos indianos (México, 1555 y 1585; Lima, 1567-1568, 1582-1583, 1585 y 1613; Quito, 1570; Bogotá, 1576; Tucumán, 1597; Río de la Plata en Asunción, 1603; Santiago de Chile, 1626 y 1688; Charcas, 1629; Huamanga, 1629; Santiago de Cuba, 1681; Arequipa, 1684; Santiago de León de Caracas, 1687; etc.) analizados por F.R. AZNAR GIL, *La libertad de los indígenas para contraer matrimonio en las Indias (ss. XVI-XVII)*, en *Ius Canonicum*, vol. 32, n.º 64, Navarra, 1992, 439-462. Sobre el tema véase también, en general, R. ORTIZ CABALLERO, *La familia indiana (Apuntes sobre una institución jurídica durante el proceso de cambio del Derecho peruano en el siglo XVI)*, en AA.VV., *La familia en el derecho peruano. Libro en homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chavez*, editado por F. DE TRAZEGNIES GRANDA – R. RODRÍGUEZ ITURRI – C. CÁRDENAS QUIROS – J.A. GARIBALDI F., Lima, 1990, 75 y 76.

<sup>111</sup> Según S. GONZÁLEZ MONTES, *Las “costumbres” de matrimonio en el México indígena contemporáneo* cit., 94, si se reúnen en un único modelo los usos y costumbres de diferentes pueblos y comunidades, la secuencia aproximada de acciones que generalmente se siguen entorno al matrimonio indígena serían las siguientes: «1) un sondeo preliminar, efectuado por los parientes del novio para saber si hay buena disposición por el lado de los padres de la novia; 2) la petición o ‘pedida’ de la mano de la novia por los parientes del novio; 3) las ‘vueltas’ de la familia del novio para visitar a la familia de la novia hasta que da la respuesta a la ‘pedida’; 4) las entregas periódicas de regalos que forman parte del ‘pago’ o ‘dote’ de la novia; 5) la ceremonia de ‘entrada del yerno’ en la casa de la familia de la novia para iniciar un período de servicio al futuro suegro; 6) la ceremonia en la que se

se debe al hecho de que su celebración según los ritos tradicionales resulta muy costosa, por lo que los novios (siendo generalmente bastante jóvenes y careciendo por ende de recursos propios suficientes) dependen de la ayuda económica de los padres y demás familiares (lo que les otorga un fuerte control sobre ellos). Para liberarse de esta situación muchas parejas simulan un rapto o se fugan juntos, lo que les permite imponer su voluntad mediante una especie de matrimonio reparatorio por ellas provocado<sup>112</sup>.

Como las principales afectadas por los matrimonios forzados o combinados son las mujeres, diversos documentos internacionales que se ocupan de su protección han reconocido que este tipo de práctica no solo vulnera el derecho de ellas a elegir libremente a su pareja y a contraer matrimonio (anulando por ende su derecho al libre desarrollo de la personalidad)<sup>113</sup>, sino que también constituye un espacio perfecto para que se produzcan otras formas de violencia y de violación a sus derechos humanos<sup>114</sup>. Además, en dichos documentos se puntualiza que el matrimonio forzado puede asumir diferentes modalidades, según el pueblo o comunidad de que se trate, como el sororato (en el que el marido contrae matrimonio o mantiene relaciones sexuales con la hermana de su mujer), el levirato (en el que una mujer tiene que casarse con el hermano de su difunto marido), el rapto con fines de matrimonio, los matrimonios de trueque, entre otros<sup>115</sup>. En algunos casos han sido las mismas indígenas que, en forma organizada, se opusieron a este tipo de prácticas. Basta recordar que uno de los requerimientos de las mujeres del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, expresado a comienzos de

fija la fecha de la boda; 7) las ceremonias que preceden inmediatamente a la boda; 8) la boda [civil o religiosa, pero con preferencia de esta última]; y 9) los banquetes posteriores».

<sup>112</sup> Sobre este particular véase, nuevamente, S. GONZÁLEZ MONTES, *Las "costumbres" de matrimonio en el México indígena contemporáneo* cit., 103 y, también, M.J. BAILÓN CORRES, *Matrimonios de menores de edad y derechos humanos. Algunas consideraciones desde los instrumentos internacionales y otras desde el caso particular de México*, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 14, n.º 37, 2019, 52.

<sup>113</sup> En este sentido la referida Recomendación n.º 21 (1994), del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, dispuso que «[e]l derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano» y que «[a] reserva de ciertas restricciones razonables basadas, por ejemplo, en la corta edad de la mujer o en la consanguinidad con su cónyuge, se debe proteger y hacer cumplir conforme a la ley su derecho a decidir si se casa, cuándo y con quién» (§ 16).

<sup>114</sup> Sobre este particular se remite, entre otros, a N.C. ORTEGA GONZÁLEZ, *La mirada distraída. Los matrimonios forzados en las comunidades indígenas de México: ¿tradición cultural o violencia de género?*, México, 2016 (consultable en: <<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdadgenero/2017-05/2dolugarEnsayo2016.pdf>>).

<sup>115</sup> Véase, nuevamente, el documento de la ONU, *Suplemento del Manual de legislación sobre violencia contra la mujer* cit., 26-28.

la rebelión de 1994 en la denominada ‘Ley Revolucionaria de Mujeres’, fue que no les impusieran matrimonios arreglados (art. 7)<sup>116</sup>.

### B. *Matrimonios de menores de edad*

La otra práctica de dudosa legitimidad, que seguiría estando aún presente en muchos pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes de América Latina<sup>117</sup> y que por lo general se encuentra íntimamente vinculada a la que acabamos de analizar, es la de los matrimonios contraídos antes de haber cumplido uno o ambos contrayentes los 18 años de edad (ya que en este caso tampoco se contaría con el consentimiento pleno, libre e informado de uno de los contrayentes o de ninguno de ellos)<sup>118</sup>. El uso o costumbre según el cual en edad relativamente temprana la mayoría de los hombres y mujeres de estos pueblos y comunidades suelen estar ya casados podría deberse al hecho de que el inicio de una unión matrimonial no significa necesariamente la constitución de un nuevo hogar, sino que – como ya hemos adelantado – en ellos la pareja continúa viviendo por algunos años con una de las familias de procedencia y dependiendo de ella, por lo que no se considera necesario que los contrayentes hayan ya alcanzado al momento del matrimonio plena madurez y capacidad de obrar.

De esta manera, bajo la supervisión de los padres con los cuales residen, la pareja de neófitos se entrena en el ejercicio de los roles conyugales. Sin embargo, según los actuales estándares de protección de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, no debería permitirse los esponsales y el matrimonio antes de que los contrayentes hayan alcanzado la mayoría de edad (es decir haber cumplido como mínimo 18 años, tanto el hombre como la mujer)<sup>119</sup>. Esto es lo que

<sup>116</sup> Sobre este tema véase, entre otros, J. FALQUET, *La costumbre cuestionada por sus fieles celadoras: reivindicaciones de las mujeres indígenas zapatistas*, en *Debate Feminista*, 24, 2001, 166, 173 y 175. Cabe señalar que las Leyes de protección, fomento y desarrollo de los derechos y cultura de los pueblos y comunidades indígenas de algunas Entidades federativas mexicanas y la Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas se han hecho eco de esta exigencia (véanse *supra* nts. 49 y 51).

<sup>117</sup> Véase, sobre este particular, CEPAL, *Matrimonios infantiles y uniones tempranas. Desigualdad y pobreza en mujeres, niñas y adolescentes de América Latina y el Caribe*, en *Boletín igualdad de género*, 1, 2023, 8-17 (consultable en: <[https://www.cepal.org/sites/default/files/infographic/files/2301084\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/infographic/files/2301084_es.pdf)>), así como el documento del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), *Los matrimonios infantiles en las comunidades indígenas de México*, del 4/12/2023 (consultable en: <<https://www.gob.mx/issste/articulos/los-matrimonios-infantiles-en-las-comunidades-indigenas-de-mexico>>), en el que se informa que esta práctica sería todavía hoy contemplada, *v.gr.*, por los tzotziles y tzeltales de Chiapas, los mixtecos o tlapanecos de Guerrero, los huicholes de Jalisco, los mazahuas del Estado de México y los nahuas de Puebla.

<sup>118</sup> Véase al respecto, otra vez, el documento de la ONU, *Suplemento del Manual de legislación sobre violencia contra la mujer* cit., 26 y 27.

<sup>119</sup> Sobre el tema véase nuevamente, en general, M.J. BAILÓN CORRES, *Matrimonios de menores de edad y derechos humanos* cit., 38-41.

establece expresamente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (art. 16.2) y lo que se desprende de su aplicación combinada con la Convención sobre los derechos del niño de 1989, que entiende por tal a todo ser humano menor de 18 años de edad (art. 1)<sup>120</sup>.

Es que como se puntualiza en la Nota técnica para el Programa mundial para poner fin al matrimonio infantil del Fondo de Población (UNFPA) y del Fondo para la Infancia (UNICEF), ambos de la ONU, esta práctica «causa múltiples daños, especialmente a las niñas, a las que se les niega su derecho a la salud, educación y desarrollo. Su inmadurez física conlleva un mayor riesgo de complicaciones durante el embarazo y el parto que también pueden provocar mortalidad materna. El daño es intergeneracional, ya que una madre joven cuyo propio desarrollo se ve ahogado será menos capaz de garantizar el pleno desarrollo de sus hijos»<sup>121</sup>. A estas exigencias han comenzado a dar respuestas los Códigos civiles o de familia federal y de las Entidades federativas mexicanas (reformados a partir de 2016)<sup>122</sup>; el Código de familia costarricense (art. 14[7], reformado en 2017); el Código civil puertorriqueño de 2020 (arts. 378[a] y 380[b]); el Código de las familias cubano de 2022 (arts. 204 y 205[a]); el Código civil peruano (arts. 241[1] y 274[10], reformados en 2023) y el Código civil colombiano (art. 140[2], reformado en 2025<sup>123</sup>), estableciendo que la edad mínima para contraer matrimonio es de 18 años (sin excepciones ni posibilidad de dispensas, como en cambio todavía siguen permitiendo muchos otros ordenamientos de América Latina e incluso de Europa), todo ello en consonancia con las referidas disposiciones de las Convenciones de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y sobre los derechos del niño<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> Asimismo, en el documento de la ONU, *Suplemento del Manual de legislación sobre violencia contra la mujer* cit., 27, se recomienda tipificar como delito la participación en el arreglo de un matrimonio de menores de edad.

<sup>121</sup> UNFPA-UNICEF, *Nota técnica sobre el matrimonio infantil y la ley*, New York, 2020, 1 (consultable en: <<https://www.unicef.org/media/126646/file/Child-marriage-law-2022-Spanish.pdf>>). Ya la citada Recomendación general n.º 21 (1994), del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, había señalado que según la Organización Mundial de la Salud, cuando los menores de edad, especialmente las niñas, se casan y tienen hijos, su salud puede verse afectada desfavorablemente y se entorpece su educación, cuyo resultado es la restricción de su autonomía económica (§ 36).

<sup>122</sup> Una prohibición similar ya había previsto la Ley de reconocimiento, derechos y cultura de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes del Estado de Guerrero (véase *supra* nt. 52). Cabe señalar, además, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, en su sentencia del 14/08/2020 (mediante la cual resolvió la acción de inconstitucionalidad n.º 22/2016 promovida contra la reforma del Código civil del Estado de Aguascalientes), ha considerado que las referidas regulaciones son razonables.

<sup>123</sup> En concomitancia con lo resuelto por la sentencia C-39/2025 de la Corte Constitucional colombiana.

<sup>124</sup> Véase, en general, A.M. VEGA GUTIÉRREZ, *La prohibición de los matrimonios infantiles y precoces en los Países latinoamericanos: un balance de los derechos en juego*, en *Revista General de Dere-*

Cabe señalar también aquí que en la tradición jurídica latinoamericana ya el Derecho indiano había manifestado su preocupación por erradicar esta práctica, al prohibir el matrimonio de las indígenas que no tuvieran la edad legítima; en atención a que algunos encomenderos, para cobrar los tributos que no debían los indígenas solteros, hacían casar a las niñas<sup>125</sup>.

### C. *Pago del precio de la novia*

Vinculada asimismo en alguna medida con los usos y costumbres analizados precedentemente, podemos citar también la práctica del denominado ‘pago del precio de la novia’ (que a veces es calificada, impropia, como ‘dote’). Este otro uso o costumbre, todavía vigente con diferentes modalidades en algunos pueblos y comunidades indígenas de América Latina, consiste en la transferencia de bienes (en especie o dinero) y/o la prestación de servicios por parte del novio y su familia (en cantidades que la comunidad reconoce como adecuadas) a la familia de la novia, para que ésta sea autorizada por sus padres a transferirse a la casa de los suegros para convivir con su esposo<sup>126</sup>.

La razón de ser de este ‘pago’ (que puede efectuarse en una sola vez o en varias entregas) sería compensar a los padres de la mujer por lo que invirtió en su crianza y por la pérdida de su fuerza de trabajo para el futuro (visto que la residencia posmarital dominante es la virilocal) y, al mismo tiempo, asegurarles que la familia de la que entrará a formar parte dispone de bienes suficientes para su mantenimiento<sup>127</sup>. Este flujo de bienes y personas, que el proceso de celebración del matrimonio indígena pone en marcha, no presupone necesariamente que se esté en presencia de una especie de ‘compraventa’ en la que se negocian valores equivalentes desde un punto de vista mercantil, sino que – en la mayoría de los casos – se lo debe considerar simplemente como un intercambio de dones y presentes para consentir la salida de la esposa de su familia de origen, lo que respondería más bien a la idea de ‘reciprocidad’, que es un principio central tanto de la cultura autóctona andina como de la mesoamericana<sup>128</sup>. Pero si por el contrario, las hijas son objeto de un verdadero comercio o de acuerdos matrimoniales o de

*cho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 66, 2024, 1-70.

<sup>125</sup> Véase, en este sentido, la Recopilación de las Leyes de Indias (6,1,3); sobre la que se remite, nuevamente, a F.R. AZNAR GIL, *La libertad de los indígenas para contraer matrimonio en las Indias (ss. XVI-XVII)* cit., 446.

<sup>126</sup> Seguimos aquí nuevamente, en particular modo, a S. GONZÁLEZ MONTES, *Las “costumbres” de matrimonio en el México indígena contemporáneo* cit., 97-101.

<sup>127</sup> Véase, nuevamente, M.J. BAILÓN CORRES, *Matrimonios de menores de edad y derechos humanos* cit., 51.

<sup>128</sup> Véanse *v.gr.*, respectivamente, D.I. NÚÑEZ DEL PRADO BÉJAR, *La reciprocidad como ethos de la cultura indígena*, en *Allpanchis*, 4, 1972, 135-154 y S. GONZÁLEZ MONTES, *Las “costumbres” de matrimonio en el México indígena contemporáneo* cit., 98.

cualquier otra naturaleza en los que se fija una contraprestación económica como condición para la celebración del matrimonio, sin contar con el consentimiento de ellas, la unión conyugal debería ser considerada de ningún valor por constituir – además – un matrimonio forzado o combinado (véase § III.2.A)<sup>129</sup>.

A esta última modalidad refieren algunos documentos internacionales sobre protección de los derechos de las mujeres cuando recomiendan que las legislaciones estatales deben prohibir la práctica del pago del precio de la novia y deben establecer que la concesión del divorcio no pueda depender de la devolución de lo dado en dicho concepto (como admitirían algunos pueblos y comunidades), así como que tampoco sea empleada como límite para solicitarlo, ni que pueda ser invocada como eximente en las causas de violencia doméstica o para reclamar la custodia de los hijos; en atención a que de lo contrario se estaría perpetuando la violencia de los maridos contra sus esposas y la idea de que éstas son de su ‘propiedad’<sup>130</sup>. Algunas de estas recomendaciones ya han sido acogidas, *v.gr.*, por la legislación mexicana (tanto a nivel general como estatal)<sup>131</sup>.

Igualmente el Derecho indiano se había ocupado de esta otra práctica, prohibiendo a los indígenas vender sus hijas para contraer matrimonio y disponiendo además que ninguno de ellos reciba cosa alguna, en mucha o poca cantidad, ni en servicio ni en otro género de paga en especie de quien se hubiere di casar con su hija<sup>132</sup>. Sin embargo, con relación a esta disposición se ha señalado que ella pone de manifiesto una vez más las dificultades de comunicación que muchas veces supuso la transculturación, al haber interpretado el legislador indiano el esquema de reciprocidad presente en el matrimonio indígena con un cierto espíritu mercantilista, en lugar de equipararlo al consentimiento paterno que se exigía para su celebración por el Derecho castellano<sup>133</sup> y que fuera relativizado en América en atención a las dificultades generadas por las distancias entre padres e hijos<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> Esta otra tipología sería hoy aún observada, *v.gr.*, en México por los tzotziles y tzeltales de Chiapas y por los mixtecos o tlapanecos de Guerrero (véase, nuevamente, el documento del ISSSTE, *Los matrimonios infantiles en las comunidades indígenas de México* cit.).

<sup>130</sup> Véase, una vez más, el documento de la ONU, *Suplemento del Manual de legislación sobre violencia contra la mujer* cit., 28 y 29, y, también, la Recomendación general n.º 29 (2013) del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer relativa al artículo 16 de la Convención sobre consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución (§ 33).

<sup>131</sup> Al respecto se remite, nuevamente, a las Leyes de protección, fomento y desarrollo de los derechos y cultura de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes de algunas Entidades federativas mexicanas y a la Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas se han hecho eco de esta exigencia (véanse *supra* nts. 50 y 51).

<sup>132</sup> Véase la Recopilación de las Leyes de Indias (6,1,6); sobre la que se remite, otra vez, a F.R. AZNAR GIL, *La libertad de los indígenas para contraer matrimonio en las Indias* (ss. XVI-XVII) cit., 446.

<sup>133</sup> Véase, en este sentido, J.M. OTS Y CAPDEQUÍ, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Madrid, 1969, 220 y 221.

<sup>134</sup> Sobre el particular se remite, una vez más, a R. ORTIZ CABALLERO, *La familia indiana* (*Apuntes sobre una institución jurídica durante el proceso de cambio del Derecho peruano en el siglo*

#### D. Poligamia

Como hemos tenido oportunidad de ver, otro uso o costumbre que aún sigue subsistiendo en algunos pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes latinoamericanos es la de la poligamia o, mejor dicho, la de la ‘poliginia’; es decir, el régimen familiar en el que el hombre tiene varias esposas o parejas al mismo tiempo (ya que sería esta la modalidad más frecuentemente constatada por los antropólogos y etnólogos)<sup>135</sup>, lo que contrasta con el carácter monogámico reconocido al matrimonio por las legislaciones civiles de América Latina, inspiradas en la tradición romano-canónica. La razón de ser de esta práctica se encontraría, en origen, en inexorables imperativos demográficos debidos a la constante pérdida de varones causada por las continuas guerras tribales, que conducía a un desequilibrio cuantitativo entre hombres y mujeres, lo que sumado a la regla del matrimonio universal arrojaba como resultado la admisión de la poligamia como mecanismo para satisfacer la necesidad constante de guerreros.

También sobre esta práctica se ha expresado el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de la ONU en una serie de Recomendaciones generales en las que en modo sistemático ha afirmado que la poligamia infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre y puede tener graves consecuencias emocionales y económicas para ella y para sus hijos o demás familiares a cargo. En estos mismos documentos internacionales se ha puntualizado además que las esposas de edad suelen quedar desatendidas en los matrimonios poligámicos, una vez que se las considera inactivas desde el punto de vista económico o reproductivo. Por dichos motivos se ha recomendado que esta práctica debe ser desalentada e, incluso, prohibida, pero dejando siempre a salvo la protección de los derechos de las mujeres en el marco de las relaciones poligámicas ya existentes<sup>136</sup> (incluidas las viudas<sup>137</sup>) y de los hijos<sup>138</sup>.

El fundamento del rechazo de la poligamia consiste en que ella constituye otra de las diversas formas de estructura familiar que discriminan a la mujer, no solo porque en la generalidad de los casos ella no puede practicarla, sino también porque se prescinde de su consentimiento (sobre todo con relación a la primera esposa), quedando así librado su ejercicio a la decisión discrecional e incontestada-

XVI) cit., 76.

<sup>135</sup> Véanse, *v.gr.*, *supra* nts. 22, 70 y 82.

<sup>136</sup> Véanse, acerca de este tema, las ya referidas Recomendaciones generales n.º 21 (§ 14) y n.º 29 (§§ 27 y 28), además de la n.º 27 (2010) sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos (§ 28), así como el documento de la ONU, *Suplemento del Manual de legislación sobre violencia contra la mujer* cit., 29, en el que se puntualiza que cuando hay poligamia, la incidencia de la violencia contra las mujeres por el marido y la violencia entre las esposas suele ser alta.

<sup>137</sup> Véase, al respecto, el caso brasileño referido *supra* nt. 82.

<sup>138</sup> Como previsto, *v.gr.*, por la sentencia de la Corte IDH en el caso *Aloeboetoe y otros c. Surinam. Reparación* y por la Carta Orgánica de la Comarca Ngöbe-Buglé de Panamá (véase *supra* nt. 70).

ble del marido. Desde esta perspectiva, consideramos que esta práctica se distingue de otras modalidades de relaciones familiares integradas por más de dos personas en forma simultánea (como podrían ser las también cuestionadas figuras de las relaciones poliafectivas o ‘poliamor’ y de la multiparentalidad o pluriparentalidad), pues ellas son entabladas con el conocimiento y el libre consentimiento de todos los sujetos involucrados, y con el propósito – además – de adquirir derechos y contraer obligaciones en condiciones de paridad<sup>139</sup>.

Una particular atención a la poligamia de los pueblos indígenas del Nuevo Mundo prestó también el ordenamiento jurídico de las Indias, al constituir uno de los principales problemas a resolver para poder convalidar los matrimonios ya contraídos por los indígenas cuando todavía no habían sido evangelizados, dado que esta práctica estaba particularmente difundida en las capas más elevadas de la sociedad indígena. Fue así que si bien, por imposición de la moral católica, se dispuso que ningún cacique ni otro indígena se casare con más de una mujer (y no tenga las otras encerradas para usar de ellas en sus desconciertos, ni impida casar con quien quisieren)<sup>140</sup>, en los primeros tiempos de la conquista se tuvo que suavizar esta prohibición con la finalidad de evitar que los indígenas rechazaren su conversión para no abandonar a sus múltiples esposas o para no incurrir en el delito de bigamia<sup>141</sup>. No obstante ello, la poligamia fue una de las prácticas familiares indígenas que no prosperó en el Derecho indiano (independientemente de su menor o mayor persistencia en la realidad social latinoamericana), y no solo por motivos morales y religiosos, sino también por considerarse que ella pudiere constituir un gran impedimento para la multiplicación de los indígenas, pues

<sup>139</sup> Aún así, la admisibilidad de estas otras relaciones por parte de los ordenamientos jurídicos de América Latina es todavía bastante oscilante y relativa. Véanse, *v.gr.*, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), *Inconstitucionalidade da união poliafetiva*, en *Revista de Direito Administrativo*, vol. 277, n.º 3, 2018, 393-406 (texto de la providencia del CNJ brasileño de 2018, emitida a requerimiento de la *Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS*, por la cual se decidió por mayoría prohibir a las notarías registrar uniones poliafectivas en escritura pública, como se venía haciendo por algunas de ellas desde 2012); J. TAPIA RAMÍREZ, *Comentario a la sentencia del “poliamor”*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. 72, n.º 283, 2022, 589-606 (quien anota una sentencia del Juzgado Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y Trabajo, y Juicios Federales del Estado de Puebla de 2021 que amparó a una persona de sexo masculino para el efecto de que pudiera contraer matrimonio simultáneamente con dos mujeres con las que realizaba vida marital, la cual sin embargo fue revocada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en 2024) y la reseña de jurisprudencia del MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, *La triple filiación en la jurisprudencia argentina*, en *Boletín de Jurisprudencia*, Buenos Aires, 2022 (consultable en: <<https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4085>>, donde se recopilan muchas sentencias a favor y algunas en contra de la multiparentalidad).

<sup>140</sup> Véase la Recopilación de las Leyes de Indias (6,1,5).

<sup>141</sup> Sobre el particular se remite, nuevamente, a J.M. OTS Y CAPDEQUÍ, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano* cit., 221 y 222, como también a J.M. MARILUZ URQUIJO, *Proyección de las costumbres matrimoniales indígenas en la formación del Derecho indiano*, en AA.VV., *Istituzioni familiari indigeni e diritto romano*, Roma, 1989, 17-24.

se consideraba que si ellos tuvieran la posibilidad de disponer de las mujeres que el cacique tenía encerradas, se casarían con ellas y se multiplicarían más (lo que reconocería su fundamento, en este último caso, en el principio de libertad)<sup>142</sup>.

#### E. *Discriminación de la mujer en materia hereditaria*

La última práctica de dudosa legitimidad, presente en algunos pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes latinoamericanos, es aquella en virtud de la cual se excluye o se da un trato diferenciado a las mujeres en materia hereditaria. Los estudios antropológicos y etnográficos nos dan noticia de la persistencia de ciertos usos y costumbres que responden al denominado principio del 'linaje atenuado', en virtud del cual hay un cierto privilegio masculino en la herencia (con una tendencia al igualitarismo entre herederos varones del mismo grado), aunque las mujeres no están excluidas del todo. Dicha práctica se advierte principalmente con relación a las tierras, en atención a que según la tradicional distribución de los roles productivos con base en los estereotipos de género son habitualmente los hombres los que las administran y trabajan (sobre todo en aquellos pueblos y comunidades en los que predomina la virilocalidad y el parentesco fundado en principios patrilineales, los que constituyen la mayoría)<sup>143</sup>. Ello difiere a prima vista de lo dispuesto en los Códigos civiles de América Latina, en los que se consagra el principio de igualdad de los herederos sin discriminación alguna entre varones y mujeres, el que de todos modos se respetaría si ellas reciben otros bienes (semovientes, muebles o dinero) de valor equivalente al recibido por sus hermanos (como generalmente sucede).

Sin embargo, si esa desigualdad de trato conduce a que las mujeres reciban una parte menor del patrimonio del padre, en caso de fallecimiento de este, respecto a la prevista para sus hermanos, dichos usos y costumbres constituyen prácticas perjudiciales que deben ser desalentadas y reorientadas. En efecto, como ha señalado en varias de sus Recomendaciones generales el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de la ONU, en concordancia con lo dispuesto en la respectiva Convención (art. 16.1.h) y, ya antes, en la Resolución n.º

<sup>142</sup> Teniendo en consideración el tenor original de la disposición referida *supra* nt. 140, tal como destaca R. ORTIZ CABALLERO, *La familia indiana (Apuntes sobre una institución jurídica durante el proceso de cambio del Derecho peruano en el siglo XVI)* cit., 70.

<sup>143</sup> Véase en general, entre otros, D. ROBICHAUX, *Bilateralidad, transmisión del patrimonio y género: el caso del sistema familiar mesoamericano*, en *Temas de mujeres*, año 1, n.º 1, 2004, 85-95 e ID., *Transmisión intergeneracional del patrimonio en América Latina y el Caribe: una perspectiva desde la antropología*, en AA.VV., *Familia y organización social en Europa y América, siglos XV-XX*, editado por F. CHACÓN JIMÉNEZ – J. HERNÁNDEZ FRANCO – F. GARCÍA GONZÁLEZ, Murcia, 2007, 233-253; quien destaca que esta cuestión se presenta, sobre todo, en aquellos pueblos y comunidades en los que la propiedad colectiva de la tierra fue sustituida por la propiedad privada o la posesión individual de parcelas.

884/1962 (XXXIV) del Consejo Económico y Social (§ D.I), el derecho sucesorio – tanto en los ordenamientos jurídicos estatales como en los indígenas – debe garantizar la igualdad de derechos hereditarios de hombres y mujeres, estableciendo que unos y otros, dentro del mismo grado de parentesco con el causante, tengan la misma parte en la herencia y el mismo rango en el orden de sucesión<sup>144</sup>. Estas Recomendaciones ya han sido receptadas por las Leyes de protección, fomento y desarrollo de los derechos y cultura de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes de algunas Entidades federativas mexicanas<sup>145</sup>.

#### IV. *Conclusión*

De lo expuesto hasta aquí se desprende que el reconocimiento de la familia indígena y afrodescendiente constituye otra de las particularidades del derecho latinoamericano, que viene a completar el rico cuadro de tipos familiares que han sido admitidos en las últimas décadas por la mayor parte de los ordenamientos nacionales de América Latina y por el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (*v.gr.* la familia matrimonial, la convivencial, la homoparental, la monoparental, la ensamblada y la extensa o ampliada).

Esta especial consideración de la institución familiar – que reconoce sus fundamentos en la tradición jurídica ibérica de raigambre romano-canónica – representa uno de los principales elementos de unidad y de resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano<sup>146</sup>, para el cual la ‘unidad social’ está conformada precisamente por la familia y no por el individuo aislado (como en cambio sucede en otras experiencias jurídicas, tales como la del *common law*)<sup>147</sup>.

Ahora bien, como hemos podido ver la tipología familiar cuyos contornos hemos tratado aquí de delinear, constituye una de las más complejas, en atención a que para su regulación es imprescindible remitir a los ordenamientos normati-

<sup>144</sup> Véanse en este sentido, una vez más, la Resolución general n.º 21 (§§ 34 y 35) y, más específicamente, la n.º 39 (2022), sobre los derechos de las mujeres y de las niñas indígenas (§§ 20, 21 y 23.d), como asimismo el documento de la ONU, *Suplemento del Manual de legislación sobre violencia contra la mujer* cit., 35.

<sup>145</sup> Véase *supra* nt. 48.

<sup>146</sup> Véase sobre estos elementos, en general, S. SCHIPANI, *La codificación del diritto romano comune*, Torino, 1999, 183-190 y, acerca de la idea de un Subsistema jurídico latinoamericano, el nuestro *Subsistema jurídico latinoamericano, comparación jurídica y tradición romanística*, I, Roma, 2020.

<sup>147</sup> En este sentido se expresa P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina*, en AA.VV., *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho*, coordinado por D.F. ESBORRAZ, México, 2006, 66-68. Véanse también sobre este particular, entre otros, M. GAYOSSO Y NAVARRETE, *Las relaciones familiares y el ciudadano de los miembros de la familia indígena*, en AA.VV., *Seminario de Derecho romano. XXVI aniversario*, coordinado por M. GAYOSSO Y NAVARRETE, Xalapa, 2000, 87-100 y B.A. RAMÍREZ ARCE – J.L. CUEVAS GAYOSSO, *La familia, en el sistema romano-indígena*, en *Enfoques jurídicos. Revista multidisciplinar del CEDEGS*, 6, 2022, 87-98.

vos (y sistemas de justicia) consuetudinarios de los diferentes pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, los cuales cuentan con sus propias organizaciones y/o sistemas familiares tradicionales, los que sin embargo pueden presentar también algunos desafíos al perpetrar ciertas prácticas, usos y costumbres que podrían resultar de dudosa legitimidad.

Todo esto, impone la necesidad de armonizar – en su caso – aquellos aspectos de las organizaciones familiares indígenas y afrodescendientes que pudieren entrar en conflicto con los derechos humanos y fundamentales reconocidos por los Tratados internacionales y por las Constituciones políticas, llevando a cabo un juicio de ponderación de los derechos e intereses colectivos de dichos pueblos y comunidades y de los derechos e intereses individuales de sus integrantes y/o de terceros, sobre todo con la finalidad de reorientar aquellas prácticas discriminatorias que atenten contra la igualdad de género, mediante una interpretación y aplicación intercultural y coordinada de los respectivos ordenamientos.