

Las reformas del derecho de familia en India: el matrimonio de niños entre derecho hindú tradicional e intervención estatal

DOMENICO FRANCAVILLA*

Sumario: I. Derecho hindú y matrimonio de niños. II. El matrimonio de niños en el derecho hindú clásico y en el periodo colonial. III. El matrimonio de niños y las reformas del derecho de familia en la India independiente. IV. Uniformidad y mutación.

Resumen: El artículo analiza la evolución del derecho de India en relación con el matrimonio de niños, considerando algunos aspectos del derecho tradicional hindú, los caracteres de la intervención colonial y las reformas jurídicas posteriores a la independencia. El trabajo resalta la interacción entre las diferentes fuentes de las que emerge el derecho hindú y los conflictos que se presentan entre derecho oficial y no oficial, para, con base en ello, explicar la manera como la modernización del derecho hindú ha encontrado diferentes resistencias que se han traducido en una peculiar separación entre disciplina privatista y penalista del matrimonio de niños, siendo este sancionado penalmente pero considerado válido hasta el *Child Marriage Prohibition Act* de 2006, cuya eficacia en el contexto indio aún sigue siendo problemática.

Palabras clave: matrimonio, hinduismo, reformas, invalidez, derechos personales, derechos de las mujeres, derechos de los niños.

* Profesor asociado de "Sistemas jurídicos comparados" y de "Derecho de India" en la *Università degli studi di Torino*, Italia. *Research Associate, School of Law, School of Oriental and African Studies, University of London*. Doctor en Filosofía del derecho, *Università degli studi di Padova*, Italia. Contacto: domenico.francavilla@unito.it Fecha de recepción: 15 de junio de 2012. Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2012. Traducción del italiano de Pablo Andrés Moreno Cruz.

Family law reforms in India: Child marriage between traditional Hindu law and State intervention

Abstract: The article analyses the evolution of Indian law on child marriages by focusing on selected aspects of traditional Hindu laws, colonial intervention and legal reforms after Independence. The article aims at highlighting the interaction between the different sources from which Hindu law emerges and conflicts occurring between official law and non-official law. On this basis, the article will try to explain how modernization of Hindu law has had to deal with a resistance that has resulted in a peculiar separation between private law and criminal law regimes of child marriages. In fact, they have been punished under criminal law but deemed as valid under private law till the Child Marriage Prohibition Act of 2006. Finally, the article will discuss several problems concerning the effectiveness in the Indian context of the new rules on child marriages introduced in 2006.

Keywords: marriage, Hinduism, reforms, invalidity, personal laws, women's rights, children's rights.

I. DERECHO HINDÚ Y MATRIMONIO DE NIÑOS

El derecho hindú ocupa una posición particular en el cuadro de los derechos contemporáneos. Se trata de un derecho religioso, de origen muy antiguo, que representa, a los ojos de muchos, un derecho atrasado que se basa en concepciones sociales que en el mundo contemporáneo deberían ser superadas. No obstante, el derecho hindú sigue siendo un derecho vital y un elemento oficial del derecho de familia de la República de India contemporánea.

Es necesario precisar que el derecho hindú contemporáneo, aplicado como derecho oficial en la India de hoy, es un derecho diferente del derecho tradicional, tanto en el plano de las fuentes como en el de los contenidos y los valores. Este nuevo derecho hindú estatalizado sigue siendo, de todas formas, hindú. Como veremos, el derecho estatal no buscó simplemente sustituir el derecho hindú precedente a la Independencia del 1947 con un derecho completamente nuevo y laico, sino que más bien optó por una modernización del derecho hindú preexistente, reformándolo en las partes que no eran coherentes con los principios incorporados en la Constitución de 1949 y que entró en vigor en 1950. Por lo tanto, el derecho de familia hindú contemporáneo representa, en su complejo, un significativo campo de estudio para analizar la relación entre las fuentes, normas y concepciones de un derecho religioso y tradicional, por una parte, y el derecho estatal de una República laica, por la otra.

El derecho hindú tradicional, así como los otros derechos religiosos, por ejemplo el derecho islámico, incluye algunas instituciones que parecen inaceptables para la cultura jurídica moderna. Entre estas, sin duda, un puesto de primer plano lo ocupa el matrimonio de niños que, en la percepción occidental, siempre

ha representado, junto con el menos difundido instituto del suicidio ritual de las viudas (*sati*), un símbolo de la legitimación, en el derecho hindú, de prácticas profundamente lesivas de los derechos de las personas. Este artículo busca, entonces, analizar el fenómeno de las "niñas esposas" al interior de la más amplia problemática relativa a las reformas del derecho hindú contemporáneo y a la persistencia de instituciones tradicionales en la India contemporánea.

El matrimonio de niños es una institución que se entrelaza con las reglas sobre la edad legal para el matrimonio. Estas reglas definen, junto con otras –por ejemplo aquella relativa a la monogamia o poligamia–, las condiciones que deben subsistir para que dos individuos puedan entrar en una relación matrimonial, y además dan muchas indicaciones importantes sobre la concepción general del matrimonio y sobre el papel cultural y jurídico asignado a los cónyuges. La edad legal para el matrimonio muta en los diferentes sistemas jurídicos. Su determinación, de todas formas, tiene dos puntos principales de referencia: el inicio de la edad de la pubertad, que se conecta con el aspecto de la sexualidad y de la gravidez, y la mayoría de edad, que se conecta, en cambio, con la libertad de elección individual.

Alrededor de estos dos puntos de referencia las diferentes tradiciones jurídicas han determinado la edad apropiada para el matrimonio. En este cuadro, diferentes sistemas jurídicos han elegido, en el curso de la historia, normas diferentes para regular la edad mínima para el matrimonio. Actualmente, estas reglas no son uniformes en todo el mundo, tanto si se consideran solo los derechos oficiales como si se incluyen en el análisis los así llamados derechos no oficiales¹. Reglas diferentes coexisten en todos los niveles y el derecho estatal puede estar en conflicto con las reglas tradicionales, o de otro tipo, relativas a la edad apropiada para el matrimonio.

Actualmente en India, la edad legal para los matrimonios hindúes está fijada en veintiún años para los hombres y dieciocho para las mujeres². El derecho estatal prevé que todos los matrimonios por debajo de esta edad deben ser considerados "*child marriages*"³. Naturalmente, no despiertan preocupación los matrimonios entre dos personas, ambas de dieciocho años. Cuando se piensa en el problema de los matrimonios de niños en India se piensa en matrimonios que involucran niños de edad significativamente menor y que pueden aún no haber alcanzado la edad de la pubertad. La imagen de un niño o una niña de ocho años, por ejemplo, que toma parte de un verdadero matrimonio, que tendrá consecuencias importantes para su

¹ Para los conceptos de derecho oficial y derecho no oficial cfr. MASAJI CHIBA. "Introduction", en *Asian Indigenous Law in Interaction with Received Law*, 1986, 5-7 ("Official law is the legal system sanctioned by the legitimate authority of a country [...] Unofficial law is the legal system not officially sanctioned by any legitimate authority, but sanctioned in practice by the general consensus of a certain circle of people"). El análisis de CHIBA también utiliza el concepto de "legal postulate", entendido como "a value principle or value system specifically connected with a particular official or unofficial law, which acts to found, justify, and orient the latter".

² *Infra* nota 31.

³ Cfr. WERNER F. MENSKI. *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, Oxford University Press, 2003, p. 324, donde se muestra que la amplitud de esta definición deja sin sentido la expresión "*child marriage*".

futuro, sin que pueda ser plenamente consciente de ello, es percibida como una violación de derechos y necesidades fundamentales del niño⁴. Esta práctica, que hiere profundamente la sensibilidad de muchos y genera grande preocupación en India y en otros lugares, no es sorprendente si se considera que matrimonios en edad precoz han sido practicados y legitimados en la historia del derecho en muchos contextos diferentes. No obstante, es en algunos específicos contextos, sobre todo asiáticos, que el matrimonio de niños, ya advertido como profundamente injusto y lesivo de las necesidades y derechos fundamentales, sigue siendo una práctica difundida, no obstante la tendencia hacia la modernización y la globalización. Esta institución se presta, entonces, para ser analizada según algunas parejas teóricas de gran importancia para el análisis de los derechos contemporáneos: tradición y modernidad; religión y Estado; Oriente y Occidente; local y global.

En la primera parte del artículo se analiza el matrimonio de niños en el derecho hindú clásico y se toman en consideración las primeras intervenciones reformistas ejecutadas en el periodo colonial⁵. El objetivo de este análisis es insertar el matrimonio de niños al interior de las concepciones generales del derecho y del matrimonio elaboradas en el seno del hinduismo y mostrar el fundamento de su legitimación en el *dharmā*, es decir, en el conjunto de los deberes que deben ser acatados por un hindú para sostener el orden social y cósmico. Además, la individualización de las características principales del comportamiento colonial en relación con esta práctica puede ser asumida como ejemplo de las primeras reacciones occidentales y como momento inicial de una separación entre disciplina privatista y disciplina penalista del matrimonio de niños que fue conservada con posterioridad a la Independencia.

La segunda parte del artículo se concentra en las reformas del derecho hindú en la India contemporánea, analizando la compleja interacción que se verifica entre una pluralidad de tipos de derecho basados en presupuestos diferentes, los conflictos entre derecho oficial y derecho no oficial, y el tipo de estrategias que se han utilizado a nivel estatal para intervenir sobre las prácticas socio-jurídicas hindúes. Bajo este último aspecto es muy significativo el hecho de que, hasta hace poco tiempo, los matrimonios de niños fueron considerados como válidos en el plano civilista, aun cuando punibles con instrumentos del derecho penal. En efecto, solo en el año 2006 se introdujo una nueva disciplina que considera los matrimonios de niños nulos o inválidos, según el caso. Surge la duda de por qué,

⁴ Los matrimonios de niños se refieren tanto a los hombres como a las mujeres; pero, como dato de hecho, las niñas son las más involucradas y, sobre todo, las que sufren en mayor medida el impacto de esta práctica sobre sus vidas. Por lo tanto, este tema involucra, al mismo tiempo, los derechos de los menores y los derechos de las mujeres. Cfr. JAYA SAGADE. *Child Marriage in India: Socio-legal and Human Rights Dimensions*, Oxford University Press, 2005, pp. 4-7.

⁵ Cfr. MENSKI. Ob. cit., *passim*, donde se describe detalladamente la evolución del derecho hindú en las diferentes épocas. También es necesario recordar que el derecho indio no puede ser identificado con el derecho hindú.

hasta hace pocos años, el matrimonio de niños fue considerado como válido por parte del derecho oficial en India y cuáles factores condujeron a la reforma de 2006. No obstante, después de ese año los matrimonios de niños siguen celebrándose.

La última parte conecta el problema del matrimonio de niños con procesos más generales de uniformidad del derecho hindú e indio y discute los límites, tal vez insuperables, de la importante intervención reformista del Estado y algunas cuestiones generales como la efectividad del derecho estatal, la difusión de nuevas reglas al interior de una determinada cultura y la conexión entre reglas e identidad religiosa. El fenómeno del matrimonio de niños asume en India una dimensión tal que se convierte en un caso paradigmático de la resistencia de los derechos tradicionales en las sociedades modernas. Por lo tanto, algunos de los argumentos que serán tratados en relación con la evolución del matrimonio de niños en el derecho hindú pueden ser referidos, más en general, al complejo proceso de interacción entre culturas jurídicas diferentes que se presenta en muchos otros contextos.

II. EL MATRIMONIO DE NIÑOS EN EL DERECHO HINDÚ CLÁSICO Y EN EL PERIODO COLONIAL

Históricamente, el derecho de familia en India se ha caracterizado por un gran pluralismo. La coexistencia en el contexto indio de una pluralidad de culturas, reglas de comportamiento e instituciones puede ser vista como el resultado de la presencia en el subcontinente indio, desde tiempos muy antiguos, de pueblos y culturas que han desarrollado sus propios sistemas jurídicos. Estos sistemas jurídicos, en muchos casos, tienen un carácter religioso. El derecho hindú es, sin duda, el principal derecho que se ha originado en el subcontinente indio. Al derecho hindú se unieron, en el curso de la historia precolonial, otros importantes derechos, desde el derecho budista hasta el derecho islámico, pasando por los derechos tribales, difundidos en muchas partes de India⁶. Estos derechos han interactuado de variadas maneras en diferentes contextos del país, con la consecuencia de que los derechos históricos indios han asumido formas diferenciadas. Este pluralismo, entendido como un estado de hecho, ha sido ampliamente legitimado en el plano teórico. En su conjunto, la tradición jurídica india ha abierto el espacio a reglas y concepciones diferentes y ha buscado mantenerlas unidas.

⁶ Estos sistemas jurídicos aparecieron en fases diferentes de la historia jurídica de India y han interactuado entre ellos. Aquí no es posible presentar un estudio detallado de esta interacción y discutir los problemas conectados con la periodización del derecho indio. Sin embargo, se pueden tener presentes los siguientes puntos de referencia. El origen de la tradición hindú puede identificarse a partir del año 1500 a.C., mientras la tradición jurídica budista se desarrolló en el subcontinente indio a partir de 500 a.C. El derecho islámico se convirtió en parte sustancial del derecho indio en el año 1000 d.C. Los derechos tribales son principalmente derechos aborígenes que se desarrollaron al margen de otros derechos indios.

Con este cuadro como fondo del discurso, se puede observar que los diferentes sistemas jurídicos locales hindúes han establecido reglas específicas en materia matrimonial. Los requisitos que deben ser satisfechos para que una pareja pueda casarse válidamente, incluidos aquellos relativos a la edad para el matrimonio, han cambiado según la época, las áreas geográficas y los diferentes componentes sociales del hinduismo⁷.

La mayor parte de los estudiosos están de acuerdo en afirmar que en el periodo védico (c. 1500-600 a.C.) los matrimonios de niños no se habían difundido⁸. Estos solo aparecieron en las fuentes clásicas sucesivas (600 a.C.-200 d.C.). Lo anterior no significa, sin embargo, que los matrimonios de niños estuvieran del todo ausentes en la época védica, ni que se pueda afirmar que en la época clásica representaban la regla general.

El hecho de que una edad matrimonial baja fuese preferida en el periodo clásico adquiere evidencia a partir de los textos pertenecientes a la literatura de los *dharmasutra* y *dharmashastra*, obras doctrinales en las que se elaboran las reglas del *dharma*⁹. Estas obras normalmente incluyen algunas reglas sobre la edad apropiada para el matrimonio, según las cuales una joven mujer debería ser dada en matrimonio pocos meses después del comienzo de la pubertad, o incluso antes. Es necesario recordar que los autores de los *dharmashastra* se fundamentan en una serie de fuentes del *dharma*, entre las cuales están los textos védicos, los *dharmashastra* escritos por otros autores y reconocidos como dotados de autoridad, los modelos de comportamiento y las praxis aceptadas como dhármicas (*sadacara*), a más de en su propia opinión personal, que adquiere autoridad en la medida en que estos autores sean considerados como concedores del Veda y sabios respetuosos del *dharma*. Además, muy a menudo, los autores de los textos del *dharmashastra* parten de las reglas efectivamente seguidas en la práctica y discuten sobre su validez dhármica, dejando a su paso preciosas indicaciones sobre las reglas efectivamente seguidas. Los *dharmashastra*, en cuanto obras doctrinales, no son estrictamente vinculantes, sino que, en la práctica, su autoridad era tomada en consideración también en el cuadro de la administración de la justicia por parte del soberano. Las reglas descritas en los *dharmashastra* son reglas dhármicas. Su descripción del *dharma* está dotada de autoridad para un hindú y, en este sentido, resulta claramente que, al menos en el hinduismo tradicional, la opinión prevaleciente es que un matrimonio en edad precoz es considerado como un deber. Ello significa que el matrimonio infantil es considerado como forma apropiada de matrimonio y que su realización es vista como parte del proceso de mantenimiento del orden cósmico y social, es decir del *dharma*. En esta concepción, por lo tanto, el matrimonio de niños tiene efectos positivos en relación con el mantenimiento del orden cósmico, la conservación

⁷ Cfr., en general, MENSKI, Ob. cit., pp. 322-370.

⁸ Cfr. RAJ BALI PANDEY. *Hindu Samskaras*, 2 ed., 1969, p. 200.

⁹ Cfr. ROBERT LINGAT. *The Classical Law of India*, 1973, pp. 3-14, donde se describen detalladamente el concepto de *dharma* y los caracteres de *dharmasutra* y *dharmashastra*.

de la sociedad y los méritos espirituales de aquellos que están involucrados. Sin embargo, como resalta Menski, la obligación dhármica fundamental era encontrar un marido apto y los matrimonios de los niños eran legitimados en la medida en que contribuyeran a realizar este objetivo¹⁰.

Si lo dicho hasta ahora puede servir como una descripción simplificada de las implicaciones dhármicas del matrimonio de niños, es necesario considerar que estas reglas dhármicas sirvieron para legitimar algunos hechos sociales originarios. Desde una perspectiva sociológica, han sido formuladas diferentes teorías para explicar la difusión de los matrimonios de niños. Probablemente, la función principal del matrimonio precoz puede ser individualizada en la necesidad de garantizar el control de la sexualidad femenina y limitar, mediante la anticipación del matrimonio, las relaciones sexuales ilícitas fuera de ese contexto institucionalizado. Otra explicación puede ser identificada en la lógica de las castas. Si el matrimonio es un pasaje necesario en la vida de un hindú, y si un buen matrimonio debe superar toda una serie de requisitos que se refieren a la casta y al estado social, entonces un matrimonio precoz puede representar una estrategia para resolver todas aquellos problemas de forma eficiente. Además, la esposa hindú entra a formar parte de la familia del esposo y, en este sentido, el matrimonio infantil podría ser visto como finalizado a facilitar el pasaje de la esposa a la nueva familia antes de que pueda oponerse. Algunos autores también sugieren que el matrimonio de niños no es una práctica de origen hindú y que se difundió solo durante el periodo musulmán (1100 d.C.-1600 d.C.), con el fin de crear, lo más rápido posible, uniones entre los hindúes para limitar el contacto con los musulmanes.

Algunas explicaciones están relacionadas con la función que los matrimonios precoces han cumplido en todas las sociedades, mientras otras están conectadas estrechamente con la cultura hindú. Reglas idénticas pueden ser justificadas en términos muy diferentes y en culturas diferentes, con base en características culturales fundamentales que influyen una entera visión del mundo. Los matrimonios de niños se han difundido en diferentes contextos, pero, aunque la regla que los disciplina pueden ser muy similar, el modo como las mismas han sido legitimadas culturalmente puede variar de forma significativa. Desde un punto de vista teórico, es importante no solo la existencia de este fenómeno social, sino también su legitimación al interior de una cultura o tradición jurídica.

En época clásica, y aún hoy, si se adopta una perspectiva socio-jurídica, las normas sobre el matrimonio de niños en el contexto cultural hindú son reglas dhármicas: los matrimonios de niños son matrimonios dhármicos. Sin embargo, el hecho de que los matrimonios de niños sean aprobados en algunos textos fundamentales no significa que el matrimonio de niños haya sido la regla general en el derecho de la India clásica. En efecto, no solo esto resulta a partir de la interacción de diferentes fuentes, sino que, además, es necesario considerar que

¹⁰ Cfr. MENSKI. Ob. cit., pp. 330-333.

para la filosofía del derecho hindú las reglas del *dharm*a no se establecen de una vez por todas, sino que pueden variar dependiendo de los contextos. En relación específica con los matrimonios de niños, esto quiere decir que, al menos en principio, el carácter dhármico de estos matrimonios no era absoluto y que otras reglas sobre la edad para el matrimonio (que prevén una edad mayor) podían ser consideradas igualmente dhármicas.

Ahora bien, aunque, sin duda, es una exageración afirmar que el matrimonio de niños sea la regla general en el derecho hindú tradicional, es igualmente exagerado afirmar que estos sean, en cierto modo, un fenómeno marginal del hinduismo. Por el contrario, e independientemente de su origen, los matrimonios de niños se han legitimado e institucionalizado en la tradición jurídica hindú, al tiempo que, aunque no han sido seguidos de manera uniforme, se difundieron en muchas zonas de India a partir del hinduismo.

Como veremos, el conjunto de concepciones dhármicas que circundan la práctica del matrimonio de niños siguen siendo relevantes para los hindúes de hoy. Sin embargo, a partir del periodo colonial, el derecho hindú ha interactuado con nuevas concepciones y normas jurídicas que tienen un carácter diferente. Al considerar el impacto de la dominación británica en la práctica del matrimonio de niños en India, es necesario recordar que el gobierno colonial británico, de manera general, había decidido no intervenir en los diferentes derechos de familia de los sujetos gobernados. En efecto, se decidió que, en lo relacionado con las cuestiones del derecho de familia y las sucesiones, las cortes coloniales debían aplicar el derecho hindú a los hindúes y el derecho islámico a los musulmanes¹¹. Así, el gobierno colonial británico, aunque codificó y uniformó el derecho penal y otras partes del derecho (por ejemplo los contratos) como derecho territorial de aplicación general, adoptó un sistema pluralista para el derecho de familia, identificándolo como un sistema de derechos personales: aplicación de un derecho diferente en consonancia con la pertenencia religiosa y comunitaria de la persona interesada. Lo anterior porque, dada la existencia de diferentes comunidades potencialmente en conflicto, cada una con su propio sistema de derecho de familia, no era aconsejable y probablemente era irrealista tratar de intervenir de forma radical.

Sin embargo, no obstante el reconocimiento de un sistema de derechos personales, en realidad, los organismos oficiales coloniales terminaron por intervenir, en diferentes modos, el derecho de familia hindú. En primer lugar, las cortes oficiales, al aplicar el derecho hindú sobre una base personal, no entendieron correctamente su naturaleza y, sobre todo, en un principio, consideraron los *dharmashastra* bajo el punto de vista de los códigos y, entonces, desconocieron la importancia de la costumbre hindú. En segundo lugar, cuando reconocieron las costumbres locales, condicionaron su aplicación a reglas muy rígidas, como, por ejemplo, la exigencia de un origen inmemorial, y de este modo ignoraron importantes reglas

¹¹ Cfr. MENSKI. Ob. cit., p. 61.

consuetudinarias hindúes. En tercer lugar, por medio del principio interpretativo de "*justice, equity and good conscience*", las cortes introdujeron nuevos conceptos y reglas que eran extrañas al derecho tradicional hindú¹². En consecuencia, de hecho, los jueces británicos modificaron el derecho de familia hindú de una forma que, paradójicamente, generalizó un modelo jurídico ortodoxo basado en textos sánscritos y, en cambio, marginalizó los sistemas jurídicos locales, en particular la costumbre, que en algunos casos eran más "modernos".

Si se considera la jurisprudencia anglo-hindú sobre el matrimonio de niños, la primera cosa que se debe indicar es que las Cortes reconocen el concepto hindú de *samskara*, traducible como "sacramento". El hinduismo adopta una concepción sacramental del matrimonio como rito que transforma el estatus y el rol "cósmico" de los individuos, produciendo un vínculo sacro e indisoluble. Desde este punto de vista, aquello que es importante para la validez del matrimonio es que los rituales hayan sido seguidos correctamente. En una sentencia del periodo colonial, *Venkatacharyulu v. Rangacharyulu*, se afirma:

There can be no doubt that a Hindu marriage is a religious ceremony. According to all the texts, it is a samskaram or sacrament, the only one prescribed for a woman and one of the principal religious rites prescribed for purification of the soul. It is binding for life because the marriage rite completed by saptapadi or the walking of seven steps before the consecrated fire creates a religious tie, and a religious tie when once created cannot be untied. It is not a mere contract in which a consenting mind is indispensable. The person married may be a minor or even of unsound mind, and yet, if the marriage rite is duly solemnized, there is a valid marriage¹³.

Este enfoque es la prueba evidente del reconocimiento por parte de las cortes de la naturaleza sacramental del matrimonio hindú y, entonces, de un matrimonio independiente del consentimiento que, en consecuencia, legitima el matrimonio de niños. De este modo, la Corte se fundamenta en el derecho tradicional hindú, al menos en la forma que emerge de las concepciones mayoritarias del hinduismo. En otros casos, las Cortes oficiales no reconocieron ninguna regla consuetudinaria que pudiese oponerse a los matrimonios de niños, porque tenían dificultad para comprender el pluralismo interno de la tradición jurídica hindú que comprendía diferentes concepciones y reglas matrimoniales¹⁴.

Además, es necesario tomar en consideración otro aspecto importante y general de la política colonial frente a los derechos personales de los súbditos. Aunque se respetaba formalmente el sistema de derechos personales, en algunos casos las autoridades coloniales intervenían sobre algunos limitados aspectos del derecho de familia mediante el empleo del instrumento legislativo que en la mayoría de casos

¹² Cfr. *ibíd.*, pp. 156-85.

¹³ 1891 I.L.R. 14 (Mad.) 318.

¹⁴ Cfr. MENSKI. *Ob. cit.*, pp. 180-181, donde se describe el proceso de reconocimiento judicial de las costumbres y se muestra que cuando estas no son reconocidas pueden, de todas formas, continuar existiendo en la realidad social.

tenía un carácter territorial pero afectaba indirectamente los derechos personales. Esto es precisamente lo que sucedió en el caso de los matrimonios de niños. Aunque la administración colonial era relucante a intervenir en este campo, al final del siglo XIX estaba emergiendo un activismo social en India que se sumaba a la preocupación de la opinión pública en la madre patria por algunas prácticas que eran percibidas como inaceptables¹⁵. Pues bien, como resalta Menski, en cambio de tratar de erradicar estas prácticas, "the focus fell on curtailing the worst excesses to alleviate the suffering of Indian women. The resulting legal regulation took the shape of 'restraint' rather than 'prohibition'"¹⁶. Esto se hizo disciplinando penalmente el matrimonio de niños sin intervenir en los aspectos privatistas. La legitimación de este tipo de intervención, que separaba la esfera jurídica penal de aquella civil, se encontraba en la necesidad de prevenir casos de maternidad precoz y de abuso sexual en el contexto del matrimonio de niños, en lugar de intervenir el matrimonio de niños como tal.

Un ejemplo se puede identificar en la sección 375 del Código Penal de India de 1860. Una norma sobre la violencia sexual aplicable, también, a las relaciones sexuales al interior del matrimonio: "A man is said to commit rape who, except in the case hereinafter excepted, has sexual intercourse with a woman under circumstances following any of the five following descriptions: [...] Fifthly: with or without her consent, when she is under ten years of age. [...] Exception, sexual intercourse by a man with his own wife, the wife not being under ten years of age is not rape".

En 1891, la edad se aumentó a doce años¹⁷. Los movimientos hindúes formularon diferentes críticas que, como señala Menski, surgieron, no tanto por la novedad de las normas, cuanto por la voluntad de interferencia británica en las prácticas sociales hindúes. De todas formas, el impacto de esta normativa no fue muy significativo. En 1921 cerca de 218.000 niñas se habían casado con una edad inferior a los cinco años y cerca de 8.500.000 con una edad inferior a los quince años¹⁸. La oposición hindú desincentivó otras previsiones normativas coloniales¹⁹. Los hindúes no legitimaron la intervención colonial porque la percibieron como un ataque contra el sistema de los derechos personales; posición que favoreció, también, a aquellos movimientos que, aunque combatían el matrimonio de niños, buscaban que fuera superado desde el interior.

En 1929, los británicos tomaron de nuevo la iniciativa con el *Child Marriage Restraint Bill*²⁰. En este diseño de ley se establecía la invalidez del matrimonio cuan-

¹⁵ Cfr. ibíd., p. 335.

¹⁶ Cfr. ibíd.

¹⁷ MENSKI comenta: "After much debate, a Bill was finally introduced in 1891 to raise the minimum age for marital cohabitation from ten to twelve years. This became the so-called Age of Consent Act, 1891 (Act X of 1891), which Banerjee [...] saw as a 'poor substitute for prohibition of early marriage of girls' and Sarkar [...] depicts as 'an unbelievably messy and impractical measure'": ibíd., p. 337, donde también se recuerda que el nombre oficial del Act es *Indian Criminal Law Amendment Act*.

¹⁸ 1921 Census (India).

¹⁹ Cfr. ob. cit., p. 340.

²⁰ Cfr. ibíd., para una presentación de las principales opiniones que se dieron durante el debate del proyecto.

do la edad de la joven, al momento del matrimonio, era inferior a los doce años o la edad del joven era inferior a los quince años. Sin embargo, esta disposición crucial fue eliminada del texto definitivo del *Child Marriage Restraint Act* de 1929 que, al final, siguió el surco trazado con anterioridad y, así, previó, simplemente, una sanción penal de detención o una sanción pecuniaria, o una combinación de ambas²¹. En definitiva, los británicos trataron de intervenir sobre la práctica del matrimonio de niños sin criticar su validez²². De este modo, el derecho personal hindú permaneció formalmente a salvo.

III. EL MATRIMONIO DE NIÑOS Y LAS REFORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA INDIA INDEPENDIENTE

La India independiente ha tenido que afrontar los difíciles problemas derivados del sistema de los derechos personales. La Constitución de India, al interior de los *Directive Principles of State Policy*, adoptó una norma pragmática, el artículo 44, que prevé la adopción por parte del Estado de un código civil uniforme²³. Sin embargo, esta disposición constitucional no fue desarrollada y, según algunos autores, es probable que tampoco lo sea en el futuro²⁴. Inmediatamente después de la Independencia, muchos afirmaban que un código civil uniforme habría sido un complemento necesario del laicismo en India. Sin embargo, la diversidad jurídica en el terreno y la peligrosidad de potenciales conflictos entre diferentes comunidades religiosas condujeron a la renuncia de planes más ambiciosos y, en cambio, a la simple adopción de un principio directivo no aplicable directamente por las Cortes. El Parlamento promulgó, entonces, una serie de leyes dirigidas a simplificar y enmendar, al menos, el derecho personal hindú, buscando un objetivo que parecía más realista. En 1955 fue promulgado el *Hindu Marriage Act* y en 1956 el *Hindu Minority and Guardianship Act*, el *Hindu Adoptions and Maintenance Act* y el *Hindu Succession Act*²⁵.

El derecho hindú contemporáneo, aunque es un componente oficial del sistema jurídico de la India independiente, está regulado por la legislación estatal y

²¹ Cfr. *The Child Marriage Restraint Act*, 1929, N. 19, *Acts of Parliament*, 1929 (India), que prevé diferentes sanciones con base en la edad, el género y rol desempeñado en la celebración del matrimonio.

²² Cfr. MENSKI. Ob. cit., pp. 341-342, donde se precisa que el Act declara claramente que se pensó con el fin de "restrain the solemnization of child marriages"; cfr. LINGAT. Ob. cit., pp. 263-266, para una discusión sobre el enfoque gradual que fue adoptado por los británicos al introducir reformas legislativas en India.

²³ Cfr. art. 44 de la Constitución de India.

²⁴ Para una discusión sobre los problemas relacionados con el código civil uniforme, cfr., en general, WERNER MENSKI. "The Uniform Civil Code debate in Indian Law: New developments and changing agenda", 9 *German L.J.* 211, 2008, p. 250.

²⁵ Cfr. *The Hindu Marriage Act*, N. 25, 1955, *Acts of Parliament*, 1955 (India); cfr., también, *The Hindu Minority and Guardianship Act*, N. 32, 1956, *Acts of Parliament*, 1956 (India); *The Hindu Adoptions and Maintenance Act*, N. 78, 1956, *Acts of Parliament*, 1956 (India); *The Hindu Succession Act*, N. 30, 1956, *Acts of Parliament*, 1956 (India).

es aplicado por las Cortes estatales; de todas formas es un derecho que, aunque simplificado, se caracteriza por un amplio pluralismo. Por ejemplo, las costumbres, que son manifestaciones de los derechos locales y pueden ser vistas como "derecho espontáneo" o como "derecho desde abajo", han sido ampliamente reconocidas y son aplicadas por los jueces estatales. Sin embargo, existen algunos requisitos impuestos por el Estado como condiciones para la aplicación del derecho consuetudinario; en particular, una costumbre debe haber sido cumplida por un largo periodo de tiempo, de forma continua y uniforme, debe ser cierta y no puede ser irracional o contraria al orden público²⁶.

Las reglas que específicamente se refieren a los matrimonios de niños se encuentran, sobre todo, en la sección 5.3 del *Hindu Marriage Act* de 1955 que establece las condiciones para el matrimonio hindú: "A marriage may be solemnized between any two Hindus, if the following conditions are fulfilled, namely: [...] the bridegroom has completed the age of eighteen years and the bride the age of fifteen years at the time of marriage"²⁷. El requisito de la edad cambió sucesivamente, elevándolo a veintiún años para los hombres y dieciocho para las mujeres²⁸. En caso de violación de esta norma, la sección 18 prevé una sanción penal: "Every person who procures a marriage for himself or herself to be solemnized under this Act [...] shall be punishable - (a) in the case of a contravention of the condition specified in clause (iii) of section 5, with simple imprisonment which may extend to fifteen days, or with fine which may extend to one thousand rupees, or with both"²⁹.

El punto que tiene que ser resaltado es que, en caso de violación de la norma que establece la edad mínima para el matrimonio, este sigue siendo válido, en cuanto no se previó su nulidad ni su invalidez. En efecto, las secciones 11 (*void marriage*) y 12 (*voidable marriage*) no contemplan el caso de violación de la sección 5.3³⁰. En otras palabras, el *Hindu Marriage Act* no otorga ninguna solución explícita como, en cambio, sí lo hace en relación con la monogamia y los otros requisitos del matrimonio; y esta falta de referencia explícita fue interpretada en el sentido de que el matrimonio continúa siendo válido³¹. Así, hasta el año 2006, el derecho oficial hindú prohibió la práctica del matrimonio de niños, estableciendo una edad mínima para el matrimonio y previendo una sanción penal en caso de que

²⁶ La definición legal de costumbre es variable y se refiere al problema de los límites al reconocimiento de una determinada costumbre por parte del Estado. En el nivel que le es propio, una costumbre podría no ser practicada por un largo periodo de tiempo, no ser continua y también ser contraria a los principios generales de un ordenamiento estatal y, no obstante, ser una regla vinculante para aquellos que hacen parte de aquel sistema jurídico consuetudinario.

²⁷ *Hindu Marriage Act* § 5.

²⁸ *Hindu Marriage Act* § 5, de acuerdo con su modificación por el *Child Marriage Restraint (Amendment) Act* de 1978 (Act 2 de 1978).

²⁹ *Ibid.* § 18.

³⁰ *Ibid.* §§ 11 y 12.

³¹ *Cfr. ibid.*, § 13. En 1955 la monogamia fue elevada a regla general para todos los hindúes no obstante el hecho de que significativas comunidades hindúes eran, en realidad, polígamas. Obsérvese que la violación del requisito del matrimonio hace nulo el matrimonio sucesivo.

no se respetase esta edad; pero, desde el punto de vista del derecho privado, un matrimonio de menores, incluso si involucraba a un niño o una niña de ocho años, seguía siendo perfectamente válido.

El hecho de que el *Hindu Marriage Act* deje a salvo los matrimonios de los niños puede ser visto como el resultado de un compromiso que se hizo necesario debido a la difusión de esta práctica, que aún representaba una institución tradicional en algunas partes del hinduismo. En otros términos, después de la Independencia se temió que considerar el matrimonio de niños inválido o nulo produjera una gran cantidad de contenciosos e incertidumbre jurídica. En este contexto, donde los matrimonios no se deben registrar obligatoriamente y son administrados a nivel comunitario, era grande el riesgo de que la invalidez del matrimonio terminara por causar daño precisamente a las partes débiles que la invalidez debería tutelar. Por ejemplo, un hombre habría podido pedir la nulidad de un matrimonio, en cambio de solicitar el divorcio, sin tener en cuenta el hecho de que ese matrimonio era reconocido como válido en la realidad social. En segundo lugar, intervenir radicalmente sobre el matrimonio de niños habría significado actuar contra una práctica que los hindúes sentían como legítima en el plano religioso y obligatoria en muchos contextos.

Por lo tanto, después de la Independencia, los indios escogieron una solución de continuidad con el periodo colonial, en cuanto consideraron que la difusión y legitimación cultural de la práctica del matrimonio de niños hacía contraproducente la introducción de una rigurosa reglamentación en el plano del derecho privado y que la sanción penal era una opción de política del derecho adecuada³². Sin embargo, es necesario precisar que la sanción penal no era severa y tenía un efecto disuasivo muy limitado; tanto que, en un cierto sentido, podía ser considerada simplemente como un costo anexo al matrimonio. Por este motivo, el efecto de esta disciplina sobre la difusión de la práctica fue muy reducido.

En los últimos años, la agenda del reformismo social ha recorrido un largo camino. Muchos activistas han luchado contra los matrimonios de niños en diferentes niveles. Además de los derechos humanos, de las mujeres y de los niños, están en juego varias consideraciones sobre el bienestar social³³. También como efecto de este activismo, la disciplina del matrimonio de niños en India fue recientemente modificada con el *Child Marriage Prohibition Act* de 2006, que por primera vez dispone que los matrimonios de menores son anulables o nulos en algunos casos particularmente graves, por ejemplo, cuando un matrimonio va acompañado del secuestro de niños³⁴. El derecho de India ha aceptado entonces, en línea con otros ordenamientos jurídicos, que los matrimonios de niños no pueden simplemente

³² Cfr. MENSKI. *Hindu Law*, cit., p. 345.

³³ Cfr. SAGADE. Ob. cit., pp. 132-33, 181, para una discusión sobre el matrimonio de niños y la violación de los derechos humanos a partir del derecho a la igualdad según lo prescrito en la Carta de las Naciones Unidas, y del derecho a la salud física y mental según lo prescrito en la Declaración de los Derechos Humanos.

³⁴ Cfr. *The Prohibition of Child Marriage Act*, N. 6, 2006, *Acts of Parliament*, 2007 (India).

ser sancionados penalmente, sino que deben poder ser inválidos para permitir al interesado terminar la relación de matrimonio. Estas nuevas normas han otorgado a las mujeres nuevos instrumentos jurídicos para decidir sobre la propia vida.

El *Child Marriage Prohibition Act* es derecho territorial y, como tal, es aplicable a toda la población, independientemente de su pertenencia religiosa y comunitaria, sin importar que se trate de una materia que pertenece a la esfera de los derechos personales. A este respecto es posible señalar que, en parte, se está verificando una uniformación del derecho de familia en India mediante el empleo de una combinación de derecho territorial y derechos personales.

Es legítimo preguntarse si esta nueva disciplina jurídica refleja una evolución de la concepción india de la familia. Ciertamente hay nuevos factores que están actuando contra los matrimonios de los niños, en particular la cada vez más difundida conciencia del problema del bienestar social y la necesidad para India de invertir en la instrucción de las mujeres. Además, es muy importante el aspecto patrimonial de la vida familiar. En general, la esposa entra a formar parte de la familia del esposo y asume una serie de tareas prácticas en la gestión de la familia, contribuyendo a su riqueza. Un reciente cambio de gran importancia es que la vida económica moderna está empujando, en India y en otros lugares, hacia el aumento de la edad de matrimonio, con el fin de incrementar la riqueza familiar por medio de una mayor contribución al ingreso por parte de la esposa.

Sin embargo, aún existen factores que alientan el matrimonio de niños. Desde un punto de vista religioso, sigue estando muy difundida la convicción de que el matrimonio precoz produce méritos espirituales y que una familia tiene el deber de encontrar un marido adecuado para una hija. Igualmente, siguen siendo actuales las implicaciones conectadas con el control de la sexualidad femenina. Algunos movimientos hindúes rechazan decididamente este reciente cambio legislativo que es percibido como peligroso para la estructura familiar hindú y para algunos valores fundamentales del hinduismo. Persisten con fuerza factores en estricto sentido tradicionales. En efecto, los matrimonios de niños encuentran legitimación también en el simple hecho de representar una praxis consolidada desde un pasado muy lejano. En otras palabras, en determinados contextos, la opción más natural para una mujer es observar la regla seguida por la propia madre, que fue a su vez la regla seguida por la propia abuela. Esto significa que los matrimonios de niños pueden contar con una especie de presunciones sobre su corrección, su carácter apropiado y de méritos, al tiempo que persiste una notable presión social para adecuarse a lo que siempre se ha hecho con anterioridad.

Después del año 2006, los matrimonios de niños ya no son legítimos en el derecho hindú oficial, pero siguen siéndolo desde el punto de vista de algunas autoridades religiosas y de algunas comunidades a nivel del derecho tradicional no oficial. Por lo tanto, puede verificarse un conflicto entre una regla del derecho oficial hindú, que considera un matrimonio de niños nulo o anulable, y una regla del derecho hindú no oficial, que lo considera válido y, de hecho, obligatorio. Aunque después del *Child Marriage Prohibition Act* ha habido algunas sentencias que han aplicado la nueva

disciplina (p. ej., *Association of Social Justice and Research v. Union of India and others*, Delhi High Court, 2010; *G. Saravanan v. Commissioner of Police*, Madras High Court, 2011), el problema no puede ser considerado solo desde el punto de vista del derecho oficial. Es necesario, entonces, profundizar el problema de la relación entre derecho oficial y derecho no oficial y la cuestión de los límites a la intervención del Estado.

IV. UNIFORMIDAD Y MUTACIÓN

Antes del año 2006, el matrimonio de niños ya era prohibido y sancionado penalmente en el derecho hindú oficial; sin embargo, el hecho de que dichos matrimonios fuesen válidos en el plano privatista permite afirmar que, en realidad, eran parte del derecho oficial, puesto que las cortes estatales reconocían su existencia y efectos.

El *Child Marriage Prohibition Act* es derecho territorial y se aplica a todos los indios en un importante, si bien delimitado, aspecto del derecho de familia. Esta ley representa un paso importante respecto a la disciplina precedente; si embargo, es necesario preguntarse si esta reforma puede tener un efecto significativo en la realidad social. La respuesta a esta pregunta requiere la conceptualización de los límites de intervención del Estado en el derecho privado. El hecho es que la ley aplicable por los órganos oficiales del Estado y el derecho seguido a nivel de la comunidad siguen divergiendo. Después del año 2006 un juez indio debe declarar un matrimonio de niños nulo o inválido y, en este sentido, el matrimonio de niños ya no es una parte del derecho hindú oficial. Sin embargo, el ordenamiento social puede preservar los matrimonios de niños, también porque no es necesario recurrir a las Cortes estatales en materia de familia, sino que las controversias pueden ser resueltas a nivel local e informal.

El cambio social guiado por la actividad del Estado funciona de manera diferente en consideración de los fenómenos sociales que el mismo trata de afrontar. En un contexto pluralista, en el que se siguen reglas diferentes, la reglamentación jurídica estatal es más significativa para algunos grupos que para otros. Para comprender dicho punto es necesario recordar que, aunque se trate de una práctica difundida, el matrimonio de niños no está presente en la mayoría de los Estados indios, sino que se concentra sobre todo en algunas áreas. Por ejemplo, este tipo de matrimonio está difundido en Gujarat y en Rajasthan, mientras en otros Estados, como por ejemplo Kerala, no³⁵. Además, los matrimonios de niños se difunden más entre los hindúes que en otras comunidades religiosas³⁶.

³⁵ Cfr. "Gujarat, AP Top List of Child Marriages", en *The Times of India*, Mar. 30, 2010, disponible en [<http://timesofindia.indiatimes.com/articleshow/5742216.cms?prtpage=1>], donde se afirma que 23 casos de matrimonios de niños fueron reportados en Gujarat durante el año 2008; cfr. también SAGADE. Ob cit., pp. 4-6, donde se señala que las mujeres de Rajasthan se casan, en promedio, a la edad de 15,9 años, mientras que en Kerala lo hacen a la edad promedio de 20 años.

³⁶ A este respecto cfr. *ibíd.*, p. 4.

El *Child Marriage Prohibition Act* de 2006 convirtió en general y uniforme una nueva regla relativa a la edad del matrimonio para todos los hindúes y para todos los indios. De hecho, desde el punto de vista del derecho privado, mientras antes del año 2006 no existía ningún requisito para la edad matrimonial (todos los matrimonios de menores eran válidos), al tiempo que diferentes normas locales podían ser acatadas, después del año 2006 todos los matrimonios de niños se consideran nulos o inválidos, según las circunstancias. Aquí, el punto teórico importante es que la introducción de esta regla a nivel de la legislación estatal convirtió en aplicables de forma general algunos requisitos relativos a la edad matrimonial que ya eran seguidos por muchos hindúes con base en sus reglas consuetudinarias específicas³⁷. Esto significa que los hindúes que ya habían adoptado en su propio sistema jurídico local la regla según la cual la edad matrimonial es de veintinueve años para los hombres y dieciocho para las mujeres, no resultaron afectados por el cambio en la legislación oficial del Estado. En consecuencia, el *Child Marriage Prohibition Act* tiene un impacto más significativo sobre el Rajasthan que sobre el Kerala.

Normalmente un Estado busca efectuar intervenciones reformistas de este tipo cuando es razonable suponer que la mayoría de la población aceptará la nueva regla. También puede decidir crear una disciplina jurídica formal más de "avanzada", respecto de lo que hace la mayor parte de la población, con el fin de estimular el cambio social mediante la introducción de una nueva disciplina. Sin embargo, en ambos casos, el legislador prevé la eficacia de su intervención. Los mismos dominadores coloniales no tuvieron la presunción de tratar de cambiar radicalmente el ordenamiento social de sus súbditos, al menos en esta materia.

El cambio jurídico fue perseguido por el *Child Marriage Prohibition Act* por medio de la generalización a nivel formal de reglas ya cumplidas por una parte de la sociedad con el fin de estimular procesos que al final podrían uniformar tales reglas en la práctica.

El proceso de difusión en la práctica social de la nueva regla requiere algunas observaciones adicionales. Aunque la nueva disciplina formal podría ser vista como la formulación por parte de la autoridad estatal de unas reglas que ya eran seguidas por algunas partes de la sociedad india y que deben ser generalizadas, estas nuevas reglas, para poder ser efectivas, han de ser difundidas en los grupos sociales que antes de la nueva disciplina formal seguían reglas diferentes y aceptaban el matrimonio de los niños. Este proceso es particularmente complejo.

³⁷ Es necesario conservar una distinción entre reglas y prácticas. Una determinada práctica puede testimoniar la existencia de reglas jurídicas, pero puede constituir, al mismo tiempo, una violación de reglas jurídicas. Lo importante es la existencia de reglas diferentes y no simplemente de prácticas diferentes. Una comunidad puede aceptar una regla que prevé una edad precoz para el matrimonio independientemente del hecho de que en la práctica nadie siga dicha regla. Si todos, por ejemplo, se casan a los 18 años, esto no significa, necesariamente, que no se puedan casar también a la edad de 8 años. De todas formas, si nadie se casa a una edad precoz, después de un cierto periodo de tiempo se podría afirmar que la misma regla ha mutado.

Si la regla formal y escrita está en conflicto con la regla, normalmente no escrita, que se sigue en una parte de la sociedad, a menudo sucede que aquellos que acatan esta última continuarán interiorizando, transmitiendo y difundiendo dicha práctica, creando conflictos con la disciplina jurídica formal. En este proceso juega un rol crucial la imitación de las prácticas existentes. Una regla formal necesita de tiempo para entrar a formar parte de la práctica porque en algunos casos debe superar un entero sistema de reglas y creencias que son interiorizadas por medio de mecanismos mucho más "fundamentales" y que actúan con mayor intermediación. La efectividad depende, sin duda, de un conflicto de autoridad, pero no se debe subestimar la importancia de los aspectos antropológicos del proceso de difusión de las reglas y, en particular, los caracteres cognitivos de los procesos de aprendizaje.

En los contextos en que los modelos de comportamiento son fuentes del derecho, en el sentido de que las formas de comportamiento consideradas como legítimas son "encarnadas" en las prácticas sociales de algunas personas y los demás las reciben de ellas, es improbable que una mutación jurídica se verifique por medio de instrumentos legislativos. El *Child Marriage Restraint Act* de 2006 seguramente es una legislación importante, pero sería mucho más eficaz que algunas partes relevantes del hinduismo actuaran como innovadores sociales, siguiendo nuevas reglas, difundiéndolas en otros sectores de la sociedad y transmitiéndolas a las generaciones sucesivas. Esto depende del hecho de que entre más personas sigan una nueva regla, mayor es la posibilidad de imitación y difusión de la mutación jurídica. Obviamente, considerando la pluralidad interna del hinduismo, el cambio se debe activar al interior de aquellos contextos donde se celebran los matrimonios de niños. Además, el aspecto cualitativo de la autoridad de las personas que actúan como innovadores es al menos tan importante como el aspecto cuantitativo. En este proceso, una vez más, la clave es la legitimación. Muchos círculos hindúes aún reaccionan activamente contra la prohibición de los matrimonios de niños en cuanto la consideran como un peligro para el orden social hindú, y ello explica la continuidad de estos matrimonios a nivel no oficial. De otra parte, como se precisó con anterioridad, la mayor parte de los hindúes seguirán con tranquilidad la nueva disciplina jurídica formal simplemente porque la misma es coherente con las reglas que ya seguían.

Los matrimonios de niños pueden ser vistos como un ejemplo de conflicto entre derechos tradicionales y derecho estatal. A este respecto, se puede resaltar que los estudios sobre el derecho hindú y, particularmente, sobre la condición jurídica de las mujeres hindúes, normalmente son elaborados desde dos perspectivas diferentes e inconciliables. Los estudiosos reformistas tienden a criticar el derecho hindú bajo la perspectiva de los derechos humanos internacionales, mientras otros estudiosos están más preocupados por comprender estas prácticas desde el interior de sus tradiciones culturales específicas. Además, se está desarrollando una tercera vía que no rechaza el derecho hindú en su totalidad como un derecho

atrasado, sino que, más bien, sugiere que este se encuentra actualmente en una fase posmoderna, más allá de la contraposición entre tradición y modernidad³⁸. Desde este punto de vista, el derecho hindú es un derecho vital, que se desarrolla por medio de la interacción con otros tipos de derecho, entre ellos el derecho estatal, pero en sus propios términos.

El conflicto entre derecho hindú tradicional y derecho estatal puede ser visto, también, como un conflicto entre los fundamentos culturales incorporados en el concepto de *dharma* y aquellos incorporados en el concepto de derechos humanos. También en este punto existen opiniones opuestas. Algunos autores piensan que el concepto de *dharma* podría ser utilizado como concepto fundador para los derechos humanos en India³⁹. Según otros autores, por el contrario, muchos de los problemas que afectan a la sociedad india dependen precisamente de la rigidez de su sistema normativo tradicional que constituye el fundamento de graves violaciones de derechos humanos. Una opinión representativa de esta segunda perspectiva es aquella formulada por V. S. Naipaul, quien considera que el *dharma* puede justificar toda forma de injusticia en India y que, por lo tanto, el derecho del Estado, si quiere tener un papel dinámico, tiene que luchar contra el *dharma*⁴⁰.

La idea de una lucha del derecho estatal contra el *dharma* a menudo se justifica representando el sistema tradicional hindú como inmutable⁴¹. Sin embargo, esta representación no está fundada en una comprensión adecuada del derecho hindú. El sistema dhármico es un complejo cultural que no puede identificarse fácilmente con normas específicas. En otros términos, este sistema proporciona las estructuras conceptuales fundamentales por medio de las cuales se elaboran reglas de comportamiento; pero no se identifica con un específico conjunto de reglas. En consecuencia, sin perder su continuidad, el sistema resulta extremadamente flexible y abierto al cambio. Incluso, si los sistemas jurídicos locales clasificables bajo la etiqueta de "derecho hindú" pueden ser, de hecho, estáticos y rígidos, al menos

³⁸ Cfr. MENSKI. Ob. cit., pp. 546-547, donde se afirma que el derecho hindú es un ejemplo de un sistema jurídico no occidental que no adhiere a un enfoque de un derecho que gira alrededor del Estado.

³⁹ Cfr. MAHENDRA P. SINGH. "Human Rights in the Indian Tradition: Alternatives in the Understanding and Realization of the Human Rights Regime", 63 Heidelberg J. Int'l L., 2003, p. 579, donde se discute el papel potencial del *dharma* para generar una perspectiva alternativa, pero coherente, con la protección de los derechos humanos.

⁴⁰ Cfr. V. S. NAIPAUL. *India: A Wounded Civilization*, 1977, p. 142.

⁴¹ Como señala MENSKI: "The frequently stated Hindu belief that Hindu law as an eternal ordering system (sanātanadharmā) is rooted in religion and ultimately based on some form of divine revelation has led to scholarly assumptions that as a religious law, Hindu law could be modernized, secularized and ultimately deconstructed as a thing of the past. In reality, as a chthonic legal system, Hindu law is much closer to African laws and informal East Asian laws than to the major monotheistic legal traditions coming from the Middle East. But a desire to be grouped with 'advanced' legal systems and scholarly inability even among Hindus to explain the roots of Hindu law within their culture-specific environment have combined to lead the general public astray when it comes to grasping the essence of Hindu law": *Hindu Law*, cit., p. 38.

en línea de principio, los fundamentos del sistema dhármico permiten que nuevas reglas sean integradas y las reglas viejas sean desechadas. Meski precisa⁴²:

If the basic Hindu conceptual rule was and is that every individual is unique and different, and that every situational context has its peculiar features, requiring a situation-specific response and solution, an appropriate law must of necessity be something different from positivist state laws that prescribe how all people must act in certain situations.

La comprensión predominante del modelo hindú, que se concentra en algunas normas que se prestan para fuertes críticas, ha conducido a un débil conocimiento de sus conceptos fundantes y de su especificidad cultural que, al contrario, son muy relevantes para entender la manera como el derecho funciona en este contexto.

Un enfoque positivista sugeriría que, con el fin de producir un cambio social, es necesario uniformar las reglas, reglas que deben ser determinadas con base en un concepto racionalista de la justicia y cuya producción debe ser centralizada, excluyendo las fuentes que no sean estatales y dando también al legislador la tarea de adaptar este derecho a las nuevas exigencias sociales. Pero este enfoque se enfrenta con los principios fundantes del modelo hindú. Como muestra el fenómeno de la no efectividad del derecho estatal en India, algunas estructuras conceptuales fundantes simplemente no pueden ser abandonadas. Por lo tanto, si se toma en serio la existencia de un modelo hindú, con sus conceptos fundantes y sus vínculos en la organización de la complejidad de la vida social, es necesario tomar en serio el problema del cambio, no en abstracto, sino precisamente de este modelo.

En India, normalmente, el derecho de familia de origen estatal ha intervenido sobre algunos aspectos limitados, dejando la definición de la estructura general del orden social a los individuos y a los grupos. Los matrimonios de niños hasta tiempos recientes siempre fueron legitimados al interior del derecho de familia hindú por medio del reconocimiento, por parte del Estado, de diferentes órdenes sociales. Ahora que un cambio importante ha tenido lugar con el *Child Marriage Prohibition Act* es necesario tomar en consideración nuevas reacciones en la realidad social. En general, los problemas que la sociedad india debe afrontar están activando un mecanismo de *push-and-pull* en la búsqueda de nuevas soluciones. Este proceso es adelantado por varios sujetos, de acuerdo con la estructura pluralista de la sociedad india. El Estado cumple un papel importante en este proceso, pero el resultado final dependerá de la interacción con otros tipos de derecho.

El *Child Marriage Prohibition Act* no resolverá fácilmente el problema de los matrimonios de niños en India. También ahora que el derecho indio oficial de familia no reconoce su validez, los matrimonios de niños persisten porque muchos hindúes viven con base en el derecho hindú no oficial, siguiendo reglas que pueden estar en conflicto con el derecho estatal. Por lo tanto, para comprender la evolución de

⁴² *Ibíd.*, p. 85.

matrimonio de niños es necesario analizar la interacción entre diferentes fuentes: derecho consuetudinario tradicional, legislación, sentencias de los tribunales y fuentes internacionales. En este contexto, el derecho estatal y el derecho tradicional no deberían ser vistos como dos cuerpos totalmente separados. El derecho estatal tiene un papel importante en la promoción del cambio social; pero sigue siendo crucial la difusión de este cambio en la sociedad que, a su vez, requiere de la cooperación de conceptos y mecanismos jurídicos tradicionales. Por cierto, en muchos casos el derecho estatal y el derecho tradicional ya han sido mezclados por los hindúes, que pretenden, tanto del uno como del otro, reglas y principios en atención a sus propias exigencias, vínculos y aspiraciones.