

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



El Adulterio como Figura Delictiva

TESIS

Que para Optar al
Título de Licenciado en Derecho
Presenta el Pasante

JOSE ANDRADE GONZALEZ



MCMXXXIII
Imp. "Salnz y Herrera" Gabriel Hernández 2
MEXICO, D. F.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

601 Vol 1 1933

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



El Adulterio como Figura Delictiva

TESIS

Que para Oportar el
Título de Licenciado en Derecho
Presenta el Escrito

JOSE ANDRADE BONZALEZ

MCMXXIII

Imp. "González y Herrera" Gabriel Hernández Z.
MÉXICO, D. F.

¡Oh vosotros los sabios, de alta y profunda ciencia, que habéis meditado y sabéis dónde, cuándo y cómo se une todo en la Naturaleza, el por qué de todos esos amores y besos; vosotros, sabios humildes, decídmelo! ¡Poned en el potro vuestro sutil ingenio y decidme dónde, cuándo y cómo me ocurrió amar, por qué me ocurrió amar!

BURGER.

Del libro **El amor, las Mujeres y la Muerte**. A. Schopenhauer.

PROLOGO

El modesto trabajo que presento, solo por una costumbre inveterada llamo enfáticamente tesis, pero quizá no merezca tal nombre aún cuando a eso aspira. Sale a la luz, titubeante, con paso inseguro, temiendo las miradas púdicas de quienes la consideren deprovista de toda moralidad. No alcanzó siquiera la merced de una cálida y afectuosa dedicatoria, porque no merece tal distinción, o tal vez, porque no tenga a quien dedicarse. No nació del acaso, sino de una necesidad, para convertirse después en pasión. Está plagada, seguramente, de defectos y carente de bondades; es algo inconexo, sin método y falto de sindéresis; muchos de sus puntos salieron porque sí, sin obedecer a un plan trazado de antemano, surgieron a medida que se iba ahondando el problema que se estudia, y así se convirtieron en capítulos.

El adulterio no deja de ser un tema escabroso, que exige sea abordado con toda la medida posible; he procurado tratarlo al igual que los problemas que con él se relacionan, con la delicadeza y claridad que permitió mi capacidad. Al proponer la no punición del adulterio, así como los medios para sustituir la pena y prevenir el acto, no me guió el más mínimo deseo de notoriedad; en primer término, porque no lo es, y después, porque soy incapaz de crearla. No es una innovación; muchos pueblos la tienen implantada desde hace mucho tiempo, como: Inglaterra, los Estados Unidos de Norte América; en Ginebra, Suiza, desde 1874. El Uruguay suprimió el adulterio como delito, desde 1907 en que formuló su Ley del Divorcio; España, la conservadora por antonomasia, acaba de reformar su Código en igual sentido, como una de sus conquistas revolucionarias. El laudable ejemplo de la Unión Soviética, quizá no quieran tomarlo como paradigma los países de régimen capitalista, por considerar que ella está ensayando regímenes absolutamente inéditos, y que sus instituciones tienen que responder a su ideología marxista.

Si propugno por la educación sexual, es porque creo que será un medio preventivo para el adulterio y demás actos que le son similares, así como una forma efectiva para el saneamiento de la raza; porque considero que la educación de la juventud debe ser menos hipócrita, eficiente para ayudar al joven a la resolución de su problema genésico, evitando que sea sólo su inexperiencia quien lo resuelva, y, sobre todo, porque yo también tuve quince años. Las costumbres no deben ser atajadas, porque rebasarán el límite, solo encausadas para evitar su desbordamiento, único momento en que el edificio social estará en peligro.

Deseo que mi defectuoso trabajo no haga contraer el ceño en los rostros, de por sí severos, de los señores Jurados que habrán de replicarme, cuyo criterio sano y reposado, al señalar mis errores, comprenderá también mi sinceridad y sabrá perdonar las deficiencias de documentación. Mi labor tiene por mira, que se encuentre en ella algo utilizable, aún cuando abrigo el temor de que después de la dura prueba, de esta tesis, solo quede el nombre, un esfuerzo que se pierde, y en mí, el recuerdo imborrable de muchas noches insomnes.

DERECHO DE CASTIGAR

En todas las épocas y en todos los pueblos, la sociedad ha sentido la necesidad de reaccionar contra la delincuencia. Siempre se ha creído necesario castigar a los que, en alguna forma, perturban el orden social. Se aducen como fundamentos de este derecho, razones y teorías de diversa índole; unas rígidas, como las llamadas *absolutas*, que no tienen más finalidad que la de realizar la necesaria consecuencia del hecho delictuoso, la expiación, sin buscar en ello, una utilidad social, si acaso, sólo la manera de restablecer el orden social violado, retribuyendo la maldad del acto delictuoso con el mal de la pena, lo que es también inútil, por la dificultad que hay para equiparar el mal con la pena, que son cantidades inapreciables.

Otras teorías, a las que se han denominado *relativas*, fundan el derecho de castigar, en una finalidad política y de utilidad, independiente de la propia pena, la cual es considerada como un medio; como un instrumento de interés y utilidad sociales, que el Estado emplea en la lucha contra el delito. No se castiga para expiar el hecho delictuoso cometido, sino para evitar la comisión de otros, o para reparar el daño proveniente del delito, designándose, según los casos, teorías relativas preventivas, o reparatoras.

De las teorías relativas que más partidarios ha tenido, principalmente en España, es sin duda alguna la *correcionalista*, defendida ardientemente por Roëder y, después, por sus numerosos secuaces, quienes consideran la pena, bajo un aspecto meramente de corrección y de tutela, para que sirva de medio en la dirección y reforma de la injusta voluntad del delincuente; la pena, por tanto, no debe ser uniforme en todos los casos, sino variable según sea el delincuente cuya voluntad se trata mejorar.

DEFENSA SOCIAL

El derecho de castigar ha sido bastante debatido, revistiendo formas diversas y basado en fundamentos filosóficos distintos. Las corrientes penalistas modernas, han abrazado unánimemente el principio de la defensa social, como fundamento de la penalidad, la que parece derivarse de las teorías relativas, puesto que su finalidad, es también defender a la sociedad de los criminales, así como la de prevenir nuevos delitos.

El principio no es precisamente nuevo, fué esbozado y defendido desde tiempos remotos. Según algunos autores (1), la doctrina fué expuesta por Pla-

(1)--Cuello Calón. Derecho Penal. T. I. p. 41.

tón y Aristóteles, más tarde, por Santo Tomás de Aquino y continuada por otros filósofos y teólogos.

Las doctrinas de algunos modernos penalistas, principalmente los de la Escuela Positivista, marcaron nuevo incremento y derrotero a la teoría de la defensa social, pues éstos reconocen y creen necesario el castigo del delincuente, basados sólo en el peligro que representa para la estabilidad social, aquellos, por el contrario, fundan la penalidad en la responsabilidad moral del delincuente.

Ahora bien, los medios empleados por unos y otros difieren también profundamente. En la defensa social, interpretada por el derecho penal anterior, estructurado sobre el acto delictuoso mismo, se hacía caso omiso del agente que lo perpetraba; las normas criminales, marcaban para todos los actos que pudieran comprenderse en ellas, la misma pena, empleándose las más severas y crueles, cuya trascendencia estaba en razón directa con el acto mismo, sin considerar sus causas. En el derecho penal actual, se busca la adaptación del delincuente al medio social, mediante su mejoramiento, hasta donde es posible, de acuerdo con las exigencias del pueblo a que pertenece, obrando la pena, ya como intimidación, unas veces como corrección, otras, cuando a pesar de los medios empleados la peligrosidad del delincuente persiste, la defensa social actúa eliminándolo de la sociedad, colocándolo en un lugar en donde no pueda ser perjudicial. La pena representa además, una amenaza pronta a caer sobre nuevos transgresores, actúa entonces como medida preventiva, para apartar de la delincuencia a otros individuos y al mismo que la sufre; es una medida para que no se cometan más delitos, tal es la función social de la pena.

La defensa social también realiza sus fines, por medio de las llamadas *medidas de seguridad*, que varían, al igual que las penas, según la categoría de delinquentes a que se aplican.

De acuerdo con esta teoría, el concepto de que la pena siempre debe tener un contenido aflictivo, no tiene valor alguno, pues no se le toma como *verganza social*, lo que sería cruel y contrario al sentimiento humano, por exagerada e inútil. La defensa social quiso eliminar el principio de las teorías absolutas, de la retribución de mal por mal, de la expiación, que nunca podrán justificar el derecho de castigar, porque ellas suponen en cada delincuente una voluntad malvada, emanada solamente de su libre albedrío, como única causa; concepto erróneo que lleva al derecho penal fuera del campo de las necesidades e interés sociales en las cuales se inspira.

El criterio defensorista, tal como ha sido concebido por los criminalistas modernos, parte del estudio del delincuente; concepto emanado por el conocimiento de la Antropología, no la del delincuente tipo, de Lombroso, sino la que lo estudia en su aspecto integral, en todas las variaciones individuales que lo hacen distinto a los demás; que si lo estudia en su formación física, es sólo para explicar su profesionalismo. El delito tiene una importancia secundaria, sólo para relacionarlo en el estudio de los caracteres distinguidos del delincuente, para estimar su peligrosidad.

De esta manera, la escuela positiva, trata de realizar la función social del

Derecho Penal, transformándolo radicalmente mediante el cambio completo del concepto clásico de responsabilidad e intencionalidad, substituyéndolo por la concepción *estado peligroso*, originado de la fórmula *temibilidad* de Garofalo que fué quien primero la empleó (1), y que es la única porque debe medirse la penalidad.

Con el concepto peligrosidad, distinta en cada delincuente, surge la necesidad de la individualización del tratamiento penal en cada caso, de un mejor empleo y organización de la Política Criminal en la lucha contra la delincuencia.

En nuestro México urge encauzar en forma enérgica y precisa el conocimiento del delincuente, que solo es letra muerta en las hojas grises de los catálogos penales, en beneficio de las clases pobres, de las humildes, de los débiles y enfermos, que son los que llenan nuestras cárceles, por ser mas propensas a delinquir debido a su ignorancia, al descuido que se ha tenido en su educación, a su rudimentaria manera de vivir y otras muchas causas así biológicas como sociales, siendo los que más necesitados están de protección.

Las sanciones privativas de libertad no siempre son las mejores medidas en contra de la delincuencia, menos en México, en que los delincuentes primarios conviven con habituales y reincidentes, como con los especializados en determinados delitos. Debe tenerse en cada caso especiales atenciones, como se ha hecho ya, aunque de manera imperfecta, con los menores delincuentes. Tal es el papel que debe desempeñar en México la defensa social, que de manera tan raquítica empieza a desarrollarse.

CONCEPTO DE PELIGROSIDAD

El concepto de peligrosidad criminal denota la personalidad del agente activo del delito, que se manifiesta en el acto mismo por él realizado, son las probabilidades que se tienen de que cometa mas delitos, dada la índole y naturaleza del hecho punible; es la capacidad o aptitud que se aprecia en el contraventor de la norma penal, para seguir violando el orden social por aquella protegido.

Por el delito presente puede vaticinarse, con alguna aproximación, lo que será el que lo ejecutó, en el futuro: si una amenaza para la sociedad en que vive, o un adaptable a la misma.

El estado de peligrosidad puede provenir de una tendencia innata o adquirida, pero cualquiera que sea su origen, se manifestará siempre en un delito, por la perversidad, maldad o depravación con que se ejecute. Así, en ciertas ocasiones, los individuos delinquen por móviles de cierta altura moral, resultando éstos menos peligrosos que aquellos delincuentes, que lo son por motivos groseros y egoistas, cuyos delitos causan mayor conmoción social y es más fácil que puedan repetirse, que los de los primeros.

La peligrosidad entraña entonces un estado subjetivo del criminal, en re-

(1) —Jiménez de Asúa. Prólogo a la obra Teoría de los Delitos de Omisión de Sánchez Tellería. El Nuevo Derecho Penal. p. 20

lación con el temor que engendra en los demás individuos con quienes convive, es decir, la sociedad. Tal vez por esto emerge aparentemente como concepto distinto, aunque afín, el de temibilidad, puesto que el temor es de la sociedad hacia el criminal ante quien se siente intranquila y alarmada; de aquí que un renombrado autor (1) defina la peligrosidad, como "una característica personal del individuo", y la temibilidad, como la "repercusión de tal estado en la apreciación de los consociados".

Esta nimia diferencia entre peligrosidad y temibilidad, no es sino sutileza del autor; en verdad, ambos conceptos se confunden. El delincuente es considerado peligroso, por la sociedad misma, ante quien aparece como una enorme interrogación, es ella quien lo valúa, lo analiza, y encontradas las taras, concluye: se encuentra en estado de peligro; en sólo esta palabra va implícito el concepto temibilidad, así como en esta última el de peligro, puesto que el criminal es temible o peligroso, por su condición de agregado social; aislado, no existiría el concepto.

Se ha querido separar el criterio de peligrosidad del de responsabilidad, en el sentido de que una y otra se excluyen; se ha pensado que la responsabilidad, sólo encaja o se encuentra en el individuo sano o normal que delinque, omitiendo la peligrosidad, que aparece cuando no hay responsabilidad penal, como en el caso de los dementes; de los enfermos, de los niños, o de aquellos delincuentes para quienes la pena se ha vuelto insuficiente. (2).

Esta teoría no es aceptable, porque es tanto como admitir para unos, el criterio de la voluntariedad del acto (cayendo en la desacreditada teoría del libre albedrío) y para otros el concepto de peligrosidad, haciendo de este concepto, algo ajeno al delito e inherente solo a las personas, cuando participa de ambos, ya que se refleja en el hecho punible, es la disposición manifiesta a delinquir, que lo mismo afecta a normales que a los anormales, siendo peligrosos unos, en ciertos casos y en otros no, a la inversa los otros.

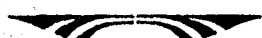
Así pues, el concepto de responsabilidad debe coincidir siempre con el de peligrosidad, que como se ha dicho, es la tendencia; el estado, la aptitud, la disposición, la capacidad del agente, en la ejecución de actos punibles.

Nuestro Código Penal, acepta este concepto de peligrosidad; según el grado de ésta es como considera la responsabilidad y fija la sanción. Faculta a los juzgadores, para que dentro de los términos fijados, aumenten o disminuyan las penas en los delitos de una misma clasificación, individualizándola, según las circunstancias personales, la gravedad del hecho delictuoso, o lo que es lo mismo, de acuerdo con el grado de peligrosidad o temibilidad, como dice nuestro Código que se advierta en el delincuente. En todo él se observa, que la peligrosidad, en cada caso, es la medida de la penalidad, como sucede en los delitos de tentativa, (art. 12) lo mismo al referirse a la reincidencia, (art. 65) la condena condicional parte también de este principio, la amonestación y el apercibimiento, no son sino la advertencia que se hace, como medida preven-

(1)--Eugenio Florián. *Parte general del Derecho Penal*. Trad. Ernesto Dihigo. t.I.p.337.

(2)--Eugenio Florián. *ob. cit.* T. I. p. 339.

tiva, de que la peligrosidad aumente; en fin, debe concluirse: que el derecho de castigar se justifica por el ineludible que tiene la sociedad de defenderse, contra los que en cualquier forma atenten contra los bienes jurídicos, protegidos por las normas penales. Dicha defensa, la realiza la sociedad por los medios más adecuados al fin propuesto, o sea, por la sanción, o de otra manera, las penas y medidas de seguridad que aplica a los que la atacan, debiendo hacerlo de tal modo, que respondan a su finalidad, aplicándose según la *peligrosidad del delincuente*, no debiendo emplearse cuando ésta no exista, porque entonces la pena y sus institutos no llenan la función social a que están destinados, siendo por lo tanto inútiles.



EL ADULTERIO COMO FIGURA DELICTIVA

ELEMENTOS QUE LO CONSTITUYEN

Nuestro Código Penal, no da propiamente una definición del adulterio como hecho punible, sólo establece los casos en que se comete, o las condiciones que requiere para que sea castigado. El Código de Procedimientos Penales, nada dice respecto a la comprobación especial del cuerpo del delito de adulterio; dejando el caso comprendido en el artículo 122 que establece: que los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justifiquen por la comprobación de los elementos materiales de la infracción. Mas, como hemos observado, el Código Penal, que es un catálogo de delitos y sanciones, sólo establece los casos y condiciones en que se comete, por lo que es necesario recurrir a la interpretación y a la doctrina, así como a los antecedentes de nuestra legislación para poder precisar los elementos que caracterizan a este delito; y deducir después las razones y fundamentos que han pesado en las legislaciones para que dichos actos sean penados.

Desde luego, las Leyes de Partidas dan una definición clara y precisa: (1) "Adulterio, es yerro que home face yaciendo a sabiendas con mujer que es casada con otro, et tomó este nombre de dos palabras del latín *alterius et torus*, que quiere tanto decir en romance como lecho de otro, porque la mujer es contada por lecho de su marido, et non él della. Et por ende dijeron los sabios antiguos que maguer el hombre que es casado yoguiese con otra mujer, maguer que ella oviese marido, que non le pueda acusar su mujer antel juez seglar por tal razón..... Et esto tovieron por derecho los sabios antiguos por muchas razones; la una porque del adulterio que face el varón con otra mujer, non nasce daño nin deshonra a la suya; la otra porque del adulterio que ficiese la mujer con otro, finca el marido deshonorado recibiendo la mujer a otro en su lecho; et demás porque del adulterio que ficiese ella, puede venir al marido muy gran daño, ca si se empenase de aquel con quien fizo el adulterio, vernie el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos; lo que non avernie a la mujer del adulterio que el marido ficiese con otra." (2)

El adulterio, pues, consiste en "el acto de una persona casada que *violando la fidelidad conyugal*, concede sus favores a otra persona; o el acceso carnal que

(1)--Ley 1, Tít. 17, Part. 7.

(2)--Tomando en cuenta esta última parte, la Ley 2, Tít. 28 lib. 12, Nov. Rec., establece: que la mujer acusada de adulterio no puede alegar en su favor, que el marido cometió el mismo delito.

un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima, o una casada con otro hombre que no sea su marido". (1).

Con tales elementos podemos establecer el delito de adulterio, por la reunión de los siguientes requisitos: existencia de matrimonio civil, la cópula o acceso carnal del cónyuge con otra persona que no sea el esposo; la intención delictuosa se presume por el acto mismo (2). Este delito sólo se castiga cuando se hubiere consumado. (3).

Respecto a la cópula carnal, son muchas las controversias y opiniones habidas, a fin de precisar lo que por ella ha de entenderse. Para unos, basta el simple ayuntamiento carnal, para que el adulterio quede consumado; otros, precisan como requisito indispensable la eyaculación y la existencia de semen en la vagina.

Como vemos, la prueba de la existencia de este elemento del delito, es bastante difícil, muchas veces aún para la simple unión carnal, dadas las circunstancias especiales que concurren en su realización. Considerándolo así, se admite la prueba presuncional, de indicios vehementes, que demuestren que la cópula se efectuó, aún cuando no quede comprobada la eyaculación ni las huellas de la misma en la mujer. Esta es la doctrina generalmente aceptada por las legislaciones.

En consecuencia, el acto carnal puro y sencillamente, o de otra manera, el acto de yacer de cualquiera de los cónyuges con otro, constituye el adulterio; pero de ninguna manera quedan considerados los demás actos lascivos y hasta aberraciones sexuales que pudieran cometer: como la bestialidad, sodomía, tribadismo, pederastia, safismo; etc., puesto que no son formas normales de sexualidad, únicas que prevén los códigos en el adulterio.

Las condiciones que nuestro Código Penal requiere, para que el adulterio sea punible, son: que sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

Por casa conyugal debemos entender aquella en la que esté constituido el hogar del matrimonio. Podría suceder que el marido viviera en otra casa distinta a la en que viva su mujer, sin embargo, como domicilio conyugal debe considerarse la casa en que viva la esposa, ya que es la que será lesionada con los actos del marido, o quien lesiona a éste con los actos de ella.

Escándalo denota publicidad. Puede tenerse el adulterio como cometido con escándalo, cuando la conducta del cónyuge culpable, es suficiente para suponer que cometió o sigue cometiendo el adulterio. Así pues, los actos que cualquiera de los cónyuges efectúen con otra persona y que por su trascendencia o intimidad, pueden inducir a otras gentes a pensar que tales relaciones son ilícitas, contrarias a la fidelidad que juró guardarle a su consorte, serán suficientes para llenar la condición exigida por el Código. Dichos actos pueden ser: paseos asiduos con la persona o personas que se supone se comete el adulterio;

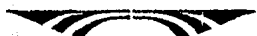
(1)--Escribche.- Dic. Leg. y Jurisp.

(2)--Art. 9. Cód. Pen.

(3)--Art. 275. Cód. Pen.

citas, bien en lugares públicos o solitarios, concurrir a las llamadas casas de citas, exhibirse con otra persona que no sea su consorte en sitios o lugares de prostitución o en cualquier centro de vicio. En fin, todos aquellos actos que se consideren contrarios a la Moral o a las buenas costumbres, que sean indicios para presumir la comisión del adulterio, se considerarán comprendidos en la condición, escándalo.

Como vemos, estos conceptos son demasiado elásticos y su demostración por prueba directa, es casi imposible.



EL ADULTERIO Y SU EVOLUCION HISTORICA

Es opinión unánime de sociólogos y filósofos, que la promiscuidad aparece como primera fase sexual en las razas primitivas.

La función genésica era practicada sin reglas o normas determinadas. Las uniones sexuales sólo tenían un carácter transitorio y lo mismo tenían verificativo con individuos extraños a la familia, como entre los componentes de la misma. Son comunes las uniones entre hermanos, de los padres con los hijos, por cuyo motivo surgieron muchas veces disensiones en el seno de la familia. ¡Cuántos parricidios y fratricidios, quizá tengan su explicación en estos motivos, que en los platos de lentejas que ha inmortalizado la leyenda!

Esto ocurre no sólo en los pueblos antiguos, prueba de ello es que en Bizancio, en pleno Cristianismo, había sectas religiosas que celebraban fiestas como *la iniciación de los puros*, que terminaban con la más asquerosa promiscuidad, bajo el pretexto de libertar el rayo celeste encerrado en el elemento fecundante. (1).

Este fenómeno se observa hoy día, en algunos pueblos o tribus que viven en estado primitivo. Diego Vicente Tejera, cita a este respecto a Denag, quien afirma que los negros del Sudán, "se unen así de cualquier manera; el adulterio existe por igual entre ellos que entre los monos; la madre abandona a sus hijos" (2).

La segunda etapa en la evolución de la familia, o de la mujer, es la que muchos han llamado el Matriarcado. La mujer aparece como jefe de la familia; los hombres se suceden unos a otros en las uniones sexuales, pero ninguno adquiere prerrogativas o compromisos en la familia; los hijos están al cuidado de la madre, quien recibe los presentes que le llevan los hombres con quienes se une. El marido -si es que puede alguno recibir tal nombre- no es más que un huésped que solo entra a la casa en días señalados de antemano.

La mujer es el centro, base y origen de todas las relaciones familiares, toda vez que la paternidad no es imputable por la falta de seguridad. (3) En este período todavía abundan las uniones incestuosas, las que se fomentan por escasez de hembras y por la asignación de una esposa para un grupo de hermanos. (4). En este período tampoco fué conocido el adulterio como hecho punible.

(1)-Diego Vicente Tejera. "Adulterio," p. 19.

[2]-Op' cit. p. 18.

[3]-Antonio Caso. Sociología Genética y Sistemática. p. 185 y siguientes.

[4]-César Camargo y Marín. "El Psicoanálisis en la Doctrina y en la Práctica Judicial," p. 361.

El Patriarcado apareció cuando la determinación de la paternidad fué posible. Tanto en el Matriarcado como en el Patriarcado, fueron agrupándose las familias, formando clanes, gens y después la tribu. Esta última, en el Patriarcado, era gobernada por el ascendiente más antiguo.

Dentro del Patriarcado -según observa Comargo y Marín- (1) se observa una tendencia a la exogamia, en virtud del *totemismo*, que determina el vínculo de la fraternidad, prohibiéndose las relaciones sexuales entre individuos de un mismo totem. Advierte también Camargo y Marín, que según la afirmación de Freud, el totem se transmite por herencia, tanto en la línea paterna como en la materna, siendo probable de que esta última haya sido la primitiva, a la que sucedió más tarde la transmisión paterna.

De acuerdo con esta observación, la prohibición del incesto del grupo totemico, no impedía el incesto natural. Freud lo demuestra con este ejemplo: "Si el hombre forma parte de un clan cuyo totem es el canguro, y se casa con una mujer cuyo totem es el emú (especie de avestruz), los hijos, varones o hembras, tendrán todos el totem de la madre. Un hijo nacido de este matrimonio se hallará, pues, en la imposibilidad de entablar relaciones incestuosas con su madre y hermana, pertenecientes al mismo clan". En cambio, "no impide al padre, que es canguro, tener relaciones incestuosas con sus hijas, que son emú. En la transmisión paterna del totem, el padre y los hijos serían canguros, y el padre no podría por lo tanto, tener relaciones incestuosas con sus hijas, pero sí el hijo con su madre". (2).

De lo anterior puede deducirse, que todavía en esta etapa del patriarcado, el adulterio seguía practicándose en todos sus aspectos, sin que hubiese prohibición alguna que lo considerase como hecho delictuoso, ni siquiera como inmoral; pues según la frase de Dall a que se refiere Diego Vicente Tejera, "una costumbre no tiene nada de indecente cuando es universal" (3).

El pueblo Hebreo no fué distinto a los demás en este sentido; siendo muy significativo que no se considere como degradante para la mujer que ceda a su marido como concubina, una de sus siervas. (4) En esta misma etapa del Patriarcado, practicaron el incesto (5) y la poligamia (6).

El adulterio, como acto prohibitivo y por ende castigado, no surgió simultáneamente en todos los pueblos. Fué sin embargo, todavía dentro del período del Patriarcado, una vez que el hombre se sintió inmovible como dueño y señor del hogar, monogámico en su mayoría, cuando parece que se advierten los primeros vestigios de su punidad.

El matrimonio aparece bajo las formas en que se adquiría la propiedad:

(1)-Op. cit. 362.

(2)-César Camargo y Marín. Op. cit. pa. 362 y 363.

(3)-"Adulterio" p. 17.

(4)-Gen. XVI, 2 y sgts. XXX, y sgts.

(5)-Gen. XIX, 32 y sgts.

(6)-Gen. XXIX, 21 y sgts.

ocupación (rapto), después como una verdadera compra; el presunto esposo pagaba al padre de la mujer la cantidad estipulada de antemano, unas veces en dinero, otras en especie y, muchas veces, permutándola por trabajo personal que el futuro marido prestaba al padre de la mujer (1); después la compra de la mujer solo era simbólica, la compra sólo era una ceremonia.

Por eso tal vez, el esposo se consideraba como un verdadero propietario de su mujer, de quien podía disponer a su antojo. De aquí el extraño concepto que se tuvo del adulterio, el que quizá fue considerado como una violación al derecho de propiedad del marido. No es creíble que fueran las ideas, honor, dignidad, orden familiar, o pureza de las costumbres, las que hayan inspirado a hacer vituperable el adulterio. No es posible suponerles a esos pueblos, un concepto de Moral cercano a nuestros tiempos.

Es hecho comprobado por la observación de viajeros y sociólogos, que en los pueblos antiguos, así como en algunas razas que en la actualidad viven en estado primitivo, poseen sentimientos, prejuicios religiosos y costumbres ancestrales, que tienen para ellos mayor trascendencia que las ideas con que, hoy día, se quiere justificar el castigo del adulterio, y que dichos pueblos no conocían todavía.

Las razas primitivas, casi en su totalidad, concedían una importancia suma a la hospitalidad, a la cual rendían verdadero culto. El esposo se tenía por muy honrado, con que el viajero que hospedaba en su casa, recibiera en su lecho a la mujer de aquél, o admitiera las primicias de la doncella de la hija, porque así cumplía con los más sagrados deberes de la hospitalidad. (2).

Otras veces, el esposo hace entrar al amigo o al extraño, en la alcoba de la esposa, para procurarse descendencia. Son innumerables los casos en que el marido, con ese objeto, u otro cualquiera, presta o regala la esposa. (3).

El Talmud habla de las vírgenes que se casaban, quienes antes de ir con sus maridos, debían pasar la noche de bodas en el templo con el Taphsar. (4).

La expresión, bastante vulgar, de que se le ponen cuernos al marido, cuando es engañado por su mujer, proviene, según Miguel Melero, de una costumbre de Esparta, por la que se permitía a las mujeres se entregaran a otros hombres, mientras sus maridos estaban en la guerra; cuando éstos regresaban, se colocaban dos cuernos en la puerta de la casa de la mujer que hubiese dado más hijos a la Patria. (5). Tenemos además, el famoso derecho de pernada de los señores feudales.

En cambio, en situaciones diferentes a las anteriores, el adulterio fué cas-

(1)--Gen. XXIX, 18, y sgts.

(2)--Diego Vicente Tejera, narra a este respecto un sugestivo pasaje del libro "Viaje al País de las Bayaderas" de Luis Jacolliot, "Adulterio", p. 35 y sgts.

(3)--Tejera, ob. cit. p. 34 y sgts. Gen. XXXVIII, 8.

(4)--Tejera, ob. cit. p. 42.

(5)--Tejera. Ob. Cit. p. 38.

tigado, cruel y brutalmente. Su punidad, parece, surgió paralelamente a su tolerancia; su castigo se basó seguramente en otras razones, entre ellas, el derecho de propiedad, aludido anteriormente, tal vez en la facultad exclusiva del marido, de ser él quien debía permitir o no el adulterio, prohibiendo a su mujer que se otorgara por sí misma, sin su consentimiento.

Es extraño que durante el patriarcado, cuando los poderes doméstico, civil y religioso, se reunían en un solo hombre (1), el adulterio en ciertas ocasiones y circunstancias, fuera vituperable y en otras no. El poder omnímodo de que gozaba el patriarca, le daba derechos absolutos sobre la familia, aún el de matar a los hijos si quería. El adulterio, cuando consideraba de su poder castigarlo, solía imponer a la adúltera las penas más espeluznantes, de manera arbitraria, según las razones que para ello tuviera; quemándola viva unas veces (2), azotándola, lapidándola, amputándola, en otras; en ocasiones, arrojándola en el altar del sacrificio, como desagravio a los dioses. Se le mandaba ahorcar o apedrear tumultuariamente; se le expulsaba del hogar o se le desterraba, o bien, se le convertía en esclava. ¡Hacíase uso de todo el ingenio humano, para darles la muerte o la pena más dolorosa y expiataria!

Así nació el delito de adulterio, no como una repulsión de las costumbres, o moralidad de la época, sino del capricho y conveniencia de las clases dominantes, cuyo mandato convirtiéndose más tarde en Ley.

Llegó un momento en que la autoridad del patriarca ya no fué suficiente, en vista del acrecentamiento de la tribu por la multiplicación de familias; algunas veces, la tribu se desmembraba para formar nuevas organizaciones. Pasó entonces el poder de los patriarcas, a los reyes, con las mismas atribuciones de los primeros, aunque siempre, en los casos graves, se consultaba la opinión de los ancianos. El adulterio seguía practicándose, unas veces como acto lícito y, en otras, castigado con una severidad inaudita.

En Egipto, al principio, en la aplicación de las penas, se buscaba la mayor analogía con el crimen, siendo ésta una tendencia que se advierte generalmente en todos los pueblos, tal vez porque en la analogía del delito con el castigo, la venganza era más exacta. Así, el Egipto, castigaba el adulterio y prostitución de las mujeres, que pertenecían a las primeras clases del Estado, con el suplicio del fuego, como una analogía de la lujuria que la imaginaban como una llama. Más tarde, el adulterio lo castigaron cortando la nariz a la mujer adúltera, causando así, una mutilación en el rostro para despojarla de su belleza, causa del pecado, de la violación a la fé conyugal. El adulterio del hombre solo se castigaba con mil palos o latigazos. (3). Los lidios imponían por este delito, la pena de muerte.

El pueblo Hebreo como ya se hizo notar anteriormente, practicaba el adulterio; sin embargo también es expresa su prohibición, (4) y primeramente

[1]--Antonio Caso. Ob. Cit. p. 159.

[2]--Gen. XXXVIII, 24.

[3]--Albert Du Bois. Historia del Derecho Criminal de los Pueblos antiguos. T. I. p. 9.

[4]--Exodo. XX, 14, 17. Lev. XVIII, 20.

era castigado con pena de muerte, (1) después los adúlteros eran lapidados (2). Había casos extraños en que el adulterio, aún siendo reprobable, la pena impuesta a la adúltera, era demasiado benigna e inútil, y la culpabilidad de la mujer se comprobaba, por medio de brebajes que se le daban a beber. (3).

La mujer era considerada como más propensa a las infidelidades; según Josefo, las mujeres no podían ser testigos debido a su inconstancia. (4).

En Esparta, según se ha expresado en páginas anteriores, no era infamante el adulterio; parece que no se tiene noticia de alguna disposición que lo castigara.

En cambio en Atenas, el marido podía matar al amante de su mujer, cuando era sorprendido infraganti. En igualdad de casos, podía matarse al amante de la madre, de la hija, o de la concubina (5). Quedaba al arbitrio del esposo, cuando no quería matar a la adúltera, ni a su cómplice, imponer a éstos la pena que mejor le pareciese. Debía, no obstante, repudiarla por haber manchado su lecho. A la mujer a quien le había sido comprobada la comisión del adulterio, no le era permitido llevar adorno alguno; todo ateniense tenía derecho a desgarrarle sus vestiduras, de maltratarla y hasta de matarla.

El cómplice de la adúltera podía ser encarcelado, a petición de la parte ofendida, aún cuando podía ponerse en libertad siempre que pagara una multa y otorgara caución de su buena conducta futura.

A la mujer que se ausentara de la casa de su esposo y que de alguna manera se pusiera al margen de la ley, por actos contrarios a la fidelidad conyugal, le estaban reservadas también las mayores severidades penales. (6).

Se cuenta que los antiguos sajones quemaban a las adúlteras y, en el mismo lugar, sobre sus cenizas, se levantaba el cadalso en donde daban garrote a su cómplice. Otros pueblos condenaban a las adúlteras a ser comidas por los perros.

En Roma fué castigado el adulterio, hasta los tiempos de Augusto; posteriormente, ya en su decadencia, como es ampliamente conocida, se operó una radical relajación de sus costumbres, las matronas romanas, consideraban de gran tono tener varios amantes, los maridos sentíanse orgullosos de que los patricios se disputaran la belleza de sus mujeres; son célebres en la Historia los nombres de Mesalina, Popea, Agripina y otras muchas, por su conducta disoluta.

Pero en los primeros tiempos de Roma, el adulterio fué castigado de manera análoga al Egipto. En la época en que el poder paterno se hallaba en

(1)--Lev. XX, 10.

(2)--Deut. XXII, 22 y sigts.

(3)--Núm. V, 12 y sigts.

(4)--Albert Du Bois. Ob. Cit. T. I. p. 48.

(5)--Albert Du Bois. Ob. Cit. p. 120.

(6)--Albert Du Bois, Historia del Derecho Criminal de los pueblos antiguos. T. I. p. 150.

todo su vigor, era el propio padre el encargado de castigar y lavar el ultraje causado por el adulterio, pudiendo hasta matar a los adúlteros; más tarde, estos hechos fueron de la jurisdicción pública, imponiéndose también penas severísimas, tales como el destierro, multa y, en ocasiones, hasta la muerte. Al seductor, cuando más, la degradación por el Censor. Según algunos autores, la primera ley escrita que hubo a este respecto, fué la Ley Julia de Adulteriis.

Durante el Imperio de Augusto, el adulterio fué equiparado a un crimen público, siendo castigado con relegación o deportación, a una isla, de la mujer adúltera, quien perdía una tercera parte de su patrimonio. Al cómplice se le castigaba sólo con la confiscación de la mitad de sus bienes. (1).

Parece que los Aztecas no eran más benévolos que estos pueblos, por lo que al adulterio se refiere, que castigaban con lapidación de la mujer, con la particularidad de que al marido que volvía a recibirla de nuevo en sus casa, se le castigaba también muy rudamente. Distinguiéronse de los demás pueblos, en que vedaban al cónyuge ofendido, tomar venganza por su propia manó (2).

En las Leyes de Partidas, se dispone que la mujer adúltera, sea azotada públicamente y sea internada después en un convento de dueñas, con pérdida de la dote y arras. Al seductor o amante de la adúltera, se le imponía la pena de muerte (3). Cuando el marido se reconciliaba con ella, podía sacarla del monasterio en el término de dos años, recobranda ella la dote y demás ganancias que le habían sido quitados. En caso de que el marido no la perdonara, o muriera antes de los dos años, entonces ella debía tomar el hábito para siempre en el monasterio.

En la Novísima Recopilación, hay disposiciones, que permiten al marido disponer a su antojo de la mujer que le ha engañado, así como de su cómplice; pero la pena que imponga a uno debe aplicarse al otro. Tampoco podía hacer suyos los bienes de cualquiera de los delincuentes, si éstos tuviesen hijos que los heredasen (4).

En la Ley 82 de Toro se previno que el marido que de su propia autoridad matara a los adúlteros, no dejara, para sí, la dote ni los bienes del cómplice. (5).

Posteriormente, ya en nuestras legislaciones modernas, fué suprimido el derecho de venganza del marido, para que no se hiciese justicia por su propia mano. Fueron suprimidas para este delito, la pena de muerte y las infamantes, reservándose generalmente, la de prisión.

Considerose también injusto, que sólo fuera castigada la mujer; por equidad, se estampó en los catálogos penales la punidad del hombre, sólo que, por lo que a éste respecta, el adulterio tenía que cometerse en ciertas condiciones y circunstancias para que pudiera ser punible. Así, nuestro Código Penal de

(1)--Albert Du Bois. Historia del Derecho Criminal de los pueblos antiguos. T. II., p. 45.

(2)--Miguel O. de Mendizábal. Ensayo sobre las Civilizaciones Aborígenes Americanas. T. I. p. 127.

(3)--Ley 15. III. 17. Part. 7.

(4)--Ley 1. III. 28. IIb 12. Nov. Rec.

(5)--Ley 5. III. 28. IIb. 12. Nov. Rec.

1884, establece: que la mujer casada solo podrá quejarse de adulterio, cuando su marido lo cometa en el domicilio conyugal, cuando lo cometa fuera de él con una concubina, y fuera de estas circunstancias, cuando cause escándalo. El de la mujer es castigable en cualquier forma que se cometa (1).

El modernísimo de 1929, ya establece la igualdad de ambos sexos, en la punidad del adulterio. Lo mismo acontece, en el Código Penal vigente.

He aquí, en un breve resumen, el concepto que se ha tenido del adulterio en el transcurso de la historia. Cómo nació, no por imposición de las costumbres ni por el llamado de una necesidad, sino por una ley nacida del capricho de los hombres de la clase dominante. Es el hombre el que ha tenido siempre pleno dominio y superioridad sobre la mujer, la que siempre ha estado bajo su tutela, ya como hija o bien como esposa. Observemos cómo por esa misma superioridad, el hombre ha dictado disposiciones para que sólo se castigue el adulterio de la mujer, dejando al arbitrio del marido ofendido, hacer de la adúltera lo que le plazca.

Se han inventado razones más o menos ingeniosas, para justificar que sólo el adulterio de la mujer, es merecedor de castigo, como aquella de las Leyes de Partidas, antes transcrita, que considera que la esposa es tenida como lecho de su marido, y al ayuntarse con otro varón, mancilla el lecho que es de su esposo. No así por lo que respecta al marido, el cuál no es tenido por lecho de su mujer; por eso cuando él se une con otra mujer, no arroja ninguna mancha a su esposa.

[1]--Art. 821.

IV

EL HONOR, LA DIGNIDAD Y EL ORDEN FAMILIAR

Los argumentos que frecuentemente se esgrimen como fundamento en el castigo del adulterio, son el honor y la dignidad que se supone son lesionados con el acto.

En nombre del primero de dichos conceptos, se han cometido infinidad de crímenes que han quedado impunes, en atención a que el agente del delito obró en defensa de su honor o para lavar la mancha que sobre él se arrojó. Muchas han sido las legislaciones que absuelven a los cónyuges que hieren o matan a sus consortes y a sus cómplices porque han cometido el adulterio. Nuestro Código de 1929 participa de esta opinión. (1).

Los sentimientos honor, dignidad y vergüenza, son conceptos puramente abstractos, subjetivos; solo atañen a las personas en lo individual; su connotación varía de unas personas a otras. Por honor quiere entenderse: limpieza de vida, rectitud en el cumplimiento del deber, pulcritud en la conducta, en las maneras y aún en el vestir. Vergüenza, es un sentimiento que deprime a una persona por una mala acción, que la afecta, que la demerita ante las demás. La dignidad, representa el esfuerzo de una persona por conservar las cualidades antes enunciadas, que le dan el aprecio, estimación y respeto de los demás.

Salta a la vista la elasticidad de tales conceptos, se estiran o se encogen a voluntad, según la calidad de las personas, no son más que ficciones creadas por el orgullo y egoísmo de los hombres, en un afán de superioridad sobre los otros hombres. Tenemos el honor y dignidad especiales del jugador, del borracho. El estafador clama indignado en defensa de su honor, porque le llaman "ratero", puesto que sólo se considera un hábil negociante.

Actos que para unos son normales, son deshonorosos para otros. Las mismas desigualdades económicas y de ilustración, cambian también la amplitud de dichos conceptos. El que se siente bien nacido o de buena familia, no puede ganarse la vida en determinadas actividades, mancharía el honor y dignidad de la familia.

Ha sido un error funesto considerar como una mancha en el honor y dignidad del marido, el adulterio de su esposa. Tomo el caso bajo este aspecto, porque el adulterio del marido nunca se ha pensado que pueda deshorrar a la mujer.

Nada más absurdo que tal apreciación, no pueden afectar en lo más mí-

[2]--Art. 979.

nimo, al honor y dignidad de las gentes, las culpas o actos cometidos por otras. Los hijos no pueden ser afectados en su honor por las culpas de los padres, como el de éstos sufrir demérito por las acciones de los hijos. Igualmente el honor y dignidad de los esposos, solo puede resentirse por los actos que les sean personales, pero es injusto querer colocar el honor del marido, en el temperamento o impudicia de su mujer.

El falso concepto del honor y dignidad, que siempre se ha tenido, ha dado origen a multitud de delitos de sangre, desgracias y maledicciones injustas que las leyes no deben fomentar.

La errónea apreciación de estas abstracciones, en relación con el adulterio, y demás delitos similares, es producto de la tradición que ha venido perpetuándose y se ha adentrado en la conciencia popular, fomentada por la gatzmofieria y maledicencia de las gentes, que no tienen empacho en llevar, de boca en boca, la noticia de "la paja que han visto en el ojo ajeno". Es comunmente sabido cómo en algunos pueblos de España, se escarnece cruelmente al marido engañado por medio de coplas y refranes callejeros. (1).

Otra de las razones que se dan para la punición del adulterio, es la salvaguarda del orden familiar, amenazado por él.

Desde luego debemos notar que, cuando en un matrimonio aparece el adulterio, como dice Emilio Langle (2), es señal inequívoca, de que en aquella unión ha faltado el amor, y por tanto el respeto que se deben; sus relaciones son bien tirantes, el cariño y armonía necesarios en toda unión conyugal, solo son aparentes; de lo contrario, el adulterio no sería posible. En tal virtud, el adulterio no es un atentado al orden familiar, sino una consecuencia del mismo, ya que el orden familiar se había roto con anterioridad, pues según la afirmación de Quintiliano Saldaña, "antes que la conducta deshonrosa publique el escándalo, existe ya *perturbación con destrucción irreparable de las relaciones conyugales*". (3).

Tanto el honor como la dignidad y demás sentimientos de esta índole, son atributos o cualidades inherentes a los individuos en particular, que a la ley penal no le interesa protegerlos con una sanción, sino cuando rebasan los límites de lo privado, para constituir una amenaza social. En el adulterio no se presenta este caso, como se demostrará más adelante.

El orden de la familia, no queda minado por el adulterio; éste sólo es un efecto de aquél, que es la causa. El mal se ataca por la causa patológica que lo produce, no por el síntoma.

(1)--Son abundantes las obras literarias a este respecto, como es de todos sabido; una de las más conocidas es: "La Malquerida," de Benavente.

(2)--"¿Debe Constituir Delito el Adulterio?" p. 81.

(3)--Siete Ensayos sobre Sociología Sexual, p. 89.

LA FIDELIDAD CONYUGAL

El matrimonio supone, que la unión tiene como base el amor, aunque la realidad demuestre lo contrario. Por ese amor que se presume en los casados, los amantes unen sus destinos para perpetuar la especie y ayudarse a llevar la carga de la vida. Una unión que está llamada a llenar tales fines, debe estar fincada en el amor; este sentimiento trae consigo la fidelidad, que mutuamente se juran los cónyuges, constituyendo uno de los principales deberes del matrimonio. El adulterio viola ese deber matrimonial, esa fé jurada de guardarse fidelidad.

La infidelidad que se comete por el adulterio es, por lo mismo, la transgresión a un pacto, un incumplimiento de la promesa que hicieron los cónyuges, pero que sólo afecta a la Moral, y de ningún modo puede quedar comprendido en el campo de lo delictuoso. A nadie se le ocurrirá pensar que pueda castigarse a aquél que falte a una promesa cualquiera, incluso a la de contraer matrimonio, que podría también considerarse como una transgresión al pacto de los amantes.

Ahora bien, es absurdo pensar que pueda prometerse algo que no estamos seguros de cumplir, aunque en el momento de la promesa, tengamos toda la voluntad e intención de que todos nuestros esfuerzos se dirigirán hacia ese fin; es absurdo, porque dicho cumplimiento no solo depende de la voluntad del individuo, sino que está sujeto a muchas circunstancias y otras tantas eventualidades que no están subordinadas a los actos volitivos del hombre.

En una sociedad como la actual, en que los matrimonios se rigen generalmente por conveniencias económicas, más que por el amor de los desposados, no debe obligarse a los esposos, por medio de medidas punitivas, a guardar una fidelidad que no está al alcance de su voluntad.

La promesa que supone el matrimonio, no tiene, pues, ningún valor, mayormente en aquellas uniones basadas tan sólo en las conveniencias sociales, que son las más expuestas al adulterio, toda vez que en ellas, surgen con más frecuencia, la disparidad de caracteres, las diferencias de educación y otras muchas razones por las que la promesa de amor, se rompe. Podría argüirse que, sin embargo, en muchos matrimonios en que ha faltado el cariño, la fidelidad conyugal se sostiene muchas veces, aún a costa de sufrimientos; también es verdad, que hay otros tantos desgraciados, en que los cónyuges no tienen la fuerza suficiente para soportar una fidelidad sólo por virtud.

Tenemos también razones de orden biológico, que son más fuertes, que la

voluntad, muchas veces casi irresistibles, que con gran frecuencia son la causa oculta en muchas infidelidades. Luis Jiménez de Asúa, (1), atribuye como una posible causa de adulterio, el hipersexualismo generado en la edad climática de la mujer. Advierte además, que muchas veces, el orgasmo femenino solo aparece en épocas tardías de la vida, con un aumento de la capacidad de las sensaciones sexuales o, por primera vez, en los últimos años en mujeres hasta entonces frías. En algunas mujeres otoñales, próximas a extinguirse sexualmente, no es rara una disposición tardía al romanticismo, al amor en todas sus formas: su aptitud sexual que ha venido en aumento, ya casi en los umbrales de la menopausia, alcanza su máximo, pues todos los ocasos son espléndidos.

Gregorio Marañón observa, que cuando la mujer se encuentra en tales situaciones, vive en un hogar monógamo y no le parece bien transmitir a su marido, el mismo ritmo de su impulso sexual, puede lanzarse por caminos extraviados para lograrlo. (2).

Otras muchas causas pueden encontrarse, por las que las esposas incurren en la infidelidad conyugal, y que son ajenas a una voluntad dañada, como la diversidad de temperamentos, enfermedades e impotencia del esposo. Puede ser también la enfermedad incurable del marido, la que obliga a la esposa que no está dispuesta a sacrificar su juventud, a echarse en los brazos de un amante.

Por lo que al hombre respecta, muy bien puede aplicarse para México, lo que Jiménez de Asúa afirma para España; "son rarísimos los hogares realmente monógamos". (3).

El ambiente distinto en que se educa el hombre, hace que cuando va al matrimonio, llegue con un gran acopio de conocimientos y experiencias, aprendidas de mujeres experimentadas, que no encuentra en su esposa, de quien bien pronto se aparta para dar comienzo a una serie de infidelidades.

La fidelidad que quiere exigirse del matrimonio, y que ha sido establecida y tutelada por la legislación, no ha sido originada por un cariño mutuo, ni de un deber en beneficio de la familia, pues entonces serían punibles igualmente, las infidelidades en las uniones extra-matrimoniales, que también son constitutivas de familia. Tampoco tiene como antecedentes, el ambiente moral o espiritual, ni la pureza de las costumbres. La Historia demuestra que los pueblos que con más dureza castigaban la infidelidad conyugal, distingúfense precisamente por su corrupción, prostitución y desenfreno en su conducta.

No, la promesa de fidelidad de nuestros matrimonios, no es sino una derivación de la obligación impuesta por el macho celoso, que por tradición ha venido perpetuándose; que quiso que la mujer que había sido suya, no fuera de nadie más; le exigía respeto, mientras él se entregaba a los mayores desenfrenos

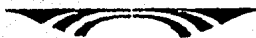
(1)--"Libertad de Amar y Derecho a Morir." p. 198.

(2)--Gregorio Marañón. La Evolución de la Sexualidad y los Estados Intersexuales. p. 50 y sgts.

(3)--"Libertad de Amar y Derecho a Morir". p. 29.

y licencias; le exigía que no se entregara por sí misma a otro hombre, mientras que él sí podía otorgarla al amigo o al forastero.

Nuestras leyes modernas establecieron la fidelidad conyugal para los dos sexos, castigando las infidelidades de ambos, para quitar esa diferencia injusta, pero no obstante, la fidelidad dista mucho de ser recíproca. Las leyes son impotentes para que la fidelidad sea igual en ambos cónyuges, con ésto se comprueba su inutilidad. Con normas penales o sin ellas, habrá fidelidad en unos matrimonios, en los que estén basados en el amor, y en otros, sólo la sumisión del ser más débil, a quien repugnará a veces dicha sumisión, con normas penales o sin ellas, subsistirán también las causas económicas, culturales y biológicas, determinantes muchas veces, tal vez las más, de la infidelidad conyugal.



¿CUAL ES EL DAÑO SOCIAL QUE CAUSA EL ADULTERIO?

Hemos podido observar, cómo la mujer ha venido siendo, aunque en diversas formas, según las etapas históricas por las que ha pasado, sólo una esclava del hombre. Este le ha impuesto leyes, dogmas y obligaciones, en nombre de la sociedad, de la religión y del hogar. Consciente de su fuerza, ha querido que la mujer le rinda vasallaje, por eso le ha exigido amor, servidumbre, respeto, fidelidad..... Cuando ella falta a los deberes impuestos, el varón la castiga a su antojo, sin más significación para él, que el ejercicio de un derecho.

Pero el desenvolvimiento propio del devenir de los pueblos, se impuso; la organización misma de la sociedad, se encausaba por nuevos derroteros, o rectificaba los mismos; se imponía un cambio radical en los fundamentos de la Justicia, y entonces, el hombre, no queriendo perder su preponderancia, no deseando tampoco renunciar a sus privilegios, estando a su arbitrio la retención, puesto que seguía siendo el fuerte y era él quien operaba el cambio, fundó el castigo del adulterio en los conceptos: daño, que con el acto se causaba al varón, honor, que se mancillaba con el acto impuro de su mujer, dignidad, que se demeritaba con la liviandad de su cónyuge. Por todas estas razones, se impuso a la mujer como deber principal, el de guardarle fidelidad a su esposo, pues es bien sabido que dicha obligación, fué impuesta últimamente al hombre, para corregir la injusticia que desde tiempos inmemoriales se vino cometiendo, en que al marido sí le estaba permitido entregarse a los mayores desfrenos con queridas y prostitutas.

Tales conceptos cuya violación es el fundamento en el castigo del adulterio, son sentimientos puramente personales, como se ha dicho ya en páginas anteriores, cualidades inherentes al individuo, y de las cuales la sociedad se desentien-de; su equilibrio no se perturba en lo más mínimo, por el hecho de que en un hogar se descubra el adulterio, pues los demás permanecen con su tranquilidad habitual.

La infidelidad conyugal no produce daño alguno, sino hasta que es descubierta, pero el daño sólo recae en el individuo burlado, de ninguna manera en la sociedad, la que no sufre alarma ni inquietud por ello; la aventura es comentada por las gentes, regocijada y maliciosamente, nunca piensan que pueda ocurrirles el mismo caso; sus esposas las consideran distintas a aquellas y por tanto, confían en que no habrán de engañarles nunca. Cada componente de la sociedad, se interesa por lo que le atañe directamente; los conflictos de los demás, le preocupan sólo cuando tienen puntos de contacto con los suyos propios, cuando sus efectos puedan llegarle, aunque sea de manera indirecta, entonces sí sufre malestar la colectividad. No sucede ésto en el adulterio, los pro-

blemas que origina son meramente sentimentales y su resolución solo incumbe a los cónyuges en lo particular, no a la sociedad.

El conocimiento que llega a la sociedad de la comisión de un adulterio, repercute solo en perjuicio de los propios cónyuges, ya que aquella es muy dada a suspicacias y frecuentemente hace víctimas de su maledicencia a personas inocentes, por lo que este aspecto, tampoco deberá tomarse en cuenta en la punidad del adulterio.

Se ha pensado también, que el adulterio entraña un ataque a la honestidad; este criterio sostienen algunas legislaciones que lo catalogan dentro de esta clasificación. Nuestro Código Penal de 71, lo clasificaba en esa forma, pero a partir del Código Penal de 29, sólo se denomina a tales hechos, delitos sexuales. Esto obedeció, seguramente, a que nuestros legisladores comprendieron que la honestidad es una virtud o cualidad, comprendida en la Moral, y que, para que se haga necesaria la intervención del Derecho Penal, es menester que la violación de las normas morales, se exteriorice en actos que lesionen derechos ajenos, hasta un límite en que, la presencia de la justicia pública, se haga indispensable, para la defensa de la estabilidad social, amenazada.

El adulterio se comete siempre subrepticamente, con la discreción que tales actos requieren, salvo el caso de una corrupción incontinida y morbosa; la inmoralidad en estos casos, es solo de las personas que en el hecho intervienen, su deshonestidad no afecta al conglomerado social, toda vez que no ofende a la honestidad pública, sólo a ellos incumbe.

Es inconcuso que nadie puede ser castigado, por una deshonestidad o impudicia que a él solo atañe. La norma penal sólo aparece cuando la inmoralidad traspasa los límites de lo individual, para constituirse en un atentado contra la honestidad pública; porque es sólo en este momento cuando la sociedad se daña.

El adulterio, como es bien sabido, es un fenómeno de repetición diaria, que ha pervivido a través de todos los tiempos, sin que jamás se haya desquiciado la sociedad por esta causa. Fué gracia especial del marido, hasta hace poco tiempo, castigar la infidelidad de su consorte; podíale matar si así lo quería, pues el castigo de esa falta, la sociedad lo dejaba al arbitrio del ofendido, que era el único dañado; ella se desentendía de tales hechos por no considerarlos atentatorios a la moral pública.

Por lo que respecta al interés y conservación de la familia, tampoco recibe daño el conglomerado social, pues como ya se hizo notar, el orden familiar no se altera porque en una de tantas familias que integran la sociedad, se descubre la comisión del adulterio, que constituye un problema puramente doméstico. Además, no es el ejemplo funesto, el que induce a los cónyuges a cometer el adulterio, sino la atracción recíproca que por diversas causas, especiales en cada caso, se ejerce entre el adúltero y el amante. No es, pues, la repetición continua del acto, la que hace que se extienda, pues si así fuera, podría admitirse que minaba las capas sociales.

Por lo que hace a los hijos naturales, que entraran en la familia por el adul-

terio, si éste no era del conocimiento del esposo, no habría ni siquiera un daño individual; no serían usurpadores de la posición correspondiente a los legítimos, porque también tienen el mismo derecho que los demás, a ser cuidados y educados, tienen derecho al patrimonio familiar, cuando menos por parte de la madre.

Si la situación privilegiada de los hijos legítimos, con respecto a los naturales, fuera la razón para considerar dañada a la sociedad, en la familia, y ser por ésto, punible el adulterio, podría argüirse, que sucede lo mismo con el hombre, que en orgías, borracheras y otras licencias, despilfarra el producto de su trabajo, en detrimento también de la familia, a la que merma mayores posibilidades de bienestar.

Pero las situaciones en que el adulterio trae como consecuencia, la introducción de hijos que no lo son del jefe de la familia, son verdaderamente excepcionales, puesto que en muchas ocasiones, la mayoría, no se presentan tales casos, por lo que el argumento carece del carácter de generalidad, para que pudiera tomarse en cuenta.

Ya no cabe pensar en esta época, que lo que viola el adulterio, sea el derecho de propiedad, que el hombre tiene sobre su mujer, como se consideró en la antigüedad, en que el matrimonio no era sino el título mismo de la propiedad, por el cual se pagaba un precio, bien en dinero, ya en especie, o era satisfecho con servicios personales. Después, las solemnidades del matrimonio, eran la representación de las formas de adquirir la propiedad, las que seguían dando la idea de que el matrimonio otorgaba un derecho de propiedad sobre la esposa. Muchas de estas formas matrimoniales, aún se conservan como un trasunto tradicional, como solemnidades de nuestros matrimonios religiosos, (arras) pero sería absurdo tratar de presentar este argumento, como justificante de la punidad del adulterio.

Así, pues, aún suponiendo que el adulterio ultrajara el honor y dignidad del marido, no causa por eso un daño social, sino uno meramente particular. No es tampoco un ataque a la honestidad pública, sino a la privada, y ésta no lesiona a la sociedad. La comisión misma del adulterio, no es un incentivo para que se sigan cometiendo otros, sino que se origina por causas distintas.

La pregunta formulada anteriormente, puede contestarse entonces en forma categórica: El adulterio no causa ningún daño social.

VII

¿EXISTE PELIGROSIDAD EN EL ADULTERO?

En Derecho Penal, los responsables y los irresponsables son igualmente peligrosos, y por tanto, la sociedad tiene el derecho ineludible de defenderse de ellos. En Derecho Privado, la libertad de un ciudadano, llega hasta donde choca con la de los demás. En cuanto al orden público, llega hasta donde choca con los derechos indiscutibles de la sociedad, necesarios para su paz y conservación.

Cuando los individuos realizan actos considerados atentatorios, y contrarios a la estabilidad y conservación sociales, lesionando los derechos de la colectividad; la organización social toda, pone en práctica sus medios de defensa, para contrarrestar la actitud agresiva del que los ejecuta o, cuando menos, disminuir su impulsividad.

El adúltero que quebranta la fidelidad conyugal, viola solamente una promesa de carácter privado, sin que por ello sufra trastorno alguno el orden social, pues éste no se altera por un conflicto puramente doméstico.

Además, en el adulterio, no se advierte perversidad, maldad, o disposición del agente a seguir cometiendo nuevos delitos; el acto no podría cometerlo con una persona cualquiera, a menos que tuviera una depravación ilimitada, caso que no tendría el carácter de generalidad. El cónyuge infiel, procede no por un afán ruín de causarle un daño a su consorte, antes por el contrario, desea que él no se entere, procura ocultar su conducta hasta donde le es posible, con ese objeto. En la sociedad ni siquiera piensa, lo único que de ella le preocupa, es que no se dé cuenta de sus actos, para que no lo haga víctima de sus intolerancias; no hay entonces una tendencia a causar daño.

La voluntad o intención culpable, está en la mutua posesión de los amantes, puesto que es lo único que buscan y es lo único que deberá tomarse en cuenta, para ver si tales actos constituyen un delito, o solo una violación moral o religiosa.

El adúltero no se revela como una amenaza social o un peligro, no inspira tampoco repugnancia como otros transgresores de normas penales; muchas veces, las gentes, hasta tratan de justificar su conducta, atribuyéndola a una necesidad de buscar el amor en otra parte, por no encontrarlo en el matrimonio; algunas veces aparece como un tipo simpático, se comentan satisfactoriamente sus triunfos, algunos lo envidian y le miran de soslayo maliciosamente; cosa que no acontece con otros hechos punibles, que causan indignación en la sociedad. Todavía se aplaude frenéticamente, en las salas de espec-

táculos, las hezañas del majadero de Don Juan Tenorio.

Está bien que el adulterio sea un acto inmoral, pero tal inmoralidad, es solo de las personas que lo ejecutan, pues el hecho se verifica en las soledades de las alcobas, a cuyo lugar no puede llegar la moral pública, a la que no le preocupan las intimidades que en tales recintos se verifican. La lascivia, o impudicia del adúltero, no puede ser apreciada socialmente, como tampoco pueden ser medidos otros muchos defectos y cualidades de la conducta.

Se quiere argumentar o fundar también, la peligrosidad del adulterio, en que por la infidelidad, pueden llevarse al seno de las familias, hijos ilegítimos que serán considerados miembros de ellas, con los mismos derechos y prerrogativas de los legítimos. Esto les parece injusto y hasta inaudito, a quienes esgrimen este argumento en favor de la punidad del adulterio; disfrutarán -diciendo una posición que no les pertenece, y quizá, aún lleguen a heredar en detrimento de los hijos legítimos.

Desde luego, este argumento, para que sirva de base para apreciar la peligrosidad de los adúlteros, y pueda ser un fundamento sólido para demostrar que el adulterio, es dañoso a la organización familiar, debería tener caracteres de generalidad, cosa que no ocurre, puesto que sólo puede argüirse en él cometido por la mujer, pues él del hombre no podrá comprenderse en este caso.

En la infidelidad cometida por la mujer, podría ocurrir que ésta o su amante fueran estériles; en tal caso, la peligrosidad sería nula; o que, cuando del hecho hubiere conocimiento, apareciese que la adúltera no estaba embarazada; entonces la familia tampoco sufriría daño, eliminándose el peligro; por lo que no estando presente la situación prevista, las razones de la punidad tampoco subsistirían.

Hecha esta salvedad, el argumento pierde su consistencia, ya que sólo podrá haber peligrosidad, unas veces y en otras no. Por otra parte, el daño que el adulterio causa en la familia y que denotaría la peligrosidad del agente, sería fácil evitarlo, dando lugar a la práctica de recursos anticoncepcionales; cuando éstos fueran ineficaces, los adúlteros podrían alegar que no tuvieron la intención de causar un daño a la familia, introduciendo un ser extraño a ella, pues tomaron todas las precauciones debidas, trataron de evitarlo por todos los medios a su alcance, pero que no lograron por causas ajenas a su voluntad.

La sociedad, pues, no tiene la necesidad de defenderse de los adúlteros, porque no la atacan y por tanto no les teme. No es el adulterio un acto perjudicial o dañoso para la salud social, no precisa, entonces, la reacción de la sociedad, en contra de la repetición de dichos actos, puesto que no minan su estructura. El adulterio sólo es un efecto y no la causa, de la ruptura del orden familiar. En consecuencia, como en los actos en que consisten las infracciones a los preceptos penales, es donde se advierte la peligrosidad del contraventor, y como el adúltero no viola ningún derecho o interés sociales, sino simplemente individuales, no es socialmente peligroso.

VIII

EL ADULTERIO NO DEBE SER DELITO

El hecho de considerar determinados actos como delitos, obedece a un fin de conservación o de defensa sociales. Estos actos, han sido seleccionados en forma arbitraria por los grupos dominantes de la integración social, para protección de sus propios intereses. Así se explica cómo en diversas épocas de la Historia, se encuentren hechos considerados dignos de castigo, que en otras no lo son, por no ser nocivos a la hegemonía social, la que no se reciente, ni sufre con la realización de tales actos.

En la sociedad, como en todos los organismos, se opera una constante transformación; unas veces en forma ascendente, otras, descendente, pues hay ocasiones en que tales cambios constituyen un retroceso, aunque sea momentáneo, ya que, "la humanidad solo dá paso atrás para tomar carrera." Con la transformación social, es natural que también se transformen los conceptos; de aquí que las normas punitivas, evolucionen también con el Derecho Penal, aunque lentamente, atendiendo solo a las necesidades de conservación y defensa sociales. En consecuencia, los hechos que en alguna época, fueron o se consideraron perjudiciales para la colectividad, llega un momento en que ya no lo son; imponiéndose entonces su exclusión de los catálogos delictivos.

El adulterio es ciertamente un acto inmoral, actualmente, quizá llegue un día en que ni siquiera eso sea. Es cierto también, que hay actos humanos que sólo afectan a la Moral y otros que, al pasar por la Moral, lesionan también el orden jurídico.

Filósofos, juristas y moralistas, convienen en que la Etica, es un concepto de mayor amplitud que el del Derecho, el cual solo participa de un "*minimum ético*", el indispensable para el desarrollo de la sociedad; de este "*minimum ético*", tiene el Derecho Penal una mínima participación, la absolutamente necesaria para el mantenimiento del orden social, para la protección de la convivencia humana. Entonces, no todos los actos contrarios a la Etica deben constituir delitos, solamente aquellos que además, sean dañosos o violatorios de las normas más esenciales para la vida de la colectividad, constituyendo un peligro para su estabilidad.

Se explica la existencia de hechos punibles o delitos en todos los pueblos, porque son actos que perjudican el orden social, el cual están obligados todos los individuos a respetar, por el solo hecho de vivir en sociedad; tales actos, en un individuo aislado, carecerían de importancia, porque no serían perjudiciales. Por eso, es que, en el devenir social, va cambiando también el concepto delictuoso por la variación de los actos que lo lesionan. Por esta razón, los

preceptos penales deben quedar constreñidos a guardar el orden social del momento en que se dictan, respondiendo exáctamente a la defensa y prevención de los actos antisociales actuales, puesto que, como afirma Jiménez de Asúa, "sin que un interés jurídicamente protegido se dañe o se haga peligrar, no hay delito posible". (1).

En la época en que vivimos, afanosa de rectificaciones, en que ya se advierten los síntomas precursores de la caída estruendosa del sistema individualista, para dar lugar al nacimiento del Estado socialista, que será uno de los acontecimientos más grandes en la historia de la humanidad, se nota la inquietud, cierta tendencia para reducir los hechos punibles, en razón de que, un estudio más acendrado, viene demostrando la necesidad de excluir de los catálogos penales, algunos actos que no representan precisamente un daño para la sociedad, o porque la reparación y prevención, puede ser factible por otros medios.

El adulterio, sólo es la violación de ciertos deberes comprendidos en el campo de la Moral más que en el del Derecho punitivo, toda vez que la fidelidad, cuya violación es lo que caracteriza al adulterio, no debe ser tomada en consideración; su inobservancia no es bastante para que sea castigable, ya que sólo representa una promesa cuyo cumplimiento, no puede ser previsto por el entendimiento humano, como otras muchas situaciones que escapan a la voluntad del hombre. Tal deber, no es racional ni legítimo, sólo un tradicional trasunto que ha venido perpetuándose desde los tiempos más antiguos.

No debemos confundir el delito con el pecado, ni la religión o la Moral con la Política Criminal. Tampoco debemos caer en el error de legislaciones anteriores, dadas las transformaciones fundamentales del Derecho Penal, particularmente por lo que hace al derecho de castigar.

Pero las legislaciones actuales, tampoco toman la infidelidad conyugal, como fundamento para castigar el adulterio. Nuestro Código Penal, como el de algunos otros países, pena no sólo al esposo adúltero sino también al amante, a quien considera como conutor, no obstante que no está sujeto a tal fidelidad.

Fuera de toda idea moral, visto el problema sólo desde el punto de vista del Derecho, el matrimonio es un contrato; una de sus cláusulas, es la fidelidad conyugal; como contrato, debe estar regido por las leyes civiles concernientes. Todos los días hay violaciones de contratos, en perjuicio de los contratantes, y aún de mala fé; sin embargo, no entran en la categoría de los delitos.

No puede considerarse tampoco, el adulterio, como acto contrario a la honestidad pública, según se hizo notar en páginas anteriores. Desde el punto de vista legal, es un acto que no se persigue de oficio, sino a *petición del cónyuge ofendido*, según reza el artículo 274 del Código Penal; y, es más, su perdón no sólo alcanza a su consorte sino también a la persona con quien cometió el adulterio, conforme lo dispone el artículo 276. Es evidente que el legislador no

(1)---"Libertad de Amar y Derecho a Morir," p. 30.

confía a los particulares, la facultad de perseguir o absolver aquellos hechos que sean trastornadores del orden público. El delito de adulterio, no es, pues, más que una lesión de un derecho personal, esta es la razón por la que sólo a petición de la parte ofendida se persigue.

El adúltero, no procede por el afán preconcebido de causar un daño a su cónyuge, sino porque ha dejado de quererle, o porque nunca le ha querido, como sucede en aquellos matrimonios en que solo los ata una conveniencia económica; tal vez por su temperamento lujurioso, del cual no puede ser responsable, según lo están demostrando las ciencias médicas, ya que la libre expansión del instinto genésico, es la pasión más violenta que ha sentido la humanidad, por la cual rompe todos los diques y romperá siempre los que se le opongan. El empeño del adúltero estriba, por lo general, en que su consorte ignore el engaño, su esfuerzo se encamina a que no se conozca su extravío, que es el único momento en que el daño se produce,

No es el orden familiar, ni el honor, ni la dignidad, el fundamento que los códigos toman para castigar el adulterio. La familia no tiene como cimiento solamente el matrimonio; la uniones extra-legales, también son constitutivas de familia, muchas veces, más duraderas que las que dinamam del matrimonio. Sin embargo, las leyes no castigan las infidelidades cometidas en el seno de las uniones libres, o de los matrimonios religiosos, en las que también puede ofenderse el honor y la dignidad de las personas, o argumentarse que son una amenaza familiar.

No, el adulterio se ha catalogado como delito, como una defensa de la institución del matrimonio, creada por el Estado.

De acuerdo con la Política Criminal, es delito todo aquello que constituya un ataque a un bien protegido por la norma penal, cuya fuerza es la única que puede combatirlo eficazmente; en consecuencia, la fuerza de la norma sólo se justifica cuando es útil y apropiada al fin que se le destina.

Son innumerables los adulterios que se cometen diariamente, pero los que se ventilan en los tribunales, son contadísimos. De acuerdo con las estadísticas criminales, éste es uno de los delitos menos comunes, mientras que la realidad demuestra lo contrario, pues es un hecho que se ejecuta frecuentemente. Esto se debe al carácter privado y discreción con que tales actos se verifican, por razón a su misma naturaleza. Todas las personas que intervienen, tienen interés en que su acto no sea del conocimiento público, aún el mismo cónyuge ofendido, para quien aquella traición, sólo es un conflicto de sentimientos, su tragedia prefiere resolverla particularmente, sin la intervención del Estado ya que así, evita el escándalo y reduce su vergüenza.

La amenaza penal, no ha sido bastante para evitar un solo adulterio; los adúlteros jamás piensan en las penas a que puedan hacerse acreedores, sólo obedecen a su instinto, el cual no es propicio a la reflexión o al cálculo de riesgos. Además, siempre piensan que su infidelidad quedará dentro del mayor sigilo, por lo que nunca prevén el caso de que caiga sobre ellos el peso de la ley.

La pena para estos casos resulta completamente inútil, no entraña ni la más mínima amenaza, los culpables pensarán en multitud de circunstancias favorables al secreto que tienen interés en conservar.

El castigo implica un mal mayor (con frecuencia irreparable) que el que se quiere evitar; en el proceso se exhibe la vida íntima de los esposos y amantes, en desdoro de ellos mismos y de sus hijos. ¡Cuántas veces sólo por puras suspicacias, sospechas del cónyuge celoso y desconfiado!

La experiencia obtenida en los tribunales penales, demuestra cómo el adulterio, por su propia índole, no deja vestigios, su prueba es demasiado difícil; en una gran mayoría de los casos que se presentan, los jueces tienen que decretar a las 72 horas, la libertad por falta de méritos; de los casos restantes, casi todos quedan en absoluta libertad, en la sentencia.

Más fácil resulta la prueba, casi siempre, para los adúlteros, quienes aún siendo culpables, demuestran legalmente que no lo son; pueden valerse de algún subterfugio, tienen diversidad de formas para justificar determinada actitud, y desvanecer cualquier sospecha.

La parte acusadora, en cambio, salvo el caso de delito flagrante, tropieza con multitud de escollos; tiene que partir de supuestos, de simples sospechas; la Corte, al concluir el proceso, absolverá seguramente como caso de duda. La amenaza legislativa resultó fallida y la incriminación perjudicial de todas maneras. El procedimiento judicial, dadas las circunstancias especiales en que el adulterio se verifica, resulta deficiente, la pena inútil, y algunas veces perjudicial al fin propuesto.

La sociedad no tiene necesidad de poner en juego sus medios de defensa, porque los adúlteros no la atacan, no constituye para ella un peligro, ya que sólo lesionan intereses puramente privados, no colectivos, y la pena no es suficiente para evitar un solo adulterio.

La adúltera que ha estado en la cárcel, una vez que su pecado se ha hecho público (por medio de la prensa, fotografías, etc.) nada le importa ya prostituirse o degradarse. ¿Qué es entonces lo que justifica la penalidad del adulterio? ¿Acaso para evitar que el individuo se haga justicia por su propia mano? Es frecuente el caso en que a pesar de la norma penal, el cónyuge ofendido castiga bárbaramente a su consorte. Sólo el criterio de la retribución podría argumentarse.

El "*minimum ético*" que supone el Derecho Penal, dentro del *minimum* del Derecho en general, está asegurado sin que el adulterio se encuentre comprendido en los Códigos Penales, puesto que la sociedad sigue su evolución normal, sin que a ello contribuya, en lo más mínimo, la penalidad del adulterio, la cual ha sido siempre un fracaso rotundo desde los tiempos más remotos, en que la represión era más odiosa que el acto mismo. La punidad de estos hechos, pues, resulta inútil para su prevención, la amenaza legislativa no los evita, tampoco los reprime, y, cuando lo hace, no produce intimidación alguna.

El Derecho al considerar delictivo un acto, lo hace buscando una utilidad

práctica para el desarrollo y conservación de la sociedad. Así pues, para que el adulterio merezca ser punible, debe constituir un peligro, un ataque para los intereses que se quieren salvaguardar; más como sucede todo lo contrario, la represión ocasiona mayores trastornos, que los mismos que pudiera causar el acto. Entonces, siguiendo el mismo sentido de interés general propuesto, debe preferirse la no punidad del adulterio, mayormente, si se considera que el acto no lesiona ni perturba intereses sociales, y que además, se practica con bastante frecuencia a pesar de su penalidad, que queda al margen de la utilidad que se persigue.

El Estado, no debe intervenir en los conflictos meramente hogareños, cuya restricción debe quedar controlada individualmente, sin la intervención del Derecho Penal, sólo bajo la dirección moral de cada uno, de acuerdo con el concepto de licitud o ilicitud del hecho, mientras no representen un peligro para la convivencia social. Las normas establecidas por el Estado, para la salvaguarda de los intereses que representa, deben estar sujetas a las mismas condiciones de mutabilidad, a las que obedece la sociedad, debiendo terminar, cuando las situaciones previstas cambien, o cuando se note su ineficacia.

Nuestro Derecho Penal debe estar entonces, acorde con la sociedad actual, ser protector solamente de los intereses sociales, ya que, cuando protege los individuales, lo hace por los puntos de contacto que tienen con la sociedad en general. Se protege la propiedad, por la función social que representa y por el régimen estatal que priva.

El Derecho Penal moderno, fincado sobre los escombros de aquel viejo derecho que se fundaba en la expiación, debe salir cuanto antes de las cámaras nupciales. su presencia en ellas, es inútil y perjudicial, por la reserva y delicadeza que reclaman las intimidades del hogar.

En conclusión: el adulterio como delito, no nació por necesidades de interés social, tampoco por un interés de orden familiar, el cual se altera más con la condena, ya que con ella, se hace del conocimiento público, un hecho que a la familia interesaba conservar en privado. Tampoco responde a la idea de moralidad social; estos hechos sólo atañen a individuos en particular, de manera alguna a la sociedad y la norma penal solo tiene un contenido ético mínimo. Los adúlteros no representan ninguna peligrosidad; no infunden temor, alarma, ni zozobra en la sociedad, que en estos casos, no se defiende de los adúlteros, porque no la atacan. Se ha establecido la punidad del adulterio, como una defensa de la institución del matrimonio, creada por el Estado, la cual tampoco tiene razón de ser, como será demostrado en capítulo aparte.

No invocaré, como apoyo de la no punidad del adulterio, el nombre de Jesús -el divino rabí de los ojos glaucos- en su asombrosa absolución de la mujer adúltera, porque tal absolución no fué jurídica, sólo estuvo basada en suponer a todos los que querían castigarla, culpables de la misma falta. No, mi fundamento estriba en una sola afirmación, la de que el adulterio no reúne los caracteres esenciales de todo hecho punible, y, por tanto, no es delito. Estos hechos como otros delitos privados, solo son "metáforas de delitos que un día dejarán de serlo", según el pronóstico de Quintiliano Saldaña. (1).

¡La diosa Temis, debe ya despojarse de sus vendas, y ver, sí, pero muy hondo en el alma humana; así llenará más santamente su misión!

(1) -"Siete Ensayos Sobre Sociología Sexual". p. 107.

IX

EL MATRIMONIO Y EL ADULTERIO

El Estado al conceptuar delito el adulterio, lo hace con el fin de salvaguardar la institución del matrimonio.

Pero el matrimonio se desacredita de día en día o, cuando menos, su número decrece de manera manifiesta. Escritores de todos los matices, pregonan que el matrimonio está en crisis: buscan y estudian los motivos, y la literatura a este respecto, llena los escaparates de las librerías.

Una de las razones que se aducen para explicar la escasez de matrimonios, es el costo elevado de los medios de vida, dadas las complicaciones y necesidades que ésta va teniendo a medida que los días transcurren. La edad de la pubertad o de la aptitud sexual, no coincide con la de la capacidad de adquisición de los satisfactores económicos, como acertadamente lo hace notar Quintiliano Saldaña: "No coinciden dos momentos de plenitud, en la vida: la capacidad económica y la capacidad sexual". (1) Esta gran verdad es un obstáculo serio para los matrimonios tempranos y una ventana abierta, para saltar por ella hacia la vida, hacia la iniciación sexual.

Por todas partes oímos hablar del relajamiento constante de las costumbres; dá la señal de alarma el moralista, truenan en los ámbitos del templo el anatema religioso, se escucha la voz serena, pero segura del sociólogo. Es la radical transformación que está sufriendo la sociedad, que se desintegra para buscar una nueva organización.

Tal es el ambiente en que lucha y se debate la humanidad. Tal el espectáculo que se presenta ante los ojos del niño, que siente la inquietud inexplicable de sentirse hombre, y la de la mujer, la de sentirse hembra. Los jóvenes varones desde su edad temprana, conocen torpemente el secreto de la vida sexual, iniciados por otros más precoces, o con ayuda de personas sin escrúpulos y las más incultas; las lecturas pornográficas completan la preparación. Después, aprenden el amor que les enseñan mujeres experimentadas en las prácticas amoratorias y, así va transcurriendo su vida en uniones transitorias o más o menos duraderas, con prostitutas y queridas. El aprendizaje les deja un acervo de arrebatos pasionales y, a veces, las perversiones sexuales más abyectas.

Crece la mujer educada en un ambiente plagado de prejuicios sociales y religiosos, no se le infunde el amor a la virtud, sino el temor al mal. Se le ha considerado el ser más peligroso de la humanidad (lo confirma el conocido refrán:

(1)--Siete Ensayos Sobre Sociología Sexual. p. 62.

"No hay mal que por mujer no venga"); el hombre en su egoísmo, la ha mantenido en condiciones de inferioridad y la ha tenido encadenada en venganza de haberle hecho perder el Paraíso.

Joaquín Noguera, considera nacidos y fomentados estos prejuicios en la Religión Católica, a la que atribuye el siguiente concepto: "Toda malicia es pequeña comparada a la malicia de la mujer"; afirma además, que aún después de transcurridos seis siglos de Cristianismo, se discutió con bastante seriedad y amplitud en el Concilio de Maçon, si las mujeres tenían alma y si eran seres racionales, lo que fué resuelto afirmativamente por una escasa mayoría de votos; cita después a Tertuliano en apoyo de su afirmación, a quien atribuye esta terrible imprecación: "Mujer, deberías estar siempre de luto y vestida de andrajos, ofreciendo a las miradas de todos tus ojos anegados en lágrimas de arrepentimiento, para hacer olvidar que perdiste al género humano. Mujer, eres la puerta del infierno". (1).

Así se inauguró la educación de la mujer, de ahí dimanaron todo el cúmulo de prejuicios, sociales, religiosos, tradicionales y convencionales, que tienen encerrada a la mujer en el gineceo doméstico, en el que muchas permanecen, no precisamente por virtud. De aquí se originó esa diferenciación de morales, masculina y femenina, en que la libertad parece ser exclusiva del hombre, dando por resultado para la mujer, una inferior libertad contractual, pues para que estuvieren en el mismo plano, deberían tener ambos sexos, la misma sanción moral, para que tuvieran también la misma libertad jurídica. El hombre puede optar por el matrimonio o por la soltería, en ésta encuentra un amplio desahogo para sus instintos sexuales, en el concubinato y en la prostitución. En la mujer pasa completamente lo contrario, tiene que preferir el matrimonio en cualquiera forma que se le presente, al cual va sin amor o fingiendo que lo tiene, a una vida parasitaria y estéril en la que carece de independencia económica y de la libertad en todas sus formas.

Llega el momento que pone al hombre en posesión de los medios económicos; hastiado de su vida de soltería, estando bastante "corrído" y "paseado", siente la necesidad de "sentar cabeza" y un buen día llama a las puertas del matrimonio, a donde llega enfermo del alma y también del cuerpo. Es certera a este respecto, la afirmación de Quintiliano Saldaña: "El matrimonio está en crisis porque el hombre llega a él sin encanto, hastiado del amor en experiencias ilícitas, y la mujer sin misterio, experta en fraudes pecaminosos; él sin virginidad física, ella desprovista de virginidad moral". (2).

Los matrimonios en nuestra sociedad actual, solo se producen por el cálculo, el amor es cosa secundaria, cuando no nula; cuando no son los padres los que conciertan los matrimonios, influyen cuando menos, en los hijos para que busquen la mujer o marido que les *conveniga*, según las exigencias sociales; el amor podrá estar presente como añadidura, pues cuando el cariño no está acorde con la conveniencia, los padres son los primeros en oponerse a que la unión

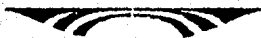
(1)--"Moral, Eugenecla y Deccho", ps. 54 y 55.

(2)--Op. Cit. p. 69.

se realice. Recuerdo a este respecto, el caso de una madre que decía con una filosofía baja y chusca, que de no casarse su hija con un rico, prefería que fuera prostituta, "pero de las buenas".

Este es el bagaje sentimental y sexual con que arriban los jóvenes al matrimonio. De aquí el fracaso de la mayoría de ellos, que no están sentados en bases sólidas, por carecer de firmeza los lazos que los unen. Tal situación, es campo propicio, para todo género de infidelidades. El marido pronto se aburre de su candorosa esposa, siendo ésta poco apta en las prácticas amatorias, busca el esposo fuera del matrimonio, los arrebatos amorosos de sus años mozos. La mujer, ante el desdén e indiferencia de su cónyuge, frente a la galantería solícita del seductor, un día cualquiera comete el primer desliz.

Es loable la actitud del Estado, al preocuparse por la defensa del matrimonio; es una institución moral y de higiene social, pero su defensa no está en castigar el adulterio, que sólo es una resultante de las relaciones tirantes de los cónyuges y de la carencia de afinidades, pero no la causa primordial de su fracaso. Es más, el matrimonio debe fomentarse, procurando que haya libertad en la elección y que tenga como base el amor, entendiendo por ésto, no el frío y calculado consentimiento, sino la atracción mutua, la afinidad electiva, de que hablara Goethe. Sólo así podrán excluirse las posibilidades sexuales fuera del matrimonio, y lograrse una prolongación en la duración de los afectos.



SUSTITUTIVOS
Y
PREVENTIVOS PENALES
EN EL
ADULTERIO

DIVORCIO

Cuando en un matrimonio se ha presentado el fantasma del adulterio, o cuando ha surgido la sospecha terrible de la traición, se hace necesario el divorcio, que aunque como medio preventivo es deficiente, en estos casos, es indispensable, pues de lo contrario, la situación de los esposos se haría cada día insostenible; así lo ha entendido nuestra legislación civil, al establecer de manera preferente, como causa de divorcio, el adulterio.

Aún cuando la conducta del adúltero no sea criminal, sino solamente reprobable, puede sin embargo tomarse el divorcio como una sanción, pero única, puesto que el adulterio solo es el incumplimiento a un pacto de carácter civil, el cual debe ser sancionado por leyes y tribunales civiles. Será el único remedio prudente en la desgracia de las familias en que el adulterio, se ha consumado. Para mayor efectividad, es conveniente que la prueba no sea tan estricta como en los tribunales penales, pues de lo contrario, se tropezarán con las mismas dificultades para su comprobación; en aquellos casos en los que el juez civil, no tenga una prueba directa, pero sí presunciones bastante fuertes que lleven a su ánimo la convicción de que el hecho es cierto, debe conceder el divorcio. Ahora bien, frecuentemente se presenta el caso de que personas poco escrupulosas, buscando una causa para separarse de su cónyuge, le imputan la comisión de adulterio, valiéndose para ello de medios reprobables para hacerle aparecer culpable; los jueces, en tales casos, deben también conceder el divorcio, aunque el adulterio no haya sido probado; ya no sería posible la vida en común en estas circunstancias, la separación es patente aunque la ley no lo declare. Las obligaciones deberán quedar a cargo del calumniador, o repartidas equitativamente según los casos.

El divorcio, en las condiciones en que se propone, aplicado en forma más efectiva hacia el adulterio, tomado ya como sanción, bien como sustitutivo de la pena, reemplaza ventajosamente a ésta. En aquellos matrimonios en que la conveniencia aprisiona a los cónyuges, el divorcio será una amenaza para que la infidelidad se realice, ya que, de efectuarse, será un peligro para la posición social que se trata de conservar.

A este respecto, habrá que adicionar entre las causas de divorcio, para hacer más eficaz la defensa de la institución matrimonial, y prevenir mejor el adulterio, puesto que proscribirlo será imposible, las siguientes;

1a.-Los actos contra natura cometidos por el cónyuge.

2a.-Obligar uno de los cónyuges al otro, a practicar actos lascivos que no sean los naturales del coito regular.

3a.-Los actos de uno de los cónyuges, tendientes a impedir la procreación, en contra de la voluntad del otro.

4a.-La equivocación o desilusión sufrida, en la persona elegida, al considerársele por la apariencia correcta, y después de las nupcias se revele como un individuo zafio y brutal.

Es evidente que, de presentarse las circunstancias antes referidas, en la unión matrimonial, rompen la unidad de la misma, y la infidelidad conyugal puede llegar de un momento a otro a completar la obra.

El juicio de divorcio, no presenta los inconvenientes que se advierten en un proceso penal por adulterio; el escándalo y publicidad peculiares de éste, no se operan en aquél; los escritos y pruebas judiciales del procedimiento civil, nunca asumen gran notoriedad, porque el grupo social no toma interés en cuestiones de carácter exclusivamente privado. La sentencia civil, que solo se limita a disolver la unión matrimonial y a la fijación de las obligaciones inherentes, se funda en motivos y razones que nadie quiere averiguar. No puede compararse, por lo tanto, con la condena que dictan los jueces penales, por la que mandan a una persona a la cárcel, que causa un daño mayor que el de la infracción misma, por la difusión de la noticia y comentarios que suscita.

II.

LA EDUCACION SEXUAL

El tema tan debatido de la educación sexual, actualmente en nuestro medio, adquiere su máxima preponderancia. Los padres de familia, se inquietan con razón por el futuro de sus hijos, como que significa nada menos que la ruptura de cerca de veinte siglos de tradición.

A mi juicio, es más alarmante la relajación de las costumbres que en México estamos presenciando, particularmente por lo que a las relaciones sexuales se refiere, lo cual sí constituye una amenaza a la integridad de la sociedad. Frecuentemente la posesión es anterior al título y muchas veces es la maternidad la que empuja a las mujeres al matrimonio, cuando se casan, pues en otras, es la puerta que da a la prostitución. El contagio venéreo significa la contaminación de la raza.

La educación sexual sólo es un remedio que se intenta, para mejorar esa situación, o la preparación del advenimiento de una nueva organización social. No debemos temerla, sino estudiarla y dirigirla conscientemente hacia el fin propuesto, sólo así podrá lograrse su eficacia.

Se permite la circulación profusa de revistas pornográficas, ilustradas a colores, y en cambio la censura, no permite la publicación de artículos sobre educación e higiene sexual, ni médicos sobre la misma cuestión, que serían una orientación para la juventud.

No hay razón para escandalizarse o alarmarse, porque las cuestiones sexuales salgan de los gabinetes o laboratorios científicos, para darlos a cono-

cer a las generaciones nuevas. La función sexual, es una función biológica, como la de nutrición u otra cualquiera, que no debe encajonarse entre los límites de una falsa Moral.

El instinto sexual es implacable, no está sujeto a nuestra voluntad sino a inexorables procesos fisiológicos. Habrá personas que han logrado sublimar su instinto, por un período más o menos duradero, pero tal abstención no podrá ser absoluta, y reporta más perjuicios que beneficios, de aquí que Quintiliano Saldaña sugiere la reforma o supresión, de las corporaciones o profesiones religiosas, que se basan en ese absurdo. (1). Como una mentira fisiológica, lo conceptúa Jean Marestán, cuando pregunta: "Si en las personas normales los deseos sexuales no aparecen jamás con vehemencia, ¿por qué y a qué viene la adopción en los conventos de tantas precauciones para combatirlos? ¿A qué obedece que hasta 1778 se sangrase periódicamente a los enclaustrados de uno y otro sexo, se les administrase jarabe de ninfea, *agnus castus*, verdolaga o lechuga, se sujetase a los novicios a un régimen debilitante y se les aplicase sobre el pecho y los lomos planchas de plomo?" (2),

Joaquín Noguera comenta a este respecto: "Además, es cierto que la castidad abre de par en par las puertas de la Patología, porque la Naturaleza no se resigna nunca ni deja perder jamás sus derechos. Y las venganzas de la Naturaleza, cuando no son funestas de momento, no por esto dejan de ser terribles, sin embargo." (3).

Si no es posible vencer o dominar la actividad sexual, si es un fenómeno que en determinado tiempo aparece y sigue su curso inexorablemente, ¿para qué luchar por contrarrestarlo inútilmente, cuando es mejor dirigirlo y encausarlo conscientemente a los fines naturales a que obedece?

Las religiones crearon el pudor, ocultando la realidad sexual. Mientras que la Naturaleza muestra sus prodigios de manera espléndida, en la humanidad surge un falso concepto de honestidad. Así aparecieron también morales arbitrarias, que se constituyeron en guías y se erigieron en jueces, quizá con la finalidad de evitar abusos y la de mantener a los pueblos dentro de prácticas saludables de higiene. En los primeros años del Cristianismo, se recomiendan la castidad y continencia absolutas, como muy gratas a Dios, la Iglesia Católica lo convierte en dogma en el Concilio de Trento: "si alguien sostuviese que el estado de matrimonio debe ser preferido al de virginidad y celibato, y que no hay cosa mejor que casarse, que sea anatematizado." (4).

A medida que la civilización y cultura de los pueblos avanza, debe evolucionar con ellos la Moral, puesto que las primeras destruyen paulatinamente los prejuicios, en los cuales se asientan las costumbres. Así, pues, la Moral no debe permanecer estática, como norma rígida e inmutable, sino responder a

(1)--Op. Cit. p. 126.

(2)-- Joaquín Noguera. "Moral, Eugenesia y Derecho". p. 47.

(3)--Op. Cit. p. 47.

(4)--Op. Cit. p. 27.

los estados espirituales que alienten en la organización social, según el pensamiento de Noguera. (1).

La educación actual de la familia, ha dado hasta ahora resultados negativos. Solo se ha basado en la mentira sexual, por temor de hacerle perder prematuramente su inocencia, o por respeto a una Moral mal entendida. Ven los padres crecer a los hijos en una supuesta inocencia, sin darse cuenta que la inocencia es de ellos, no de los hijos, como comenta humorísticamente Saldaña. Desde antes de la adolescencia y de que aparezcan los signos de la pubertad, aprenden los jóvenes las experiencias de otros; gentes sin escrúpulos actúan de guías para enseñarles aquellas cosas que los padres querrían que no supieran nunca. Los jóvenes son iniciados precozmente, desde las prácticas solitarias hasta la iniciación sexual propiamente dicha. ¡Cuántas veces, desde entonces van adquiriendo tendencias viciosas o anormales!

Urge el conocimiento de los secretos de la vida, científicamente, que éstos ya no constituyan pecados, ni mortales ni veniales. No olvidemos que fué la prohibición, lo desconocido, lo que despertó el apetito que causó la desgracia, en la primera pareja humana, de la leyenda bíblica. "Hay que sustituir el misterio del sexo por la verdad del sexo; la castidad peligrosa de la ignorancia -que por no saber nada, lo presume todo-; por la castidad serena de la sabiduría" (2).

Es necesario hacer del conocimiento de nuestros jóvenes, con aquella delicadeza que solo pueden tener los padres, aplicando los métodos pedagógicos más adecuados, por un verdadero maestro, que la facultad genésica, es una función orgánica como otra cualquiera, cuáles son los nobles fines a que está destinada, los peligros que entrañan los excesos y abusos que de ella se hagan. ¡Cuántos males se evitarían, si el joven supiera todas estas cosas antes de que le sean enseñadas por propia experiencia, muchas veces en la forma más cruel imaginable!

Debemos precipitarnos a cerrar el paso a la desmembración de la sociedad, amenazada por la corriente de las costumbres; la sociedad presenta manifestaciones de una transformación total, tanto en el orden económico como en el moral. Se derrumban por caducos, los conceptos que hasta ahora han sido el sostén del edificio social; evitemos el aplastamiento cambiando o mejorando los soportes, de acuerdo con las necesidades actuales.

Mediante la educación sexual, podemos preparar uniones basadas en una atracción recíproca y afin, que darán por resultado una verdadera monogamia. El adulterio, si no queda proscrito, aparecerá tan sólo como algo esporádico.

III

LIBERTAD SEXUAL

Actualmente, se observa en la mujer una asombrosa actividad. Llena de

(1)--Op. Cit. p. 11.

(2)--Gregorio Marañón. La Evolución de la Sexualidad y Los Estados Intersexuales. p. 264.

inquietud, se apresta a disputarle al hombre su virilidad, como una consecuencia de su inferioridad fisiológica; ya no quiere asumir el papel pasivo que por tanto tiempo ha observado, envidia los atributos varoniles, y renuncia voluntariamente a las concesiones que como ser más delicado le ha hecho el hombre.

De aquí la tendencia de la mujer moderna a sacudir esa tutela y su deseo de igualar al sexo opuesto; invade las actividades masculinas, compite con el hombre en los deportes, monta a caballo, tira balazos, como él se corta el pelo, reclama el ejercicio de los derechos políticos y comparte con él las labores de las oficinas públicas: con ello va adquiriendo, aunque paulatinamente, su emancipación económica, así como la de ajustar su conducta mediante la responsabilidad de sus actos.

Esto no es, sino un indicio de que la sociedad toda se transforma, según las necesidades de sus diversos sectores. Así, nuestra juventud se rebela, no para justificar el título sugestivo del libro del juez Lindsey (1), sino como uno de los muchos aspectos de la revolución social que se está efectuando; está impregnada de inquietud, desorientada y sólo porque no tiene Maestros que la guíen. Por eso lucha instintivamente, contra todo principio de autoridad con apariencias de tiranía o despotismo. He aquí su rebeldía.

La actividad inusitada que se observa en la mujer, por igualarse al hombre, es otro aspecto del proceso evolutivo de la sociedad. Las circunstancias sociales y económicas en que ha vivido, obran directamente sobre ella y, se manifiestan, en su afán de romper la opresión que por tanto tiempo ha soportado; siente repulsión ante la tutela del hombre, por considerarse que ha llegado a la mayoría de edad.

En esta actitud, es ayudada por numerosos hombres de pensamiento, quienes opinan que la mujer, sino es igual al hombre, tampoco es inferior, sino distinta; que no debe permanecer subordinada del varón, quien debe emanciparla y ponerla en el pleno ejercicio de su libertad, para que asuma la responsabilidad de sus actos. Por lo que se refiere al matrimonio, algunos autores creen que debe haber, en todos sentidos, una igual libertad entre los sexos. Emilio de Girardín considera, que en tal situación, la mujer deja su condición de sierva y el hombre de ser amo; se deja de amar por obligación, o de aparentar que se ama, para hacerlo por sentimiento; se da fin a la tutela que se tiene sobre la mujer, desaparece la distinción injusta de hijos legítimos e ilegítimos, y el adulterio, "delito de invención social, inexistente en la Naturaleza" desaparecería de los códigos penales. (2).

Emilio Langle a su vez, considera que: "La evolución sexual parece que va, por el contrario, camino de la libertad sexual, basada en la conciencia plena de las acciones, y en el mutuo respeto de los sexos." (3).

Para llegar a ese grado de mutua comprensión dentro del matrimonio,

(1)--"La Rebelión de la Moderna Juventud"

(2)--Emilio Langle. ¿Debe Constituir Delito el Adulterio?. p. 6.

(3)--Op. Cit. p. 79.

precisa pasar la humanidad por ese período de transición propuesto anteriormente, o sea, el de la Educación Sexual.

Podrá argumentarse que la mujer, no precisa de esa libertad sexual en igual amplitud a la que tiene el sexo masculino, que la misma educación tenida desde su infancia, la pone a salvo de perversiones en su instinto, y la función de la menstruación, a cubierto de las acometidas sexuales que sufre el hombre, quien a su vez, tiene que responder al llamado de la procreación, pues sólo es un instrumento del "Genio de la Especie", que no se conforma con solo un ser cada año, único que su esposa puede darle.

En primer lugar, es muy discutible que la actual educación de la mujer, logre reprimir la "líbido", a un grado tal, que la deje inmunizada para que una vez en el matrimonio, su temperamento no sufra ninguna alteración; las ciencias médicas desmienten frecuentemente tal aserción. Además, el hecho de que el hombre que arriba al matrimonio, lleve consigo el lastre que le dejaron los excesos a que se entregó en su soltería, no justifica una inferior libertad sexual en la mujer, puesto que ésta, no requerirá el uso de su libertad si para ello no tiene necesidad, será únicamente el hombre el que fuera del matrimonio, siga aligerando el fardo de sus miserias.

Hay ocasiones en que por circunstancias especiales, el marido no puede llenar los fines del matrimonio, ya sea temporal o definitivamente. La mujer, en tales casos, según las exigencias de su naturaleza, hará uso o no de la libertad concedida, puesto que fuerzas superiores actúan sobre ella, a veces difíciles de contrarrestar. La impotencia sexual puede ser uno de estos casos, las enfermedades crónicas e incurables, así como las hereditarias, en que por razones de piedad no puede el cónyuge sano abandonar al enfermo, serán otros; también cuando el temperamento sexual de uno de los esposos no responda al del otro. Así pueden encontrarse una gran variedad de circunstancias, que podrían justificar la libertad sexual, dentro del matrimonio.

En una situación tal, no puede haber peligro de corrupción en las costumbres, puesto que, como antes se ha dicho, dicha libertad no podría rebasar los límites de la necesidad. Por otra parte, cuando los casos extremos a que antes se alude, se presentan, suelen saltarse las barreras; por tanto, con libertad en el matrimonio o sin ella, tales actos se realizarán de todas maneras en la misma medida.

Sin embargo, es conveniente, para evitar que el advenimiento del período de la libertad sexual en el matrimonio, sorprenda a la sociedad, que la humanidad se encuentre preparada por medio de la educación sexual, a fin de atajar cualquier peligro que traiga como consecuencia la disolución social. El peligro estaría, en la falta de consistencia de los matrimonios actuales, la carencia de cohesión en el vínculo, ya que sólo son las conveniencias sociales las que unen a los cónyuges-moléculas del matrimonio. Sin firmeza en la unión, la libertad sexual provocaría en las relaciones matrimoniales, un estado de relajación, tornándose, tal vez, en libertinaje, que más pronto minaría la sociedad.

Para conjurar el peligro, se presenta oportuna la educación sexual; después, la igual libertad sexual en el matrimonio, quizá sea el estado de transi-

ción para llegar a las uniones libres monogámicas, sin más ley que el amor, único capaz de lograr la confraternidad universal.

IV.

OCASO DEL MATRIMONIO.

LAS UNIONES LIBRES.

El Amor libre, o libertad de amar, como lo llama Jiménez de Asúa, es uno de los remedios que se proponen para hacer uniones monogámicas, basadas en el amor, y como un preventivo del adulterio. Tales uniones no deben estar sujetas a ninguna obligación ni a ninguna intervención legal, sin más vínculo que el del amor mismo, una unión de afectos como si se tratara de una íntima y franca amistad. (1).

El amancebamiento, podemos decir, surgió y ha venido perpetuándose paralelamente al matrimonio, no como unión transitoria, sino como ayuntamiento más o menos duradero (monogamia ilegal, como llama a estas uniones Camargo y Marín); frecuentemente es creador de lazos más firmes e indisolubles que los que establecen las leyes religiosas y civiles.

Las uniones libres abundan, constituyendo como el matrimonio familias igualmente organizadas, a pesar del hermetismo social que no considera honestas estas uniones. Por tanto, la familia no solo tiene como base el matrimonio.

Sin embargo, los conceptos amor libre y prostitución, son palabras para muchos, sinónimas. La educación actual de la mujer enfocada hacia el matrimonio, hace que a ésta le repugne la idea del amor libre, pero sólo por natural desconfianza que siente del hombre y por prejuicios sociales. No acepta ningún requerimiento sexual, si no va acompañado de la promesa de matrimonio, todas las querellas de estupro o de raptos, parten de esa base.

El amor libre no debe entenderse como corrupción, sino el amor espontáneo, es la afinidad de dos seres que mutuamente se atraen por sentimiento y por la libertad de la elección, es la unión natural, leal y sincera, en fin, "libre amor, es amor". (2)

Nuestro medio social no es campo propicio todavía, para la implantación del amor libre; sin embargo, será una etapa a la que necesariamente llegará la humanidad, pues en algunos países ya se advierten las primeras manifestaciones. Las uniones por la fuerza de la ley se desacreditan cada vez más, se está aparejando el camino para que un día, las uniones por el afecto sean más fuertes que la ley. La sociedad deberá estar preparada, la educación sexual deberá ser mediata a esa etapa que un día, tarde o temprano, habrá de llegar.

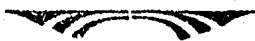
Las uniones libres serán, al igual que el matrimonio, el ayuntamiento de

(1) -Luis Jiménez de Asúa. *Libertad de Amar y Derecho a Morir*. p. 101 y sgts.

(2) -Q. Saldaña. *Op. Cit.* p. 71.

dos voluntades, sólo que en aquellas serán los lazos del amor las que los unan y no los de una mal entendida conveniencia. El Estado no intervendrá en sus emociones y sentimientos espirituales, sólo tendrá ingerencia por lo que concierne a los hijos, para los que habrá desaparecido la odiosa distinción de legítimos y naturales. Entonces tal vez, se habrá realizado el pensamiento de de Ellen Key, que el maestro Antonio Caso califica de "terrible sentencia": "Cuando florezca todo el vergel, la ley sobre el matrimonio no tendrá más que un sólo artículo: el que hace un siglo proponía Saint-Just: "todos los que se aman son marido y mujer." (1).

Cuando tal época llegue, quizá se recuerde que en una etapa semi-bárbara de la humanidad, hubo una figura delictiva denominada adulterio, acto que era bastante generalizado, pero de cuya práctica se hacía responsables criminalmente a los individuos, a pesar de los gritos desesperados de las ciencias jurídicas, médicas, biológicas y eugénicas.



(1)--Antonio Caso. Sociología Genética y Sistemática, p. 193.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-El derecho de castigar, se justifica como defensa social. Los medios de que la sociedad se valga para su defensa, deben ser efectivos y adecuados al fin propuesto, variando según la *peligrosidad* del delincuente, no debiendo aplicarse cuando ésta no exista.

SEGUNDA.-El delito de adulterio lo constituyen los siguientes elementos: existencia de matrimonio civil, la cópula o acceso carnal del cónyuge con otra persona que no sea el esposo, efectuada en el domicilio conyugal o con escándalo. La comprobación del ayuntamiento carnal es casi imposible por prueba directa; no están comprendidos en él, otra clase de actos lascivos o aberraciones sexuales.

TERCERA.-El adulterio es tan viejo como la humanidad. Como acto punible, no surgió por una repulsión de las costumbres, ni como respuesta a una necesidad social, sino por la imposición de una ley nacida del capricho de los hombres y como un resultado de la esclavitud de la mujer.

CUARTA.-Los conceptos honor, dignidad y vergüenza, son atributos o cualidades inherentes a las personas individualmente consideradas. El adulterio de uno de los cónyuges, en nada afecta al honor o dignidad del otro; sólo es una consecuencia del desacuerdo y tensidad en las relaciones conyugales, no lesiona ni es una amenaza al orden familiar, el que ya se encuentra minado cuando ocurre el adulterio.

QUINTA.-El adulterio es la violación a la promesa de fidelidad que supone el matrimonio. Tal incumplimiento, como en muchas otras violaciones de pactos, sólo afecta a la Moral, de ninguna manera al derecho punitivo. La observancia de la fidelidad no depende solo de la voluntad, sino de otras muchas circunstancias y eventualidades no sujetas a los actos volitivos del hombre. La punidad de la infidelidad conyugal no fué establecida en favor de la familia, de lo contrario serían punibles las infidelidades de las uniones extralegales, que también son constitutivas de familia. La fidelidad conyugal como obligación, y por ende, la punidad de su incumplimiento, nació como derivación del egoísmo de los hombres, quienes hasta hace poco no estaban sujetos a tal fidelidad.

SEXTA.-El adulterio no causa ningún daño social, porque no constituye un ataque a la honestidad pública sino a la privada, con la que no lesiona a la sociedad; además, el ejemplo del adúltero en nada contribuye a su propagación. La llegada de hijos naturales al seno de la familia, por la entrada prohibida del adulterio, no es un caso general; cuando acontece, se causa un daño puramente individual si el esposo tiene de ello conocimiento.

SEPTIMA.-En el adúltero no hay un afán preconcebido de causarle daño a su cónyuge, no se advierte en él perversidad, no inspira indignación o repug-

nancia, ni temor en la sociedad; ésta no se defiende del cónyuge infiel porque no la ataca, por lo mismo no le inspira ningún temor, por no considerarlo socialmente peligroso.

OCTAVA.-El adulterio no reúne los caracteres esenciales de todo hecho punible, y por tanto, no es delito. La norma penal sólo tiene un contenido ético mínimo, es inútil para la prevención y no causa ninguna intimidación. El castigo, tras de ser inútil, causa mayor perjuicio que el acto mismo, el cual no entraña ningún peligro social.

NOVENA.-El adulterio no representa un ataque a la institución del matrimonio creada por el Estado; su fracaso obedece a diversas causas que son las determinantes de la infidelidad conyugal; ésta sólo es un efecto. Debe defenderse y fomentarse el matrimonio, pero no mediante el castigo del adulterio porque resultaría inútil, sino procurando uniones basadas en una unión recíproca, psicológica y sexual; en suma, fincadas en el amor.

DECIMA.-Para substitutivos o preventivos penales en el adulterio, se proponen: como medida pronta y eficaz, el divorcio; con medios de prueba menos estrictos que los del procedimiento penal. A las causas de divorcio establecidas por el artículo 267 del Código Civil, deberán adicionarse las siguientes:

- 1.-Los actos contra natura cometidos por el cónyuge.
- 2.-Obligar uno de los cónyuges al otro, a practicar actos lascivos que no sean los naturales del coito regular.
- 3.-Los actos de uno de los cónyuges, tendientes a impedir la procreación en contra de la voluntad del otro.
- 4.-La equivocación o desilusión sufrida en la persona elegida, al considerársele por la apariencia correcta, y después de las nupcias se revele como un individuo zafio y brutal.

UNDECIMA.-La educación, con métodos de pedagogía sexual adecuados, contrarrestará la relajación de las costumbres y el contagio venéreo. Podrán prepararse uniones espiritual y sexualmente afines, que darán por resultado una verdadera monogamia. Servirá de intermedaria para la igual libertad sexual en el matrimonio, y preparará el advenimiento de las uniones por la atracción recíproca y por el amor como único vínculo. El adulterio aparecerá, primero, como hecho insólito; después, lo recordará la Historia.

México, D. F., agosto de 1933

CONSULTE.

EUGENIO CUELLO CALON.-Derecho Penal, 1929.

EUGENIO FLORIAN.-Parte General del Derecho Penal. 1929.

LUIS JIMENEZ DE ASUA.-El Nuevo Derecho Penal. 1929.

DEMETRIO SODI.-Nuestra Ley Penal. 2a. Ed.

EUGENIO CUELLO CALON.-Cód. Penal Reformado (España) 1932.

D. ALFONSO EL SABIO.-Las Siete Partidas.

CARLOS IV.-Novísima Recopilación de las Leyes de España.

DIEGO VICENTE TEJERA (Hijo).-El Adulterio.

ANTONIO CASO.-Sociología Genética y Sistemática.

CESAR CAMARGO Y MARIN.-El Psicoanálisis en la Doctrina y en la Práctica Judicial.

ALBERT DU BOIS.-Historia del Derecho Criminal de los Pueblos Antiguos.

MIGUEL O. DE MENDIZABAL.-Ensayo Sobre las Civilizaciones Oborígenes Americanas.

EMILIO LANGLE.-¿Debe Constituir Delito el Adulterio?

QNINTILIANO SALDAÑA.-Siete Ensayos Sobre Sociología Sexual. 2a. Ed.

JOAQUIN NOGUERA.-Moral, Eugenesia y Derecho.

GREGORIO MARAÑON.-La Evolución de la Sexualidad y los Estados Intersexuales. 2a. Ed.

LUIS JIMENEZ DE ASUA.-Libertad de Amar y Derecho a Morir.

LA BIBLIA. (Versión de Cipriano de Valera.)