

ADULTERIO ENTRE DIVORCIADOS, EN ESPAÑA

RECIENTEMENTE fue aprobada en Italia, por referéndum, la ley de divorcio. En Portugal, una vez derribado el salazarismo, la implantación del divorcio figura entre los inmediatos objetivos de las nuevas leyes de aquel país. Son cada vez menos, son ya muy pocos, los países que no admiten el divorcio vincular en el orden civil.

En España se plantea de modo cada vez más insorteable, preocupante y explícito la situación de los cónyuges que se encuentran separados (o en situación de divorcio no vincular) y han rehecho con otras personas su vida afectiva e íntima. No en balde es nuestro país uno de los que tiene un índice más elevado de separaciones matrimoniales.

LA RAZA DEL PROBLEMA

El problema radica en que las normas jurídicas vigentes establecen que el divorcio sólo produce la supresión de la vida en común de los casados, pero no desata el vínculo matrimonial. Sólo la muerte de uno de los cónyuges, la anulación del matrimonio por el Tribunal que corresponda, la dispensa de matrimonio rato y no consumado y la aplicación del Privilegio Paulino pueden ser causa eficaz de disolución del vínculo.

Como consecuencia de ello, y como quiera que no hay una adecuada matización en la letra de las leyes en orden a las dos posibles fases de ese vínculo abstracto y vitalicio (unión y desunión de los cónyuges), los que se separan se encuentran, en nuestro país, ante disyuntivas extremadamente difíciles y, de hecho, utópicas. Pues resulta que, careciéndose de tales matices en los Códigos, la separación no produce únicamente un impedimento de volver a contraer matrimonio, sino una imposibilidad legal de tener relaciones afectivas e íntimas con una tercera persona, si el otro cónyuge se empeña en oponerse a ello. En una palabra, en el reducho de nuestra nación y sus actuales leyes, el adulterio es posible aunque los cónyuges se hallen divorciados.

Claro que cosa tal, ya desde antiguo, suscitó reparos, aun en férreos contextos históricos, como un gran penalista, Cuello Calón, muy bien lo subraya en sus obras. Considerándose que la separación de los cónyuges se debería estimar como atenuante, por no existir en ese caso el peligro de la incertidumbre de la prole. Y Cuello Calón cree que, conforme a nuestro derecho, los Tribunales podrían tomar en cuenta esta circunstancia para la determinación de la pena, haciendo uso del arbitrio que les otorga el artículo 61 del Código Penal para aplicar los castigos en su mayor o menor grado.

VOTO IMPERATIVO DE CASTIDAD Y OTROS EXCESOS

Pero como quiera que sea, al divorciado, en España, no sólo no se le permite casarse de nuevo, sino que legalmente se le puede imponer por la fuerza un voto de castidad perpetuo y con ello la prohibición de consumir un nuevo amor, por intenso y verdadero que éste sea. Lo cual es algo, sin duda alguna, que puede propugnarse o predicarse moralmente, como vía ascética, pero que no debiera, de ningún modo, exigirse jurídicamente.

Cosa semejante hay que creer —con el más ponderado juicio— que está en extremo necesitada de una corrección, de una reforma legal. Si no se desea ofrecer en el orden civil, como los demás países, un divorcio propio o vincular, debieran, al menos, ser claramente suprimidas las posibles acciones penales de un cónyuge divorciado contra otro, por razón de sus respectivas vidas íntimas ulteriores. La posible condena de éstas, en tales circunstancias, no debiera pasar del mero plano de las opiniones de cada uno.

No sería la primera vez que se suprimieran ciertos excesos de los recovecos de nuestras leyes. Así, en el texto revisado del Código Penal, de 1963, se suprimió la atenuante de culpabilidad que el Código de 1944, en su artículo 428, "resucitó" para el marido que "sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves". Atenuante que se convertía en eximente, o no existencia de responsabilidad alguna, en el caso de "lesiones de otra clase"; o sea, las que produjeran incapacidad para el trabajo por periodos de tiempo de hasta treinta días. Y extendiéndose igual celosa y previosora exculpación a "los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna". Tan grave demasia de la ley no dejó de justificarse y defenderse por algunos con sólidas, severas y edificantes razones.

EL "CONSENTIMIENTO" DEL ADULTERIO

El divorcio español, o no vincular, produce importantísimos efectos independizadores de los cónyuges, comenzando por la inscripción de dicho divorcio en el Registro Civil y por la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. No se comprende, de ningún modo, por qué no ha de producir esos efectos en algo que pertenece al plano más privativo de las personas. Y mucho menos puede aplaudirse que en ese plano, y tras

el divorcio, existan acciones de tipo penal para que pueda regirse y controlarse por la fuerza la vida afectiva de una persona adulta.

Bien es cierto que la querrela criminal por adulterio no puede ser interpuesta "cuando el ofendido hubiese consentido el adulterio" (artículo 450 del Código). Pero esta eximente no puede ser más resbaladiza y, en todo caso, su Jurisprudencia es contradictoria e indecisa. Veamos algunos ejemplos: "La pérdida de acción para perseguir el adulterio ha de fundarse en manifestaciones o actos del querellante inequívocamente expresivos de su aquiescencia" (S. de 4 de julio de 1949). Pero en cambio: "No puede estimarse como consentimiento que el marido, al solicitar la adúltera reconciliación, contestara que hiciera en lo sucesivo lo que la diera la gana..." (sic) (S. de 28 de febrero de 1906).

Claro que con un poco de paciencia puede conseguirse que el marido pierda el derecho a meter a su mujer en la cárcel si ésta no hace voto de castidad (o al revés). Veámoslo: "El abandono de la mujer por parte de su marido durante doce años, a la que dejó abandonada sin socorro, sin cuidarse de la fidelidad, constituye un consentimiento del adulterio que priva al marido de acción para perseguir este delito" (S. de 27 de febrero de 1926).

EL ORDEN DE LA CONCIENCIA Y EL MEDIO SOCIAL

En el caso que la eximente debiera venir dada por el mero hecho de la separación, y no digamos si ésta se produce por sentencia firme, dejándose al orden de la conciencia lo que a dicho orden debe pertenecer, sin involucrarlo en acciones penales, que en tal problema sólo son un remedio peor que la enfermedad, es econo que nada arregla, que ya hoy puede creerse que ninguna persona equilibrada utilizaría y que, por tanto, viene siendo, más que otra cosa, un pretexto para extorsiones a veces graves.

Independientemente del mantenimiento del divorcio no vincular, debiera clarificarse y moderarse la situación de los divorciados o legalmente separados en nuestro país, suprimiendo la existencia de acciones penales no sólo por adulterio, sino por su nueva vida íntima y afectiva en general. Desde muchos puntos de vista puede propugnarse que no se otorguen tales acciones a los más directamente afectados (si bien, con un buen criterio de cultura y ponderación, ya casi nadie las usa), así como que tampoco se accione de oficio contra las personas por ese tipo de motivos.

Aunque, si repasamos la Jurisprudencia, los hechos que más común-

mente se han castigado como delitos no se corresponden con el fenómeno de iniciar los cónyuges separados una nueva vida afectiva, aun no queriendo ocultarla o negarla. El sistema penal español se basa en la doble categoría de los delitos perseguibles de oficio y los que son sólo perseguibles a instancias de parte, entre los que se encuentra el adulterio.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta siempre los cambios sociales, el nivel mental de cada época y el modo de reacción o respuesta y la mayor o menor susceptibilidad de las gentes, cuya capacidad de asombro se encuentra en nuestros días más que saturada por otras muy distintas clases de asuntos.

El Derecho es siempre algo vivo y en evolución, y hay dentro de él un área de los supuestos de hecho, otra de las decisiones y modificaciones competentes y otra de la observación sociológica (que es en la que situamos nosotros este comentario).

LO CANONICO Y LO CIVIL

Ni que decir tiene que los problemas a que nos referimos no se presentarían si en España existiese el divorcio vincular, a salvo —repetimos— el orden religioso y la conciencia de cada uno. Debiendo recordarse que, en Italia, no pocos católicos votaron a favor del divorcio, por creer que ambos órdenes podían y debían tener su alcance propio y bien definido. Algo que —aunque negativamente— está ocurriendo ya en España, *malgré tout*, como recordaba un destacado diario al referirse a las nada escasas sanciones a sacerdotes españoles por homilias pronunciadas desde el púlpito. Mientras que la ley de libertad religiosa hace aún más opinable la absoluta vigencia imperativa de los criterios canónicos en el orden civil. Junto —por otra parte— con el hecho, asimismo sociológico y comprobado de un modo estadístico, de que un número considerable de españoles no practica la religión católica.

Por ahorrarse, sin duda, posibles situaciones ambiguas en el futuro, hay personas que, aun siendo de nacionalidad española, contraen matrimonio civil en el extranjero. Y no faltan quienes —teniendo los recursos económicos necesarios y una cierta malicia— lo contraen canónico en Roma, pues así puede allanarse y hacerse menos complejo, en su día, un posible procedimiento de obtención de nulidad por exclusión del vínculo u otra causa.

Ello es que situaciones y dificultades como las que hemos descrito debieran, sin duda, atemperarse y racionalizarse de algún modo. ■ JULIO MALVARES.