

## DESINCRIMINACION DEL ADULTERIO Y PROTECCION DEL MATRIMONIO EN LOS PUEBLOS INDIGENAS. INFORME SOBRE DOS PROYECTOS DE LEY

*Jorge Precht Pizarro*  
Profesor de Derecho Administrativo

### I. LA DESINCRIMINACION DEL ADULTERIO

Primeramente no se trata sólo de la supresión de la pena a un delito que *permanece como tal*. Se trata, en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, de hacer desaparecer el tipo penal "adulterio"; esto es, no de despenalizar sino de desincriminar.

Que el adulterio es un mal, queda fuera de toda duda. En efecto, el adulterio destruye el matrimonio, faltando a la palabra pronunciada y que es traicionada. La entrega mutua de los cónyuges pierde, entonces, el sentido de la donación y de la exclusividad y el matrimonio que debe ser indisoluble y por toda la vida cede al capricho del momento. El adulterio hace daño a ambos cónyuges y es un perjuicio muy difícil de reparar. Por otra parte, entre sus víctimas principales e inocentes están los hijos. Finalmente, el quiebre de una familia significa el debilitamiento de la misma sociedad, compuesta de familias.

Si el adulterio es un mal tan grave, es importante y justo que la sociedad establezca un límite a la actuación personal en la esfera de lo sexual, afirmando claramente que esta falta a la fe conyugal es un ilícito civil y un ilícito penal.

Otra cosa es discutir el tipo de pena que debería aplicarse al adúltero y —como lo establecía el primitivo proyecto del Ejecutivo— establecer igualdad en el tratamiento de los cónyuges frente al ilícito.

Pero todo ello supone la existencia del ilícito, el que desaparece en el proyecto que hoy informamos.

El hecho de mantener penalizada la conducta adúltera sirve, al menos, para que exista un signo claro que la sociedad jurídicamente organizada no considera el adulterio como algo neutro, ni menos normal. Esto no deja de ser importante en atención a la categoría social del bien jurídico protegido; esto es, la fortaleza de la institución matrimonial.

Sirve, además, para indicar que no toda especie de relación entre individuos de la especie humana por el solo hecho que incluya un uso sexual de sus cuerpos, debe ser considerada como aceptable, moral y jurídicamente.

En tercer lugar, la existencia del ilícito penal sirve para indicar que la libertad sexual no puede ser absoluta. Una libertad que no se asiente en el reconocimiento de la naturaleza física y espiritual de la persona humana no es más que una trampa en la cual se esconde la destrucción de lo humano de nuestro ser. Ciertamente, para ello no somos libres ni puede la sociedad asistir impasible a tal tipo de libertinajes.

En cuarto lugar, debe tenerse en consideración que las limitaciones a la libertad sexual sirven de fundamento a otros ilícitos como los abusos deshones-

tos, la sodomía simple, el incesto, etc., los que verían debilitada su base jurídica de sustentación si desapareciere el delito de adulterio, en beneficio de la libre expansión individual.

La sociedad tiene el derecho y el deber de establecer que la libertad es un poder orientado al desarrollo del ser humano y no a su envilecimiento.

En efecto, caída esta premisa fundamental, la sociedad iría al individualismo más corrosivo, pues estaría obligada a tener que tolerar que toda conducta ejercida con libertad de opción, en la esfera privada, fuere jurídicamente intangible.

Ello nos conduce al despeñadero de la legalización del consumo privado de drogas y a la aceptación del culto privado de todo tipo de aberraciones bajo cobertura de la libertad de culto, entre otras funestas consecuencias.

El conjunto de estas observaciones me lleva a rechazar con energía la desaparición del tipo penal "adulterio", como una iniciativa que atenta contra la familia, basada en el matrimonio, pues la familia precisamente está constituida en ese vínculo indisoluble, libremente contraído y públicamente afirmado. Esta familia, como una comunidad de amor y de solidaridad, abierta a la transmisión de la vida, es destruida por el adulterio.

Por último, deseo hacer presente que la indicación aprobada en la Cámara de Diputados adolece de graves vicios de técnica legislativa. Al margen de su dudosa constitucionalidad, en atención al artículo primero de nuestra Carta Fundamental, la desincriminación del adulterio es por entero ajena a las ideas matrices de un proyecto de ley que se refiere al régimen patrimonial del matrimonio. No puede alegarse que aquí se busca velar por el principio de igualdad ante la ley referida a la mujer, como justamente lo expresó el Mensaje del Ejecutivo. En efecto, al abolir el término de comparación (el tipo penal adulterio), no es ya posible hablar de igualdad entre hombre y mujer ante la ley y no es jurídica ni éticamente admisible que exista igualdad para ser adúlteros.

Por todo lo expuesto, sugiero rechazar la derogación propuesta del vigente artículo 375 del Código Penal y presentar indicación para reemplazar dicho artículo por el siguiente, que los sustituye en todas sus partes, al tenor del Mensaje primitivo del Ejecutivo (Boletín N° 432-07 de 22/07/91): "Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada".

"Asimismo, cometen adulterio el marido que yace con mujer que no sea su cónyuge y la que yace con él, sabiendo que es casado".

"El adulterio será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, aunque después se declare nulo el matrimonio".

## II. EL MATRIMONIO MONOGAMICO Y EL PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCION, FOMENTO Y DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

El inciso segundo del artículo 4° del Proyecto (Boletín N° 514-01), como asimismo los artículos 14 y 17, buscaron introducir una figura jurídica implícita; esto es, dar reconocimiento legal a las prácticas poligámicas como parte de la cultura mapuche.

Tal pretensión es jurídica y éticamente insostenible.

En efecto, el Código Civil en su artículo 102 define el matrimonio como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e

indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

De esta definición capital se desprende que son propiedades esenciales del matrimonio la unidad y la indisolubilidad.

Las normas propuestas atentan contra la unidad del matrimonio, ya que esta institución supone *la unión de un solo varón con una sola mujer*. A ella se opone la poligamia, es decir, la pluralidad simultánea de nupcias.

Poligamia es un término genérico que comprende la poliandria (unión de una mujer con varios varones), y la poliginia (unión de un varón con varias mujeres).

La poliandria es contraria al Derecho Natural, pues impide la educación adecuada de los hijos desde el momento en que hace incierta la paternidad. Tanto la poliandria como la poliginia destruyen la paz y el orden de la familia y son, por tanto, contrarias —bajo este aspecto— al Derecho Natural.

Por otra parte, nuestro sistema jurídico reconoce efectos jurídicos al concubinato, esto es, a “la unión de un hombre y de una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común”. Así, por ejemplo, al permitir que el hijo ilegítimo que no tenga la calidad de natural tiene derecho a pedir alimentos al padre o madre, o de ambos, cuando, hallándose comprobada la filiación del hijo respecto de la madre, se acreditare que ella y el presunto padre han vivido en concubinato notorio y durante él ha podido producirse legalmente la concepción (art. 280 N° 3 del Código Civil).

Pero al dar efectos jurídicos al concubinato, nuestro legislador es sumamente cuidadoso de no equiparar a la legítima cónyuge con la concubina, pues de otra manera la unidad del matrimonio se esfumaría y la fe debida entre cónyuges y solemnemente prometida dejaría de tener sentido.

Por lo tanto, este proyecto de ley, al equiparar a la concubina con la cónyuge, contraviene una piedra angular del Derecho Civil chileno, con gravísimas consecuencias para todo el ordenamiento chileno.

En efecto, primero, “la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República” (artículo 14).

Al establecer que, para ciertos chilenos es válida la poligamia y para otros es obligatoria la monogamia, a pretexto de su origen étnico, nada impedirá en lo sucesivo que, por ejemplo, ciertos chilenos, a pretexto de su credo religioso, exijan idéntica norma del legislador para respaldar sus prácticas poligámicas.

Así, entonces, la ley dejará de ser obligatoria para todos y esta norma del artículo 14 del Código Civil, que es un elemento esencial del Estado de Derecho, afectará el artículo tercero de la Constitución que prescribe que el Estado de Chile es unitario, siendo la unicidad del ordenamiento jurídico elemento insuperable de la unicidad del Estado.

En segundo lugar, si examinamos el artículo 19 N° 2 de la Constitución se viola la igualdad ante la ley, pues se establece una diferencia arbitraria entre dos sujetos de derecho, ambos chilenos, por el solo hecho de su origen étnico, no en un punto adjetivo, sino nada menos que en la institución matrimonial misma.

En tercer lugar, el Constituyente, al decir en el artículo primero que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” (inciso segundo) y que es deber del Estado “dar protección a la población y a la familia y propender al fortalecimiento de ésta”, se refiere a la familia tal como está establecida en el Código Civil, para todos los chilenos por igual, esto es, a la familia basada en el matrimonio monogámico.

De ello se desprende, asimismo, la inconstitucionalidad de una norma que establece idénticos derechos a todas las mujeres que tienen relaciones sexuales estables con un varón de una determinada etnia, pues tal norma no da protección a la familia ni la fortalece.

Esta norma es grave y no debe examinarse con ánimo liviano o jocoso. En efecto, bien dice Aristóteles en su *Ética* a Nicómaco que “un pequeño error en el principio es a la postre diez mil veces mayor”.

Contribuir a erosionar para miles y miles de chilenos los valores del matrimonio monogámico producirá nefastos males sociales, no sólo para todo el país sino para los mismos a quienes se busca favorecer, pues debe favorecerse a los sujetos para el bien y no para el mal.