

# EL CONCEPTO DE INCESTO APLICADO POR LA JUSTICIA ECLESIAÍSTICA EN LA NUEVA ESPAÑA Y EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE PRELIBERAL<sup>1</sup>

Guillermo F. MARGADANT S.<sup>2</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Diversos argumentos para justificar las prohibiciones de relaciones "incestuosas"*. III. *El incesto en el derecho romano antes del impacto del cristianismo en la vida oficial*. IV. *El incesto en el derecho romano-bizantino cristianizado*. V. *El incesto en el derecho secular, pero cristianizado, de Castilla*. VI. *La jurisdicción canónica y la secular en materia de incesto*. VII. *Ampliación del concepto de incesto por la Iglesia católica medieval*. VIII. *Los derechos canónicos no católicos en el occidente*. IX. *La erosión de la jurisdicción canónica*. X. *La actitud del ius commune frente al dualismo del incesto, colgado entre el derecho secular y el canónico*. XI. *El incesto en la Nueva España*. XII. *Supervivencia del derecho novohispano en el México independiente*. XIII. *La reforma forense juarista termina con el concepto canónico de incesto, en cuanto a su reconocimiento por autoridades estatales*. XIV. *Apéndice: una ilustrativa leyenda de familia*.

## I. INTRODUCCIÓN

El jurista académico, a veces tan satisfecho de la forma retórica o graciosa que puede haber dado a sus ideas, nunca debe olvidar que la materia prima para la mayor parte de sus meditaciones, son sufrimientos humanos muy concretos, que no debe tomar ligeramente, y que las concesiones que haga

1 Ponencia para el VII Congreso de Historia del Derecho Mexicano.

2 Profesor emérito de la Facultad de Derecho, UNAM; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, e Investigador Nacional, SEP.

a dogmatismos, a visiones teológicas imposibles de comprobar y a otras voces en el aire, fácilmente aumentarán el caudal de la frustración humana, en una forma que no encontrará mucha aprobación de parte de futuras generaciones, más racionales y objetivas (según esperamos).

El tema del incesto ilustra lo anterior claramente. Se trata de limitaciones impuestas a la vida amorosa; en otras palabras, de frustración impuesta a pasiones humanas, o, por lo tanto, de restricciones que pueden causar sufrimientos humanos muy agudos, de manera que no debemos extenderlas más allá de lo que parezca razonable.

No debemos dejar la unión sexual entre parientes próximos completamente libre: las flechas del irresponsable Cupido a veces vuelan en direcciones que parecen incompatibles con metas importantes, perseguidas por la élite de nuestras comunidades. Es verdad que nuestros esquemas de valores colectivos están moviéndose actualmente hacia una mayor libertad de parte de individuos cada vez más educados en un ambiente de razonabilidad científica, y con disminución del impacto de tradiciones emocionales y religiosas, pero algunas de las tradicionales limitaciones quedan todavía justificadas por el moderno pensamiento secular-humanístico.

Por otra parte, varias otras de las restricciones que la historia jurídica occidental nos muestra respecto del incesto no han tenido ni tienen necesidad objetiva.

También existe una zona gris, en que el académico moderno tiene dudas racionales y para tales casos es aconsejable el principio de que *in dubiis, pro libertate* (entendiéndose la libertad aquí como una informada libertad de decisión individual).

El tema del incesto tiene su vertiente histórica, en que el historiador del derecho debe tratar de convertirse en la voz de grandes masas, mayoritariamente anónimas y silenciosas, que en el pasado han sufrido por ideas que ya no encuentran apoyo en el pensamiento moderno humanitario; también tiene su vertiente biológica, y su tercera vertiente, de política legislativa actual, a cuyo respecto nuestra tarea es la de volver a pensar la problemática desde sus raíces, eliminando de nuestro juicio la inercia de la que sufren todas nuestras instituciones actuales.

¡Todas! —no se me ocurren excepciones...

“¡Ay de vosotros, por ser nietos!”, como exclama Mefistófeles, en el primer tomo del *Fausto* de Goethe, cuando inicia su crítica del derecho...

## II. DIVERSOS ARGUMENTOS PARA JUSTIFICAR LAS PROHIBICIONES DE RELACIONES “INCESTUOSAS”

El panorama general de los sistemas jurídicos, primitivos y desarrollados, muestra gran variedad en el tratamiento del incesto, desde su recomendación en ciertos círculos de élite (como la familia faraónica, para conservar sin contaminación una sangre pretendidamente sagrada), o su glorificación por la secta de los incestuosos, del siglo XI, hasta las excesivas precauciones que encontramos en la tradición canónica.

Varias consideraciones coinciden en la tendencia de prohibir ciertas relaciones sexuales como “incestuosas”.

### a) *La consideración biológica*

La humanidad primitiva desde que tuvo éxito en la domesticación de ciertos animales, debe haberse dado cuenta del fenómeno de la degeneración de la masa genética en caso de fertilización circunscrita a un grupo demasiado restringido.

A la luz de la biología, efectivamente, para la defensa de la masa genética contra ciertas degeneraciones, la unión entre parientes ligadas en línea recta y hermanos no es recomendable, aunque la observación de lo que sucede entre nuestros animales domésticos demuestra que los resultados no son necesariamente nocivos en forma inmediata. Por otra parte, es difícil reglamentar estas prohibiciones legislativamente —abstracción hecha de su clandestinidad— ya que relaciones permitidas, como en nuestro derecho la unión matrimonial entre primos, o mediante dispensa, entre tíos y sobrinos, en caso de cierta frecuencia dentro de algún grupo familiar, de todos modos tendrán potenciales efectos degenerativos.

La frecuencia de la exogamia en sociedades primitivas, compuestas de clanes dentro de los cuales la unión sexual fue considerada como tabú, ha sido probablemente una razonable reacción ante la conciencia de los peligros genéticos del incesto.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Cuando Eurípides, en el siglo V a.C., menciona como rasgo típico de pueblos bárbaros la ausencia de reglas contra el incesto, en su derecho, probablemente ignoraba el fenómeno de la exogamia.

- b) *La consideración de que la seducción sexual dentro del hogar es dotada de una mayor facilidad en cuanto a su estrategia, y por esto debe ser desanimada por sanciones*

A la razón biológica de vedar ciertas relaciones sexuales humanas entre personas demasiado estrechamente ligadas por parentesco sanguíneo, con el fin de no debilitar la masa genética, la humanidad occidental ha añadido otras limitaciones, totalmente ajenas a consideraciones biológicas, derivadas de la consideración práctica de que la seducción y el adulterio son más fáciles entre parientes próximos (como nuera y suegro, o cuñados, que normalmente son de masas genéticas diversas) por el hecho de que, sobre todo en la antigüedad, la familia, en sentido amplio, solía vivir en un mismo pequeño territorio, o inclusive bajo el mismo techo. La convivencia dentro de tales familias no debe ser perturbada por relaciones sexuales fuera del campo legal, que causarían fricciones en un ambiente que debe ser armonioso, y llevaría inclusive a crímenes (al estilo del asesinato subrepticio de su hermano que comete el tío de Hamlet), de manera que, dentro y fuera de la tradición cristiana, se ha sentido la necesidad de circundar tales posibilidades de incesto con fuertes tabúes y sanciones jurídicas, y que la Iglesia estableció al respecto sus prohibiciones, pero, una vez más, con mucha variabilidad a través de los tiempos, y con admitidas contradicciones entre el derecho formal y la realidad consuetudinaria tolerada, en vista de que el derecho natural no se opone a las uniones respectivas, y el Antiguo Testamento inclusive pone obligatorio, en ciertas circunstancias, el matrimonio con la cuñada-viuda (el “levirato”).

- c) *La necesidad que muchos observadores sienten, de preservar ciertas relaciones personales —de índole social o espiritual— ajenas a toda sugerencia sexual*

Las restricciones anteriores a la libertad de escogimiento del partidario matrimonial o sexual tienen una justificación en realidades biológicas o en consideraciones de prudencia, a causa de la facilidad especial de seducción entre personas viviendo frecuentemente bajo un mismo techo.

Pero ahora entramos en una tercera categoría de restricciones, sobre todo impuestas por el cristianismo pre-renacentista.

En la vida social hay varias relaciones no pertenecientes al ambiente de la familia, que conviene proteger contra la presión erótica de una de las partes. Pensemos en la relación laboral, sobre todo la del servicio doméstico, en la relación entre el educador y el educando, el confesor y el confesante, el carcelero y el encarcelado, las relaciones dentro del ejército, etcétera.

A menudo, el legislador interviene al respecto y agrava las sanciones para ciertos delitos sexuales cuando se trata de algunas de estas relaciones. Sin embargo, el clérigo medieval ha optado por otro camino, y como el incesto es sancionado más severamente, que la seducción o la violación común y corriente, en el derecho canónico ha existido la tendencia de extender el concepto de incesto hacia varias de estas relaciones que, en ojos del clero, debían quedarse totalmente ajenas a toda sugerencia sexual. Así tales infracciones a las reglas no quedarían castigadas como simple *fornicatio*, sino, en forma más dramática, como *incesto*.

### III. EL INCESTO EN EL DERECHO ROMANO ANTES DEL IMPACTO DEL CRISTIANISMO EN LA VIDA OFICIAL

Conocemos el derecho romano clásico sobre todo por fragmentos de su admirable literatura surgida entre Augusto y las primeras décadas del siglo III, recogidos en el *Digesto* (una vez que los hayamos limpiado de las interpolaciones postclásicas) y por aquel modesto libro de texto, las *Instituciones*, escrito por Gayo en la segunda mitad del siglo II. Hasta donde podemos analizar esta cuestión, parece haber sido poco riguroso en su aspecto sexual. La creciente severidad respectiva fue introducida por los emperadores cristianos, postclásicos (aunque a veces, por vía de interpolaciones, estas agravaciones figuran en la aparente fachada del derecho clásico).

Sin embargo, aquel derecho clásico puro, liberado de las interpolaciones bien comprobadas, de todos modos ya contuvo algunas reglas, bastante evidentes, nada excesivas, para vedar el matrimonio entre parientes cercanos.<sup>4</sup> El derecho preclásico había sido más restrictivo, llegando probablemente a una prohibición hasta por seis grados en línea colateral (al lado de una prohibición ilimitada en línea recta),<sup>5</sup> pero en el camino

4 Véase Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht*, Munich, 1955, I.269/270.

5 Eurípides, en el siglo V a. C., ya había afirmado que los bárbaros mostraron inmediatamente su

hacia el derecho clásico las limitaciones en cuanto a la colateralidad se redujeron gradualmente, hasta llegar a la zona gris de tío-sobrino (relación expresamente permitida a raíz del matrimonio del emperador Claudio con Agrippina).

A pesar de esta razonabilidad de las reglas sobre el incesto, el contacto sexual entre madrastra e hijastro fue considerado como delictuoso, probablemente para crear un tabú que favorecería la paz dentro del hogar.

#### IV. EL INCESTO EN EL DERECHO ROMANO-BIZANTINO CRISTIANIZADO

Luego, en parte ya antes de dar (por los 380) una posición monopolística al cristianismo, los emperadores cristianos ampliaron el concepto de incesto, como en 355.<sup>6</sup>

Luego, ya en pleno auge del cristianismo, en 393, Teodosio I prohibió a los judíos dentro del Imperio que observasen su costumbre del levirato, obviamente considerando incestuoso el matrimonio con la cuñada, esposa del hermano difunto (además de la liga del levirato con la poligamia y del hecho de que matrimonios obligatorios, como los que resultaron del levirato, pugnaban con el principio del libre consentimiento dentro del matrimonio).<sup>7</sup>

El *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, del siglo VI d.C., obra culminante de la corriente jurídica romana o romano-bizantina, es una ingente compilación que ha llegado a ser una obra fundamental para el derecho de Europa occidental, a través de la recepción del derecho romano.<sup>8</sup>

Nos muestra la actitud justiniana, postclásico-bizantina, hacia el incesto en la Novela 12, capítulo I, y en la Novela 89.

Veamos ahora, contra este fondo del derecho justiniano, primero el desarrollo del concepto de incesto en el nivel estatal hispano, y luego en el eclesiástico.

inferioridad cultural por el hecho de no tener reglas contra el incesto (olvidando que también algunas culturas superiores alrededor de Italia, como la egipcia, aceptaron el incesto). Es posible que en el caso romano estemos en presencia de otro ejemplo más de la creciente influencia general que la cultura griega ha tenido en Roma, durante el último medio milenio antes de Cristo.

6 Brundage, en *Law, Sex and Christian Society*, Univ. of Chicago Press, 1987, p. 88, menciona que autores como Jack Goody han especulado sobre el interés de la Iglesia en recibir sucesiones, como factor detrás de esta agravación, ya que los matrimonios intra-familiares ya no servirían, como antes, para guardar el patrimonio dentro de la familia.

7 Codex 1.9.7. Véase también Novella 22.

8 Véase Margadant, Guillermo, *La segunda vida del derecho romano*, México, 1986.

En el mundo hispano, por ser el matrimonio un sacramento, la jurisdicción eclesiástica se abrogó los litigios en materia matrimonial —y por extensión en cuestiones de familia— de manera que el concepto canónico del incesto triunfó para fines prácticos, hasta que el liberalismo del siglo pasado secularizó la justicia en dos etapas, entre 1855 y 1859.

## V. EL INCESTO EN EL DERECHO SECULAR, PERO CRISTIANIZADO, DE CASTILLA

Consideramos como comienzo de la Edad Media el año de 476 d.C., con aquella dispersión del antiguo Imperio Romano de Occidente sobre diversas monarquías germánicas. Por lo tanto podemos contar el derecho visigótico expedido en España desde aquel año como derecho medieval peninsular.

Después del *Codex Euricianus* de aproximadamente 476, con derecho visigodo, aplicable a los visigodos radicados en la península española, y del Breviario de Alarico, con un derecho vulgar romano, aplicable probablemente a la población no gótica, desde mediados del siglo VII fue promulgado en la España visigótica el Fuero Juzgo, probablemente aplicable a todos los habitantes del reino visigodo, independientemente de su fondo racial.

Contiene un derecho germánico, ya cristianizado y bastante romanizado. Allí encontramos varias normas sobre el incesto,<sup>9</sup> como los artículos de FJ III.5. (“casamientos en parentesco”) que debemos al rey Flavio Rescindo.

FJ III.5.1 considera como unión ilícita (de momento, en unión libre o en forma matrimonial) la que junte a uno con la esposa de su padre, sin eximir el caso, biológicamente inobjetable, de que uno se junte después de la muerte del padre con su madrastra. La barragana del padre pertenece también a la zona prohibida, y también la esposa del hermano,<sup>10</sup> inclusive después de quedarse viuda. El parentesco por afinidad inclusive causa un impedimento hasta el sexto grado, cosa que parece muy exagerado.

<sup>9</sup> Se trata, evidentemente, de derecho pre-castellano ya que Castilla sólo nace como concepto político durante la reconquista, pero este derecho sería válido, también, en lo que posteriormente sería Castilla.

<sup>10</sup> A mediados del siglo XIII, el Fuero Real IV.8.1. añade a esta lista la barragana del hermano.

Más tarde, en FJ III.5.1, la frase de “*Et otrosi mandamos esto guardar a las mugieres*” establece al respecto una total simetría entre los sexos.

Continuando su lista de las uniones ilícitas, el Fuero Juzgo prohíbe al hombre y a la mujer juntarse (momentáneamente, en barraganía o en matrimonio) con los parientes de la propia esposa o ex esposa, del propio marido o ex marido; se trata de parientes por afinidad o por consanguinidad en probablemente seis grados, por consanguinidad e inclusive (en forma totalmente innecesaria desde el punto de vista biológico) por afinidad.

De oficio,<sup>11</sup> el juez tuvo que intervenir en las uniones dentro de los grados prohibidos, disolviéndolas y enviando a los pecadores a ciertos monasterios para hacer penitencia vitalicia. Así, la joven Iglesia cristiana recibió una satisfacción moral, pero el Estado también quería tener una ventaja, y la consiguió en la forma de confiscación de los bienes de estos pecadores.

Un defecto de esta regulación del incesto, además de la innecesaria amplitud del campo vedado, y de la imposibilidad de introducir cierta flexibilidad mediante el eventual otorgamiento de dispensas, es que no toma en cuenta el fenómeno de los medios hermanos, tan frecuente en aquellos siglos, a causa de que las mujeres frecuentemente murieron como consecuencia del parto, de manera que hubo muchos hombres que tuvieron varios matrimonios sucesivos. Además de esta mortandad, una canónica disolución del matrimonio no era tan fácil como el divorcio moderno, pero de ningún modo imposible. Biológicamente hablando, el hecho de que dos personas descendieran ambos del mismo bisabuelo, pero a través de hijos de éste, obtenidos en diferentes, sucesivos, matrimonios, disminuyó, evidentemente, a un 50% la cantidad de sangre común, en comparación con dos personas que descendieran de hijos del bisabuelo nacidos del mismo matrimonio. Es raras veces en las legislaciones antiguas sobre las limitaciones de grados que se establece en esta materia una diferenciación entre hermanos y medios hermanos, diferenciación evidentemente necesaria si se tratara de puntos de vista estrictamente biológicos.<sup>12</sup>

También, ya en tiempos de Alfonso el Sabio, seis siglos después, en el Fuero Real (IV.8.1; 3) se nota una amplitud del concepto de incesto, mucho más allá de lo que la simple genética parece pedir; es que se trató

11 Véase FJ III.5.2: “maguer (= aunque) ninguno no lo acusare...”

12 El tratado de Carpsov sobre el derecho de Sajonia, Carpsovius, *Jurispr. Forensis Rom.-Sax.*, IV.22.7., se limita a reducir la sanción si en el cálculo de grados intervienen medios hermanos, pero no mueve el límite general del incesto en tales casos.

de proteger la paz doméstica contra tentaciones eróticas: adulterio con la madrastra fue equiparado a traición, adulterio con la barragana del padre fue “alevosía”, y adulterio con la esposa del hermano, o su barragana, o con ex amantes del padre o de un hermano —además de adulterio del padre con esposa o barragana del hijo—, se castigaba con exilio y una especie de muerte civil (ya que los bienes del culpable se repartían desde la condena entre los herederos). Además, tales reos condenados ya no podían dar un testimonio válido.<sup>13</sup>

Al mismo autor del Fuero Real, Alfonso el Sabio, debemos las Siete Partidas. En su inicio esta gran obra había sido más bien una simple sugerencia, pero desde 1348 fue derecho supletorio, y desde 1492 tuvo en las Indias una vigencia más amplia que en su patria de origen, por faltar de este lado del océano la competencia con los derechos forales castellanos.

Las Siete Partidas mencionan el incesto en P.IV.2.12/13 (como impedimento de matrimonio, por consanguinidad o afinidad, hasta por cuatro grados —que de acuerdo con la glosa de Gregorio López se calculan según el sistema canónico—), P.IV.18.6 (con referencia a la prohibición por afinidad hasta cuatro grados canónicos y la sanción de pérdida de la patria potestad), en P.VII.18.1-2 (en relación con el derecho penal) y en VII.19 (referente a estupro, pero invadiendo el campo del incesto por referirse también a “mujeres de orden”). La Novísima Recopilación de 1805 —de discutible vigencia en las Indias, por carecer del “pase” necesario— sanciona el incesto en XII.29 y lo define como contacto sexual con parientes dentro de cuatro grados (seguramente canónicos), la cuñada, la comadre (¿según parece sin extender la zona prohibida a más grados?), y una monja, añadiendo el caso de la mujer que hace “maldad” con un hombre de “otra ley” (judío o mahometano).

## VI. LA JURISDICCIÓN CANÓNICA Y LA SECULAR EN MATERIA DE INCESTO

Una fuerte tendencia en la literatura canónica favorece que todo lo referente a la familia sea de la competencia legislativa de la Iglesia, y de

<sup>13</sup> Reflejo de la antigua actitud de considerar el acto de testimoniar como un aspecto de la dignidad cívica, un privilegio, en vez de ver al testigo como un simple instrumento de llegar al conocimiento objetivo de la verdad, de manera que, prohibiendo que ciertas personas, por lo demás idóneos, sean testigos, empobrecemos nuestro arsenal justiciero.

la competencia jurisdiccional de tribunales canónicos, ya que el matrimonio, institución central de esta rama del derecho, no sólo es un contrato sino, además, un sacramento. Así, Basilius Pontus en su obra fundamental sobre el matrimonio canónico,<sup>14</sup> niega la facultad de soberanos cristianos de legislar sobre esta materia.

No todas las autoridades seculares, empero, estuvieron de acuerdo con esta reclamación de la Iglesia, y el gran penalista italiano postrenacentista Farinaccio, nos comunica que en varias partes de la Italia renacentista y posterior, el incesto era de foro mixto: los tribunales canónicos impusieron las penas espirituales, mientras que los tribunales seculares se ocuparon de las sanciones de acuerdo con el derecho estatal.

En cambio, en el mundo hispano, a pesar del gradual traslado de jurisdicción hacia los tribunales estatales, el último baluarte de la jurisdicción canónica en asuntos que el observador moderno consideraría como extra-eclesiásticos, fueron las cuestiones de familia que (con excepción de asuntos sucesorios) quedaron en manos de la Iglesia, y como el Estado ejecutaba las sentencias canónicas, el ciudadano estuvo sujeto a las severas ideas canónicas acerca del incesto en México hasta la mencionada secularización total de la justicia. Veamos ahora cuál ha sido la actitud canónica hacia el incesto.

## VII. AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE INCESTO POR LA IGLESIA CATÓLICA MEDIEVAL

### a) *Fuentes del derecho canónico medieval y renacentista*

Durante la Edad Media y después, la Iglesia aceptó el derecho imperial romano, ya cristianizado desde el siglo IV, como sistema supletorio de su propio derecho, hasta donde estuviera compatible con el espíritu del cristianismo de aquel entonces y con los textos de autoridad de la doctrina católica y del derecho canónico.

Ahora bien: la fuente básica de esta doctrina y de este derecho era la Biblia, de manera que, para el tratamiento del incesto, Levítico 20 es un punto de partida frecuentemente usado (a pesar de que pertenezca al

<sup>14</sup> *De Sacram. Matrim.*, Bruselas (?), 1627 (?), Liber VI, cap. 7.2., p. 392. El ejemplar que tenemos en la Facultad de Derecho, UNAM, carece de portada, pero de las autorizaciones para imprimir la obra podrían resultar los datos que menciono con interrogación.

derecho mosaico contenido en el Antiguo Testamento, un sistema jurídico que el cristianismo medieval rechazó en varios aspectos esenciales de su derecho de familia, como eran la poligamia y el levirato); y luego se forma alrededor de esta base bíblica, pronto ampliada por la Patrística, una creciente cantidad de normas legisladas, estrictamente canónicas, productos de los primeros sínodos diocesanos, además de varios concilios regionales, nacionales y, desde 325, ecuménicos. Otras fuentes fueron una creciente multitud de decisiones papales, sentencias canónicas, y nuevos escritos doctrinales de reconocida autoridad.

Paralelamente, en la confesión y en las sanciones impuestas por los confesores el clero disponía de otro instrumento, distinto de las sentencias canónicas, para dar eficacia a su propio criterio severo y restrictivo, en materia sexual y en la moderna investigación histórico-canónica los manuales para confesores, los *Penitenciales*, del primer milenio, sobre todo del mundo inglés-irlandés, juegan un papel importante.

Este derecho canónico, con tantas fuentes, era inicialmente disperso, con mucha confusión, con contradicciones, e inclusive con falsificaciones de normas que a menudo luego fueron aceptadas por la práctica como auténticas.

Afortunadamente, desde el comienzo del siglo XII, o sea desde el *Decretum* de Gratiano<sup>15</sup> comenzó a ponerse un orden sistemático en el derecho canónico medieval, eliminándose gradualmente las contradicciones y cuando menos algunas de las falsificaciones.

### b) *La creciente sexofobia en la Iglesia primitiva y medieval*

A veces con base en la Biblia, y —en menor grado— en el derecho romano-bizantino cristianizado y, además, por la propia idiosincrasia de los líderes del joven cristianismo, en el derecho creado por la Iglesia misma encontramos durante el primer milenio una creciente cantidad de restricciones a la vida sexual, que en parte estuvieron inspiradas por una verdadera sexofobia, una actitud fanáticamente adversa al sexo, cuyo surgimiento podemos observar desde San Pablo. Desde este gran organizador, el segundo creador del cristianismo, vemos cómo varios autores de la temprana patrística y muchos pensadores de gran autoridad dentro del cristianismo posterior han estado obsesionados por temas

<sup>15</sup> Profesor de la Escuela de Derecho de Boloña, donde poco antes también había comenzado el renacimiento del interés por el derecho romano-bizantino de Justiniano, gracias a la labor de Imerio (Imerio y Gratiano deben haberse conocido).

sexuales<sup>16</sup> y que en el mundo laico cristiano surgió una actitud “esnobista”<sup>17</sup> a favor de la castidad.

### c) *La promoción del cristianismo en términos de poder eficaz*

Esta actitud clerical ha tenido gran importancia para la cultura occidental en general, a causa de la rápida promoción que hizo el cristianismo durante el siglo IV.

Primero, el cristianismo fue oficialmente *tolerado* (312/3, Edictos de Tolerancia)<sup>18</sup> pero luego obtuvo gradualmente un *monopolio* religioso-ético, meta alcanzada en las últimas décadas de aquel siglo; así, entre 312 y 384 el cristianismo hizo promoción desde el precario nivel de una religión perseguida hacia la categoría de una religión tolerada en medio de un muy variado panorama de decenas de religiones y sectas toleradas, y finalmente hacia la posición privilegiada de ser la religión oficial, con facultades para perseguir, con ayuda del brazo estatal, a sus antiguas colegas y competidoras.

### d) *El papel del celibato sacerdotal en esta sexofobia*

La mencionada sexofobia clerical, esencial para la ética sexual occidental de los próximos siglos, tuvo mucho que ver con un desarrollo especial (y en mi opinión nocivo), dentro de la disciplina sacerdotal: la gradual introducción del celibato sacerdotal,<sup>19</sup> restricción antinatural que ha impedido el desarrollo de una sana ética sexual dentro de la corriente canónica, y que en muchos casos individuales de clérigos ha provocado

16 Véase mi ponencia “El impacto de la sexofobia del clero cristiano en la ética sexual del Occidente”, Congreso Mundial de Derecho Familiar, Acapulco, 26.X.-2.XI.1997, que se publicará en la memoria respectiva.

17 Véase capítulo 7, “Living like Angels”, de Robin Lane Fox, *Pagans and Christians*, Harper & Row, S. Francisco, 1986. La ambición de la élite cristiana durante el cuarto siglo era no tanto la de ser: *holier than thou*, sino más bien *chaster than thou*. Mucho de esta apariencia de ostentativa castidad era meramente fachada, obviamente.

18 En aquel momento el panorama religioso del imperio mostró una enorme variedad; entre las múltiples manifestaciones religiosas destacaron, empero, el cristianismo con un 10% y con varias ramas influidas por otras corrientes (como la gnosis, el maniqueísmo, neoplatonismo etcétera), y el mitraísmo, con otro 10%. El cristianismo tenía sus adeptos sobre todo en la pequeña clase media, y el mitraísmo en el ambiente militar.

19 Desde el comienzo del siglo IV encontramos intentos de introducir el celibato obligatorio para el clero (cánones de Elvira), pero la presión hacia el celibato se incrementó desde fines del siglo XI, y los concilios luteranos II y III de las primeras décadas del siglo XII no dejaron ninguna duda sobre la obligatoriedad del celibato, causando consternación en el mundo clerical.

una verdadera obsesión con los “peligros” del sexo, visto como campo propio del Diablo, el cual allí trabajaba arduamente (y no sin éxito) en íntima alianza con la mujer, fabricando una larga lista de tentaciones, que también fueron experimentadas por los clérigos mismos, formalmente excluidos de este jardín mágico y obsesionante de pecados, disfrazados de goces.

Como dice Bertrand Russell al respecto, si a los niños les prohibimos tener contacto con estaciones ferrocarrileras, leer o hablar sobre ferrocarriles, y les vendamos los ojos cuando nos acercamos a un crucero ferrocarrilero, los pobrecitos ya no podrán pensar en otra cosa que en ferrocarriles... Y a esta curiosidad clerical por lo prohibido se unía una consciente o subconsciente envidia de los que gozaban libremente de la vida sexual, una envidia que finalmente llevaba hacia el miedo de que alguien en alguna parte podría disfrutar de lo que quedaba vedado a los clérigos.

Como consecuencia de todo esto, en nuestra moral sexual moderna todavía se oyen ecos de un clero sexualmente frustrado y fanáticamente adverso al sexo, que creó su derecho canónico en un ambiente de sexofobia, y lo aplicó, a veces en forma ampliada pero a veces con loable moderación, en los tribunales eclesiásticos, dramáticamente eficaces en su labor dictaminadora a causa de la posibilidad de hacer ejecutar sentencias canónicas por el brazo estatal.

#### e) *El concepto canónico del incesto*

Ya mencionamos cómo —antes de la formación del derecho canónico clásico, o sea antes de la actividad de Gratiano en Boloña, al comienzo del siglo XII— los *penitenciales* son una fuente importante para reconstruir la disciplina que el clero estuvo imponiendo al pueblo, y en el *penitential* de Juan el Ayunador, producto de la Iglesia inglés-irlandesa de fines del siglo VI, encontramos:<sup>20</sup>

El confesor debe preguntar también acerca del asombroso y tentador, umbroso<sup>21</sup> pecado de incesto, del que no hay simplemente uno o dos variantes, sino

<sup>20</sup> Traduzco esto de la versión inglesa de este Penitential que ofrece el finado John Boswell en su *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality*, University of Chicago Press, 1980, pp. 361 y ss.

<sup>21</sup> Boswell traduce este término como *shadowy*; quizás el autor del siglo VI quiso calificar este pecado como “tenebroso”, pero eventualmente quiso reconocer con este adjetivo que los contornos del concepto de “incesto” estuvieron volviéndose imprecisos en la literatura canónica de su tiempo,

una gran cantidad de manifestaciones. Un tipo se comete mediante la unión sexual [sucesiva, se supone] con dos hermanas, hijas del mismo padre, de la misma madre, o de ambos.<sup>22</sup>

Interrumpamos aquí la cita, para observar que aquí ya comienza a formarse la rama especial del incesto, que consiste en contacto sexual, sucesivo, con dos mujeres, entre ellas íntimamente ligadas por lazos de familia: se comenzaba a considerar como incesto el contacto sucesivo con dos hermanas, o relaciones sexuales con la madre de una hija, antes o después, con la hija; o con una mujer que ya había sido la amante del padre, o de un hermano. Biológicamente hablando, no hay ningún inconveniente en tales uniones, desde luego, y éticamente tampoco veo grandes inconvenientes (conozco un caso dentro del círculo de mis amistades, que no ha impedido una vida hogareña graciosa, cordial y creativa). Desde luego, sin el debido tacto tales relaciones pueden resultar hirientes, pero esto puede decirse de cualquier actividad social, aunque sea la más decente y tradicional.

El texto continúa en la siguiente forma:

Otra variedad de incesto se refiere a una prima;<sup>23</sup> otra a una hija de una prima o primo; otra a la esposa de un hijo, otra a la esposa de un hermano; una variedad se refiere a la suegra, o la hermana de la suegra, otra a la madrastra, o una concubina del padre; algunos cometen este pecado inclusive con sus propias madres, y otros con hermanas adoptivas o ahijadas,<sup>24</sup> y [ahora sigue un *non sequitur* sorprendente, que puede provenir

por la extensión hacia varias relaciones dentro de la familia en su sentido amplio, ajenas a peligros degenerativos para la masa genética.

22 Es curioso que el caso estadísticamente más frecuente de incesto, el que se presenta entre hermano y hermana, no es mencionado. Es impensable que un cuidadoso especialista como profesor Boswell se haya equivocado en su traducción, y que el primer "tipo" arriba mencionado haya sido el incesto entre hermanos; pero sería posible que el texto del manuscrito que llegó a menos del profesor Boswell, de transcripción a transcripción ya haya absorbido una corrupción. Por otra parte, prohibir el contacto sexual, "incestuoso", sucesivo, con primero una damita y luego con su hermana, corresponde efectivamente a la extensión que el clero medieval ha dado al concepto de incesto, y si un marido se daba cuenta de que su esposa, antes del matrimonio, ya había tenido contacto sexual con un hermano de él, tuvo el deber de pedir la disolución de esta unión "incestuosa".

23 Se nota que todo este texto parece referirse al incesto desde el punto de vista del elemento masculino, pero debe suponerse que, en forma simétrica, las mismas reglas valen para la mujer que busca el amor de un primo, etcétera.

24 ¿Por qué el autor omite aquí el incesto con hermanas por ambas líneas o medias hermanas, probablemente el caso estadísticamente más frecuente, en la actualidad y en aquel entonces?

de una corrupción del texto] de hecho muchos cometen el pecado de sexo anal con sus propias esposas.<sup>25</sup>

Para el periodo anterior a la formación gradual del *Corpus Iuris Canonici* (aprox. 1120-1500), desde el siglo octavo también los *Responsa Gregorii* (atribuidos al Papa Gregorio el Grande (...) pero probablemente espurios) fueron esenciales en esta materia, y establecieron la famosa prohibición de matrimonio y contacto sexual dentro de siete grados (canónicos)<sup>26</sup> —un campo de personas que podía comprender miles de individuos.

Afortunadamente, ya en el Segundo Concilio Luterano de 1215 esta regla de siete grados de parentesco fue sustituida por el principio, más razonable, de una prohibición de matrimonio dentro de cuatro grados canónicos, más tarde confirmada por el Concilio Tridentino.

Parece que en la Edad Media la facultad de otorgar dispensas al respecto correspondía sólo al Papa.<sup>27</sup>

Cuando el derecho canónico comenzaba a sistematizarse mediante la paulatina formación del *Corpus Iuris Canonici* encontramos allí las importantes citas de 17 infames 6 qu.1 y C.35 qu.5, y la glosa *Virginibus* 27 qu.I., puntos de partida para varias extensiones de las prohibiciones, formuladas por los comentaristas del derecho canónico.

Para justificar estas extensiones, el clero consideraba que en varias relaciones personales, ajenas a una comunidad de sangre, de todos modos la importancia espiritual era tal, que las meras sanciones contra la *fornicatio* deberían agravarse, calificándose la introducción de elementos eróticos en la relación como un caso de “incesto”.

Gratiano mismo trató de poner orden en la confusión terminológica, considerando *fornicatio* como un *concepto generico* —cualquier relación sexual excepto la existente entre marido y esposa dentro de un matrimonio perfectamente válido—, sobre cuya base encontramos como diversas *especies*, por orden de gravedad,

- la *fornicatio* sencilla,
- el adulterio,

25 Un feo lapso: el autor estuvo hablando del incesto, y de pronto brinca hacia el sexo anal, que desde luego puede presentarse o no presentarse en el incesto: se trata de un pecado totalmente distinto. Boswell, en su comentario, también muestra algo de asombro por este viraje dentro del tema.

26 Calculando éstos de acuerdo con la tradición canónica. Ernest Champeaux, *Ius Sanaguinis: trois façons de calculer le parenté au moyen age*, RHDF 12 (1933), pp. 241-290.

27 Brundage, *op. cit.*, 435.

- el incesto (con una creciente cantidad de ramas) y finalmente
- el sexo *contra naturam*. En sus dos formas principales de homosexualidad (sobre todo entre hombres, pero también entre mujeres)<sup>28</sup> y
- bestialidad.<sup>29</sup>

La combinación de incesto con erotismo *contra naturam* era, desde luego, un delito/pecado de máxima gravedad, como relaciones sexuales entre hermano y hermano (éstas fueron castigadas según los *penitenciales* con 15 años de penitencia, mientras que el incesto entre madre e hijo merecía sólo tres años, en la escala de Teodoro de Canterbury).<sup>30</sup>

d) *El traslado de varios casos especiales de la fornicatio sencillo hacia el nivel de incesto*

Ahora bien, varios casos que podrían ser *fornicatio* sencilla, fueron considerados como específicamente intolerables, y se vieron promovidos (o, mejor, degradados) hacia otro nivel de gravedad, el del incesto, pero con total independencia de toda íntima relación de parentesco biológico. He localizado los siguientes ejemplos:

a. La relación sexual entre confesor y confesado o (normalmente) confesada, declarada incestuosa. La discusión entre confesor y confesada, en la intimidad del confesionario, versa en parte sobre temas sexuales, y con un poco de habilidad psicológica de parte del clérigo, puede llevar a la seducción.<sup>31</sup>

b. Otro caso era la ampliación del concepto de "parentesco", por consanguinidad o afinidad, hacia el parentesco *espiritual*, creado a través del bautismo y la confirmación,<sup>32</sup> para poner a salvo de tentaciones sexuales la tarea de tutela espiritual, desempeñada por el padrino y la madrina.<sup>33</sup>

28 Es curioso que hubo *penitenciales* que castigaron el acto lesbiano mucho más ligeramente (con dos meses de penitencia) que el acto homosexual entre hombres (un año de penitencia). No me explico la diferenciación.

29 Brundage, *op. cit.*, p. 246. Sin embargo, canonistas posteriores varían tan ampliamente la gama de las penas dentro de un solo nivel, que los casos más tenues del nivel más grave pueden recibir un castigo más ligero que los casos graves de un nivel más pecaminoso.

30 Brundage, *op. cit.*, p. 167.

31 Por lo demás, las relaciones sexuales con un clérigo no eran equiparadas a incesto y sólo fueron consideradas como *fornicatio*. Desde luego, esta atenuación no procedía en el caso de un sacerdote que tuvo relaciones con su propia hija (de 16 años), que fue ahorcado en 1548, como Clarus relata.

32 Intentos de extender el parentesco espiritual fuera del campo del bautizo y de la confirmación han sido desanimados por Bonifacio VIII, con aprobación por Santo Tomás, *Quamvis de cogn. spir., Liber Sextus*.

33 El concilio tridentino limitó este impedimento al bautizado/confirmado y padrino/madrina; la familia de éstos ya no fue considerada afectada por la prohibición.

c. Un tercer caso era la relación entre la nodriza y el que en su infancia había bebido su leche. Por otra parte, relaciones sexuales con el personal doméstico, aunque muy expuestas a seducción y presiones indebidas, eran simplemente *fornicatio*, no incesto. Probablemente se consideraba en la Edad Media, como abiertamente en el medio burgués del siglo pasado, que *les amours ancillaires* eran un medio cómodo para la educación sexual de los hijos de familia, que de otra manera, para aliviar sus tensiones, recurrirían a la prostitución, a sus hermanas, o hijas de familias del mismo círculo social, lo cual podría crear fricciones, al “pecado solitario” o a la homosexualidad.

d. También, por la ficción de que las monjas son esposas de Cristo, que Cristo es Dios, y que todos somos hijos de Dios, la relación sexual con una monja (o sea con la novia del propio padre) fue añadida a la lista de los incestos.

e. Además, aunque la Iglesia muestra desde el Concilio Tridentino una creciente tolerancia<sup>34</sup> hacia relaciones sexuales y uniones matrimoniales entre personas ligadas por afinidad,<sup>35</sup> esta actitud no afectaba la relación entre el marido y los consanguíneos de primer grado, de su esposa.

f. Una extensión del campo del incesto, con consecuencias en parte muy criticables, se hizo cuando Celestino III declaraba que inclusive las relaciones sexuales, fuera de matrimonio, creaban un impedimento para casarse con personas ligadas por parentesco con los amantes dentro de siete grados canónicos —una idea poco feliz—. Afortunadamente esta forma de “incesto” fue luego recortada por los comentaristas que excluyen el *coitus interruptus* como relación sexual válida, al respecto,<sup>36</sup> pero otros escritores de autoridad son menos indulgentes, e inclusive encontramos la opinión canónica de que un hombre casado debe repudiar a su esposa cuando descubre que ella ha tenido una relación sexual con su hermano, antes del matrimonio, y también el contacto sexual con una hermana de alguna otra amante de uno, eventualmente ya una ex amante, fue declarado

34 En esta materia P. Fagnani, I. Lib. Decretal, nos comunica para varios casos que *hoc tamen impedimentum hodie non usu, et desuetudine sublatur censetur*. En este tema a menudo se refiere a *Navar., Man.*, capítulo 22, obra que todavía no he podido localizar entre nuestros viejos libros.

35 En la aristocracia europea son relativamente frecuentes las dispensas otorgadas para uniones entre personas de grados muy cercanos por afinidad, siendo uno de los casos más conocidos la autorización otorgada por el Papa para el matrimonio de Enrique VIII y la viuda de su hermano.

36 Brundage, *op. cit.*, p. 356.

incesto,<sup>37</sup> así como el amasio con una madre y luego, o antes, con una de sus hijas.

f) *El caso de la unión de un hombre con la viuda de su hermano, o de una mujer con su padrastro, y sus equivalentes simétricos*

Así, la Iglesia se opuso a la licitud de una unión de, por ejemplo, un hombre con la viuda de su hermano, y la dispensa que obtuvo Enrique VIII al respecto, de manera que pudo casarse que Catalina de Aragón, fue considerada posteriormente, a petición del rey, como inválida, de manera que Enrique pudo anular este matrimonio (con lo cual se evitó la pena de tener que decapitarla).

De la misma manera, el principio de *una caro* convierte los hijos de la esposa, frutos de una unión anterior, en hijos propios del nuevo marido,<sup>38</sup> de manera después de quedarse viudo, éste no puede casarse con una hija de su ex esposa: por el coito se había convertido en padre de ella, no simplemente en padrastro.

Fuera del argumento de *una caro*, a primera vista, nada se opondría a la mencionada unión; no hay comunidad de sangre, e inclusive podría verse como un homenaje del viudo a las calidades de su difunta esposa: con su próxima unión quiere quedarse en la cercanía de la masa genética que ya la había dado una plena satisfacción. Además, la obligatoriedad del levirato en el Antiguo Testamento demostraba para el pensador medieval que el derecho natural no se oponía al matrimonio con la viuda de un hermano, situación que se presenta en el (obligatorio) levirato del derecho mosaico, formulado en el Antiguo Testamento.

Efectivamente, Inocencio III había decidido que *adfinitas non parit adfinitatem*, pero como Cristo había declarado que hombre y mujer por el matrimonio se convierten en “una sola carne” —el dogma de *una caro*—, las hijas de la esposa, producto de una unión anterior, han llegado a ser hijas del nuevo marido (y viceversa en situaciones simétricas)<sup>39</sup> —de

37 En la ponencia presentada por doctora Carmen Castañeda ante este congreso encontramos al final un curioso ejemplo de tal “incesto”. Clandestinamente, protegido por la oscuridad, un joven entró en la cama de su amada, sin darse cuenta de que esta cama quedó esta vez ocupada por la hermana de su amiga; y ésta se quedó callada durante el acto sexual, por miedo a escándalo (o esto es, cuando menos, lo que declaró).

38 Petrus Murillo Velarde, *Cursus Iuris Canonici Hispaniae et Indici*, Madrid, 1791, II, p. 77.

39 Todo esto nos recuerda las discusiones que surgieron alrededor del reciente problema que tuvo Woody Allen.

manera que el Concilio Tridentino consideró que *inter virum viduum et huius defunctae uxoris consanguineos*— hasta el cuarto grado canónico —existía una prohibición de contacto sexual, cuya violación produciría incesto.<sup>40</sup> En el apéndice veremos las dramáticas situaciones a que esta opinión pudo dar lugar.

g) *Una actitud sorprendentemente tolerante respecto de adoptados*

Para la Iglesia, también la adopción creaba un impedimento de matrimonio respecto de los hermanos del adoptado, pero sólo mientras duraba la adopción misma.

h) *La variabilidad del derecho positivo canónico al respecto*

Situaciones toleradas, o inclusive ordenadas en el Antiguo Testamento no pueden ir en contra del derecho natural y si el Nuevo Testamento introduce principios contrarios a ellas, se trata de derecho positivo, cambiando otras normas positivas, y no de un triunfo del derecho natural.

A veces, el Nuevo Testamento contradice el Antiguo Testamento; entonces, el derecho cristiano sigue, desde luego, el viraje hecho por el Nuevo Testamento, pero no por esto puede considerarse la solución del Antiguo Testamento como contraria al derecho natural:<sup>41</sup> la nueva norma cristiana es simplemente de derecho positivo y, como tal, puede ser modificada y remodificada por la Iglesia.

Así, la cantidad de grados vedados por la Iglesia en materia de consanguinidad colateral y afinidad ha variado mucho en el transcurso de los siglos. Como reconoce Fagnani en su comentario al primer libro de las *Decretales*:<sup>42</sup> *potest enim Ecclesia efficere ut carnalis copula sit licita vel illicita secundum diversa tempora in diversis gradibus consanguinitate vel affinitate.*

40 Trid. Sesión XXIV, Cap Lat. 4. Véase C. Munguía, *Inst. Can.*, México, 1851.

41 Así, cuando el Nuevo Testamento opta por la monogamia, la poligamia, practicada en el Antiguo Testamento no sale del campo del derecho natural, argumenta que jugó un papel en la discusión entre la Corona y la Iglesia sobre el tratamiento de las uniones poligámicas, celebradas por los caciques indígenas de las Indias, antes de su cristianización. Véase Margadant, G. F., "Del matrimonio prehispano al matrimonio cristiano", *Anuario de Historia*, VI, Jur. Ecuatoriano, Memoria del V Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano, Quito, 1980, pp. 515-528.

42 *De Pactis*, núm. 13.

La raíz de esta flexibilidad del derecho positivo canónico es que la Iglesia tuvo que reconocer que, en ciertas fases de la evolución humana, inclusive el matrimonio entre hermano y hermana no iba en contra del derecho natural, en vista de la creencia de que toda la humanidad desciende de una sola pareja, de manera que los hijos de ésta deben haberse unido entre ellos.

i) *¿Incesto de buena fe?*

Otro tema que ha sido tratado en forma variable por los autores canónicos en el transcurso de los siglos, es el del incesto, cometido de buena fe por una o ambas partes.

En la más antigua literatura cristiana encontramos tal horror del incesto, que inclusive el incesto cometido *inconscientemente* era considerado como un grave pecado, aunque quizás sólo durante el último juicio el “culpable” se daría cuenta de lo que había hecho. Así, hay autores que fulminan contra la divulgada costumbre medieval de exponer a los hijos, ya que muchos de los expósitos encontrarían su camino hacia la prostitución, y así podría suceder que un padre aprovechando los servicios de un prostíbulo cometiera el tremendo pecado de incesto.

j) *Aceptación del concepto canónico de incesto por las autoridades seculares*

Durante el siglo VI vemos que las reglas canónicas sobre el incesto —todavía bastante sencillas— comenzaron a penetrar inclusive en los círculos cortesanos de la aristocracia germánica, gradualmente cristianizada, que dominaba la política de la Europa Occidental.<sup>43</sup> Así, durante la segunda mitad del primer milenio, las autoridades seculares, viendo la ampliación del concepto eclesiástico de incesto, decidieron juntarse a esta corriente, y decretar, cómodamente, como castigo para los pecadores respectivos la confiscación de bienes.<sup>44</sup> Si al comienzo del siglo VI algunos reyes germánicos todavía lograron eludir las restricciones, ya pronto inclusive los monarcas cristianos fueron obligados a evitar matrimonios considerados como incestuosos por la Iglesia,<sup>45</sup> seguramente una victoria

43 O sea el territorio del antiguo Imperio Romano de Occidente, dispersado en 476, con añadidura de regiones germánicas y célticas donde los romanos nunca habían tenido el poder.

44 Brundage, l.c., p. 141, nota 65.

45 Brundage, l.c., p. 130/1.

para el joven cristianismo, ya que precisamente en los altos niveles sociales, los matrimonios a menudo se celebraron a la luz de factores de poder y propiedad, de manera que se quedaron dentro del estrecho círculo de los pudientes regionales. Tales uniones resultaron muchas veces “incestuosas” ante los severos ojos del clero, aunque pudieran aparecer como muy convenientes desde el ángulo de los intereses seculares. Sin embargo, a pesar de intereses dinásticos no muy compatibles con la extensión canónica del incesto, se llegó a un *modus vivendi*: el mundo secular aceptó las ideas del clero, y en cambio la Iglesia se mostró dispuesto a conceder dispensas, cuando una persona poderosa en el nivel estatal quería celebrar un matrimonio que, a la luz de las ideas generales, debía calificarse de “incestuoso”.

*Le ciel défend, c'est vrai, certains contentements,  
mais on trouve avec lui des accommodements...*

Detrás de esta actitud secular de inclinarse ante la aseveridad clerical hacia el pecado, encontramos la idea de que una acumulación de pecados en una comunidad podría atraer la ira divina (plagas, malas cosechas, derrotas militares) de manera que inclusive los pecados inconscientemente cometidos constituyeron un peligro para los intereses estatales, y todavía el “Gran Elector”, el padre de Federico el Grande consideraba que había que agravar el derecho penal para que la nube negra de los delitos cometidos no indujera a Dios a castigar la nación con derrotas y plagas a la comunidad. Desde luego, la ira divina se dirigía especialmente hacia poblaciones cuyos líderes cometieran delitos sexuales.<sup>46</sup>

Sin embargo, los primeros decretistas solían distinguir entre incesto dentro de pocos grados o dentro de muchos, y con o sin conocimiento de los hechos, y recomendaron conceder una dispensa en caso de incesto cometido entre grados remotos, y de buena fe.<sup>47</sup>

Afortunadamente, los especialistas de la materia creen poder comprobar que la práctica medieval canónica hacia el incesto (y hacia delitos sexuales en general) ha sido más tolerante de lo que los textos sugieren.<sup>48</sup>

46 Para un buen ejemplo: Brundage, *op. cit.*, p. 208, nota 164.

47 Brundage, *op. cit.*, p. 289.

48 Ruggiero, *Boundaries of Eros*, citado por Brundage, l. c., p. 493.

## VIII. LOS DERECHOS CANÓNICOS NO CATÓLICOS EN EL OCCIDENTE

Así, el clero cristiano hasta el Renacimiento ha ido mucho más lejos que la tradición romanista-estatal en materia del incesto, y cuando el protestantismo arrancó territorios al catolicismo, a menudo el derecho canónico protestante continuó imponiendo un concepto de "incesto", más severo de lo que las razones seculares aconsejarían.

## IX. LA EROSIÓN DE LA JURISDICCIÓN CANÓNICA

Desde el surgimiento de los estados modernos, en el Renacimiento, éstos han visto con cierta antipatía que los tribunales canónicos se ocuparan de temas extraeclesiásticos, y arrancaron gradualmente una materia tras otra a la jurisdicción canónica (a cuyo respecto, en el ambiente hispano, el recurso de fuerza ha sido un eficaz instrumento), pero precisamente el derecho de familia, por su íntima relación con el matrimonio (considerado por la doctrina católica como sacramento, además de contrato), quedaba en manos de tribunales eclesiásticos, que aplicaron al respecto aquel concepto tan exagerado de incesto que el catolicismo medieval había elaborado.

La Revolución Francesa acentuó la secularización del pensamiento científico, también jurídico, además de la separación entre Iglesia y Estado, y así, a raíz del triunfo del liberalismo en México, cuando los jóvenes liberales derrocaron a Santa Ana en 1854, los legisladores estatales pudieron racionalizar esta materia, quitando a la jurisdicción eclesiástica, como última materia, los conflictos en materia de derecho familiar, y poniendo el concepto de incesto de nuevo bajo una luz exclusivamente secular.

## X. LA ACTITUD DEL *IUS COMMUNE* FRENTE AL DUALISMO DEL INCESTO, COLGADO ENTRE EL DERECHO SECULAR Y EL CANÓNICO

El *ius commune*, caudal de ideas, generalmente armonizables, que se encuentren en los comentarios al *Corpus Iuris Civile* y al *Corpus Iuris Canonici*, concede en esta materia prioridad al derecho canónico.

Por lo tanto, por quedarse esta materia en manos de tribunales eclesiásticos, en la práctica la versión canónica, más amplia y severa que la secular, prevaleció sobre las Partidas, y esto fue tolerado expresamente por los autores del *ius commune*, que combinan lo canónico con lo "civil". Así, el "Bartolo español", Diego Covarrubias, autor renacentista de máximo prestigio en el mundo hispano, tratando el incesto,<sup>49</sup> cuando se pregunta si una unión, prohibida por el derecho canónico pero no por el *ius civile* es incestuosa, opina que en esta materia el derecho eclesiástico prevalece sobre el *ius civile*: *Lex enim civilis in hac re ad canones est omnino referenda*: el derecho estatal, en esta materia, tiene que inclinarse totalmente ante los cánones.

Uno de los grandes autores del *ius commune* en materia penal ha sido Julio Claro, el cual define el incesto como *coitus inter consanguineos vel affines qui utro iure prohibente matrimonium contrahere nequeunt*. Las palabras *utro iure prohibente* sugieren que ambos derechos deben coincidir en considerar la unión como ilícita, de manera que estaríamos en presencia del denominador común más tolerante, contrariamente a la cita de Diego Covarrubias. Sin embargo, los tribunales de la Nueva España y del México independiente hasta 1855 seguían la versión severa, canónica, y el mismo Julio Claro, siguiendo sugerencias canónicas, alarga la lista del incesto todavía con la unión entre el *alumnus* y la *nutrix*, caso poco frecuente por la diferencia de edad, e innecesario a la luz de la protección de la masa genética y de la preservación de la limpieza de la vida doméstica.

Como buen jurista, Claro distingue, desde luego, entre el caso de que la unión incestuosa se hubiera celebrado *ignoranter* (pensemos en Edipo y Yocasta), en cuyo caso se aplica sólo la sanción por *fornicatio*, no la más severa por incesto.<sup>50</sup>

Encontramos en esta literatura la confirmación de la idea canónica, de que sea incestuosa la coincidencia entre dos uniones sexuales con mujeres que se encuentren en íntimo parentesco: tener relaciones con la madre y con la hija (aunque en ocasiones separadas, supongo) por ejemplo, merece la pena de muerte. Esta añadidura es importante por su frecuencia (en mi

49 Didacus Covarrubias, *Opera Omnia*, Ginebra, 1734, I. *De matrimonio; Pars II, Cap. VI, VIII, De incestis nuptiis*, n. 30.

50 Julius Clarus, *Liber Sententiarum*, Lyon, 1600, *Liber V*, p. 48. J. B. Baiardus, en sus adiciones a Clarus, p. 72, es interesante por la sugerencia de que la mujer, en caso de incesto, debe ser tratada más indulgentemente, y que si la mujer es incasta (por ejemplo una prostituta) y el hombre es ignorante de que se trate de su madre, el hombre sólo debe ser castigado sobre la base de *fornicatio*; Baiardus añade, empero, que esta opinión era controvertida.

propia calle conozco inclusive un ejemplo de este caso de “incesto”), y tiene mucho que ver con la ilustración concreta del apéndice a esta ponencia).

En el mismo espíritu, un hombre que, en Tolosa, se casó con una mujer cuya nieta había embarazado previamente, fue mandado a las galeras, por incesto.

Gran parte de las discusiones en la literatura respectiva versan sobre las consecuencias *patrimoniales* de matrimonios incestuosos (lucros matrimoniales, dote, arras, donationes propter nuptias, los eventuales plazos para devolver la dote —privilegio que los autores fundamentales niegan al ex marido incestuoso—, el eventual *beneficium competentiae* del ex marido, la sucesión en mayorazgos de parte de descendencia adulterina o incestuosa, las multas y confiscaciones, etcétera).

En cuanto al matrimonio incestuoso, se discutía si valdría la unión en caso de suspenderse la consumación mientras que no se cumpliera la condición de que el Papa concediera una dispensa (una situación que la práctica toleraba); es que una fuerte corriente defendía la posición de que el matrimonio no *carnali copula consummatum* todavía no podía considerarse como incestuoso.<sup>51</sup>

Además, se decidió que no existen esponsales incestuosos.<sup>52</sup>

En cuanto al incesto de buena fe, basado en un error en los hechos o ignorancia de ellos, Clarus defiende la tesis de que en caso de ignorancia no proceden las sanciones por incesto (recuérdese el caso de Edipo, o de Gregorio VII y su madre, según la leyenda medieval, tan brillantemente aprovechada por Tomas Mann en su *El elegido*) y que la *ignorantia facti* es una defensa válida, inclusive en casos de *grassa et lata culpa*, y de un conocimiento que haya surgido posteriormente a la consumación de una unión incestuosa (¿luego continuada a pesar del conocimiento superveniente?).<sup>53</sup> Clarus inclusive sostiene que la *ignorantia iuris* podría a veces invocarse con éxito,<sup>54</sup> y Covarrubias, el cual parece aprobar esta opinión, hace la restricción de que en caso de matrimonios *clandestinos* esta defensa no sería aceptable (por algo, el matrimonio se celebró clandestinamente: la ignorancia del derecho de la que padecieron los contrayentes no debe haber sido tan inmaculada...).

51 Covarrubias, l. c. 34.

52 Clarus, l. c., n. 7.

53 Clarus, l. c., n. 9.

54 Opinión justificada a la luz de la gran complejidad del concepto de incesto en aquella época, y de las múltiples controversias de autores de gran prestigio. Covarrubias, *ibidem*.

## XI. EL INCESTO EN LA NUEVA ESPAÑA

Como esta literatura de comentarios queda ampliamente representada en las viejas bibliotecas de México, debe suponerse que los jueces eclesiásticos hayan recurrido a ella para formar su criterio alrededor del incesto, de manera que debemos tomar en cuenta cuando menos a los autores principales de esta riquísima corriente del pensamiento jurídico. Encontramos allí, contra un fondo de ideas apoyadas por los autores de más prestigio, muchas controversias no claramente decididas, en cuyo caso el consejo de Julius Clarius, de optar por la opinión más humanitaria, —ya que *poenae moliendae, no extendendae*— obviamente no siempre ha sido observado. Un problema con el que se encuentra el investigador es que los litigios sobre problemas de familia se ventilaban ante la justicia diocesana, hasta la época liberal, y que en general las autoridades eclesiásticas no permiten a los investigadores laicos el acceso a los archivos en cuestión. Parece, empero, que este hermetismo eclesiástico sufre una fisura en el caso de Michoacán, donde la Casa de Morelos posee archivalia de la mencionada índole —dato que espero verificar en breve—, y que también el Provisorato eclesiástico de Guadalajara ya está adoptando una actitud más generosa, el respecto.

Sin embargo, si un caso de violación o estupro comenzaba en el fuero secular, como en la Sala Criminal de la Audiencia de Guadalajara, su tramitación continuaba allí aun en los casos en que, al mismo tiempo, el delito resultara tener rasgos incestuosos, como vemos claramente en varios casos, relatados en la ponencia de la doctora Carmen Castañeda, presentada en el presente congreso.<sup>55</sup> Como la Iglesia no disponía de algo simétrico con el Recurso de Fuerza, no podía sacar tales casos de la jurisdicción secular, y las sentencias por tales delitos, que pronunciara

55 Castañeda, Carmen, “Penas para los violadores y estupradores en la Nueva Galicia, y violación”, con tres ejemplos de violaciones de cuñadas, una violación de una hijastra, dos casos de la violación de una propia hija (uno de los casos terminó con indulto...), y un caso de estupro en que un tío sedujo a su sobrina con la promesa de un —a primera vista imposible— matrimonio (el asunto finalmente terminó con el prometido matrimonio, bajo dispensa del obispo de Guadalajara). Además encontramos en esta ponencia un caso de coito con, sucesivamente, dos hermanas, a causa de un *error in persona* (“en la oscuridad todos los gatos son pardos...”), —por lo tanto un caso de “incesto” en sentido canónico, pero de buena fe—. La ponencia menciona también un caso de estupro y luego concubinato incestuoso con una propia hija, que fue castigado con sólo tres años de presidio. Una vez que el tratamiento del incesto ante la justicia secular, invocada por delitos de violación o estupro, ha sido sumamente indulgente. Véase también de Carmen Castañeda *Violación, estupro y sexualidad en la Nueva Galicia*, Guadalajara, 1989.

la justicia secular, —invariablemente muy indulgentes, en los casos que pude ver—, impidieron por el efecto de la cosa juzgada que la justicia eclesiástica tratara de tomar cartas en esos asuntos, desde el ángulo del delito canónico de incesto.

Probablemente, a causa de un viraje hacia una actitud monárquica más indulgente en relación con los delitos seculares de violación y estupro, a fines del siglo XVIII, el incesto combinado con uno de estos dos delitos fue castigado por la justicia *secular* mucho más tenuemente de lo que el delito de incesto sin tales agravantes (violación o estupro), basado en consentimiento limpio entre adultos, hubiera sido castigado por la justicia *eclesiástica* —un resultado no muy lógico y satisfactorio—; pero mientras que los archivos históricos de la justicia eclesiástica queden en gran parte fuera de nuestro alcance, es difícil afirmar esto con seguridad.

## XII. SUPERVIVENCIA DEL DERECHO NOVOHISPANO EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE

Inicialmente, el derecho novohispano, compatible con la nueva situación política, quedaba en vigor, para ser sustituido gradualmente por normas expedidas por el México independiente, y la jurisdicción eclesiástica en materia de familia continuaba todavía por algún tiempo, un momento amenazada por la prerreforma de Gómez Farías, que fracasó, y finalmente eliminada por la Reforma aportada por los liberales, después de la caída de López de Santa Ana (el cual en sus últimos años había estado preparando un concordato con la Santa Sede, que seguramente hubiera perpetuado aquella jurisdicción).

## XIII. LA REFORMA FORENSE JUARISTA TERMINA CON EL CONCEPTO CANÓNICO DE INCESTO, EN CUANTO A SU RECONOCIMIENTO POR AUTORIDADES ESTATALES

La Ley Juárez del 23 de noviembre de 1855, poco después de la caída del santanismo, siguió reconociendo la jurisdicción eclesiástica, pero ya con un campo mucho más limitado: el artículo 42 dice que los tribunales eclesiásticos dejan de conocer de asuntos civiles (lo cual incluye la materia de familia), y que en materia penal se limitarán, por lo pronto, a casos

que involucran a clérigos (siempre que éstos no renuncien su fuero: artículo 44). Los tribunales canónicos tuvieron que entregar los asuntos pendientes inmediatamente a los tribunales del fuero común.

Por lo tanto, el concepto de incesto perdió su excesivo alcance canónico, y la legislación estatal fue aplicada a este delito y a este impedimento matrimonial, desde 1855.

Luego, las Leyes de Reforma de 1859 continuaron la demolición de la jurisdicción eclesiástica respecto de personas laicas, logrando esto primero en el territorio dominado por Juárez, y después del triunfo de éste, en 1860, en todo el territorio nacional. Entre las Leyes de Reforma interesa para nuestro tema la del 23 de julio de 1859, que declara inválido el matrimonio dentro de la línea recta de consanguinidad, desde luego sin limitación de grados, y dentro de la consanguinidad colateral dentro de tres grados, estableciéndose la posibilidad de una dispensa secular, al respecto, en el decreto del 2 de mayo de 1861. El cálculo de los grados corresponde ahora, expresamente, al sistema civil, no al canónico.

La afinidad causa un impedimento con los consanguíneos de la esposa o del marido, en línea recta, sin limitación de grados, de manera que el matrimonio entre padrastro-hijastra o madrastra-hijastro, o con la suegra o el suegro, queda vedado.

En el Código Civil distrital de 1870<sup>56</sup> esta delimitación de lo lícito, en cuanto a matrimonios entre miembros de una misma familia, se ha perpetuado, y el Código Civil distrital actual sigue el mismo sistema creado en 1859-1861.<sup>57</sup> Todo esto es moderno y razonable, salvo quizás el impedimento que nace de la afinidad,<sup>58</sup> limitación heredada del pasado canónico y biológicamente innecesaria: si un viudo joven quiere casarse con su hijastra (que puede tener aproximadamente su propia edad si la esposa difunta era más grande que su marido), *in abstracto* no veo ningún inconveniente. Inclusive puede ser considerado como un homenaje del viudo a las calidades de su difunta esposa...<sup>59</sup>

56 El penal distrital de 1872, hablando del incesto como delito, se ajusta a la definición ofrecida por aquel Código Civil.

57 Medios hermanos son equiparados a hermanos.

58 Código Civil del Distrito Federal, artículo 156-IV.

59 El moderno derecho canónico también ha racionalizado el alcance del incesto como impedimento matrimonial: la consanguinidad en línea recta es impedimento, y también en línea colateral hasta por cuatro grados canónicos (canon 1,091 del Código de Derecho Canónico de 1983), lo cual, desde luego, va mucho más lejos que los correspondientes impedimentos de nuestro Código Civil. La afinidad es sólo un impedimento en línea recta, de manera que no se permite el matrimonio con la hijastra, pero sí con la hermana de la difunta esposa (exactamente como en nuestro Código Civil distrital).

## XIV. APÉNDICE: UNA ILUSTRATIVA LEYENDA DE FAMILIA

Muchos estamos conscientes de la existencia de la familia Gillow, cuyas ramas pertenecen actualmente a la élite local en los estados de Puebla, Oaxaca y Veracruz.

A una de mis muy apreciables ex alumnas, emparentada con esta familia, debo la siguiente historia, que gira alrededor del tema que acabamos de analizar.

Las leyendas de familia suelen tener una relación *sui generis* —poco dogmática, algo caprichosa y floja— con la realidad histórica,<sup>60</sup> y para este atractivo relato, apto para ser llevado a la pantalla, me gustaría encontrar algún día un poco de apoyo documental, pero la narración que circula en el ambiente de esta muy culta familia, no suena improbable, y parece ilustrar las desgracias que puede causar al público un concepto arcaico y emocional de “incesto”, concepto influido por la severidad del clero en materia sexual.<sup>61</sup>

El famoso marquesado de la Selva Nevada, muy presente en los legajos del Ramo de Vínculos y Mayorazgos de nuestro Archivo General de la Nación, estuvo representado en tiempos de la Independencia por una marquesa Ma. de la Soledad Gutiérrez de Rivero, esposa de Felipe Zavalza, que debe haber nacido por 1805. Tuvo una hija, su presunta sucesora.

En 1823, el mayorazgo fue desvinculado por la mitad, y en 1824 la Constitución quitó a María de la Soledad su título de marquesa de la Selva Nevada. Perdió a su marido.

La marquesa se casó, en segundas nupcias, el 5 de noviembre de 1830, con un orfebre inglés, Thomas Guillov, que había venido a México, posiblemente atraído por el “nuevo arte” de trabajar la plata, muy de boga en el México de aquel entonces.

Guillov encontró entre los bienes del mayorazgo (que era como un archipiélago de terrenos) una gran hacienda, Chiautla, cerca de Puebla, que decidió mejorar con ayuda de la nueva técnica agrícola, producto de

<sup>60</sup> Este concepto de “realidad histórica” tiene un contorno discutible, pero la idea rankiana de que la historia debe comunicarnos “como estuvo la cosa en realidad” sigue sirviendo como un punto de partida bastante útil.

<sup>61</sup> No deja de ser curioso que durante muchos siglos el occidente ha encargado la elaboración de su ética sexual a una casta de personas a las cuales, a causa de su profesión, la experiencia sexual personal está vedada, y que a menudo sufre de una frustración consciente o subconsciente al respecto.

la Revolución Industrial con la que él, como inglés, tuvo un contacto relativamente fácil. Bajo su mando acertado la hacienda alcanzó un notable brillo pero la ex marquesa se murió a fines de los treinta, y la hacienda pasó a manos de la hija de la difunta; señorita Zavalza Gutiérrez de Rivero. Con esta primera transmisión desde 1823 (año de una importante medida que inició la liquidación de las vinculaciones), la mitad todavía vinculada del mayorazgo también se quedó libre.

Guillov, tan identificado con su creación, la renovada hacienda, luego se casó con la hija de su difunta esposa, su hijastra, la nueva dueña de la hacienda, y debe suponerse que la boda se haya celebrado eclesiásticamente, con toda la pompa de una boda aristócrata de aquellos tiempos, a fines de los treinta o al comienzo de los cuarentas.

La Iglesia, sin embargo, recapacitó la situación, y finalmente decidió que se trataba de un matrimonio incestuoso, a la luz de la mencionada norma tridentina y de la frase de Cristo sobre la unidad de la carne, dentro del matrimonio: por lo tanto, tuvo que anularse esta unión.

La joven esposa, desesperada, se enfermó y falleció. Fue enterrada con muchas joyas, heredadas de su madre, que atrajeron en la noche después del entierro a unos ladrones, pertenecientes a la subprofesión respectiva de "ladrones de tumbas". Como ellos tuvieron dificultades para quitar uno de los anillos al cadáver, le cortaron un dedo, a cuya consecuencia la "muerta" se resucitó...

No sólo estaba viva, sino también embarazada, y unos meses después, en 1841 nació un hijo: Eulogio Gregorio Gillow Zavalza (entretanto se había modificado la ortografía del apellido de Gillow, originalmente, parece, Guillov).

Parece que la madre se murió pronto después, y el padre llegó a un arreglo con la Iglesia: el hijo no recibió el estigma de ser incestuoso<sup>62</sup> y el padre, como tutor del hijo, se obligaba a procurar que el joven Eulogio Gregorio se dedicaría a la carrera eclesiástica. El joven estudió en Lovaina, donde se doctoró, llegó a ser un hombre culto, simpático, y gran aficionado, como su padre, a la agricultura,<sup>63</sup> de manera que padre e hijo colaboraron para hacer de la hacienda de Chiautla una empresa-modelo, con obras de irrigación, un ferrocarril, propia red telefónica, una Escuela

62 Sin embargo, parece que sus esperanzas de llegar a ser cardenal se vieron finalmente frustradas por las curiosas circunstancias que habían circundado el matrimonio de sus padres; un tenaz olorcito de incesto parece haberse perpetuado alrededor de su nacimiento.

63 Además escribió *Apuntes históricos* (1889) e intervino en la canonización de Felipe de Jesús.

de Agricultura, y un simpático cuasi-castillo delante de un lago artificial, al estilo británico de las *follies*.

El sacerdote llegó a ser obispo de Antequera (1877) y después, ya amigo de don Porfirio Díaz, primer arzobispo de Oaxaca (1895), pero continuaba teniendo un gran interés por la agricultura y por Chiautla. Durante la Revolución tuvo que refugiarse en los Estados Unidos, y “la bola” destrozó gran parte de las instalaciones y del casco de Chiautla (todavía un lugar pintoresco y recomendable para un *picnic* dominical). En la actualidad la mayor parte de la ex Hacienda Chiautla es un ejido típico de aquella región, mientras que las mejores tierras del antiguo paraíso de los Gillows se encuentran ahora en manos de un famoso político poblano.

El obispo, un hombre como debe ser, con una vida plenaria en que la cultura, la religión, la agricultura y las pasiones humanas se equilibraron, llegó a ser el progenitor de las tres mencionadas ramas de la familia Gillow, que todavía se reúnen periódicamente en honor de este hombre excepcional, quien por un tecnicismo heredado del pasado canónico, apenas logró evitar el estigma oficial de “hijo incestuoso”.

Con esta anécdota (respecto de la cual agradezco de antemano noticias correctivas o ampliadoras) espero haber dado un poco más de realismo humano a este breve estudio sobre los dos conceptos del incesto, el canónico y el secular.