

el cual es ciertamente superior y preferente al de cada una en particular.

269. 8.<sup>a</sup> Pero se dice, que nuestra ley recopilada dispone, que el marido no pueda acusar al adúltero sino acusando juntamente á su muger; y que los autores que la comentaron enseñan, que de tal manera debe hacerse junta la acusacion de ambos adúlteros, que debe ser *en un mismo proceso y ante un mismo juez*. Mas la objecion, sacada de la letra material de esa ley, queda cabalmente desvanecida con principios y razones poderosas del derecho natural, con la disposicion terminante de otras leyes propias de la materia de que se trata, con el espíritu manifiesto de la propia ley en que aparentemente se apoya la objecion, y con la prudente doctrina de los mismos autores que la explicaron.—Desenvolvamos estos conceptos.

270. 9.<sup>a</sup> Todas las leyes deben entenderse y aplicarse en *términos hábiles*, es decir, cuando su cumplimiento sea *posible* tanto en lo moral como en lo físico. Así procede toda obligacion, porque *ad impossibile nemo tenetur*. Y no solo lo *imposible* no debe ser objeto de la ley, sino tambien lo muy arduo ó difícil de ejecutarse, porque en materia de obligaciones *impossibile et valde difficile idem est iudicium*, segun un proloquio del derecho. La razon de todo esto es, que toda ley debe ser acomoda-

da á la capacidad *física y moral* de los súbditos para que se dicta. De lo contrario la ley seria cruel, bárbara, monstruosa, insoportable. Estos son principios de la razon natural y los primeros rudimentos que se presentan á la enseñanza de los jóvenes en las escuelas (1). En consecuencia, no pudiendo el ministro acusar á su muger de adulterio ante los tribunales del pais extranjero en que reside, ni estando en su posibilidad moral superar este impedimento que nace del derecho universal de las naciones, seria inaudita y execrable tiranía que, sobre la ofensa recibida, se le privase del derecho de enjuiciar á su ofensor ante sus jueces propios y naturales, bajo el especioso pretexto de que una ley previene la *acusacion mancomunada* de ambos adúlteros para los casos ordinarios, comunes y posibles.

271. 10.<sup>a</sup> Otras disposiciones, que se hallan en el propio código, título y libro y próximas inmediatas (2) á la de que tratamos (3), autorizan á los maridos y á los desposados de presente para que, encontrando á sus mugeres en el acto de cometer adulterio, las puedan matar á ellas y á sus cómplices juntamente, sin que

(1) Murillo lib. 1, tit. 2, núm. 36.

(2) LL. 1 y 3, tit. 20, lib. 8, R. C.

(3) L. 2.

puedan *matar al uno y dejar al otro*. Sin embargo, una de esas mismas leyes (1) añade cierta explicacion que, aunque muy oportuna, no era del todo necesaria, porque siempre habria de entenderse aunque no se expresase, á saber, *pudiéndolos á ambos á dos matar*, porque la posibilidad de la *matanza mancomunada* es una calidad indispensable para que proceda aquella precision. Pues del mismo modo, cuando la ley exige que el marido acuse á ambos adúlteros juntamente sin que pueda *acusar al uno y dejar al otro*, debe entenderse cuando estuviere en su mano hacer la *acusacion mancomunada*.

272. 11.<sup>a</sup> El espíritu evidente de esas leyes se reduce á evitar, que el marido ó desposado desahogue toda su venganza contra uno solo de sus ofensores, y que use con el otro de compasion y de indulgencia. La ley no admite en el ofendido esta contraposicion de sentimientos, y por eso reprueba la contrariedad de sus efectos. Mas cuando el no matar ó no acusar á alguno de los adúlteros no depende de su voluntad, sino de causas extrañas y absolutamente insuperables en hecho ó en derecho, cesa el objeto preciso de la ley, y seria injusticia muy patente privarlo de su derecho por tal imposibilidad.—Y si la ley no priva al *esposo* de la fa-

(1) La 3.

cultad de *matar* á uno solo de los adúlteros cuando no pueda hacer lo mismo con el otro ¿cómo habia de quitar al *marido* el derecho de *acusar* á uno, cuando no pudiese hacerlo igualmente con el otro? Porque es innegable, que es mas fuerte el derecho del *marido* que el del simple *desposado*, y mas dura cosa el *matar* que el *acusar*, el tomar violentamente la venganza por su mano, que el ponerla bajo la justificacion y prudencia de los tribunales. Discurrir de otra manera es poner á las leyes bajo un punto de vista de la mas horrible y monstruosa inconsecuencia.

273. 12.<sup>a</sup> La ley, al prevenir que el marido debe acusar á ambos adúlteros, añade esta calidad *siendo vivos*: de la cual se deduce, que cuando alguno de ellos muriese despues del delito, puede sin embargo el marido dirigir su acusacion contra el adúltero que sobrevive, porque es el único contra quien *puede* hacerlo. Así tambien, ya que la muger del ministro no *pueda* ser objeto de su acusacion en un juicio criminal ante los tribunales del pais en que hubiese cometido el adulterio, porque está, como su marido, absolutamente exenta de su jurisdiccion, sí podrá serlo su cómplice en el adulterio, porque es el único que en el pais *puede* ser acusado para el condigno castigo. En el caso primero la muerte de uno de los adúlteros

produce *imposibilidad fisica* para ser acusado: en el segundo la absoluta inmunidad de la muger produce *imposibilidad legal* para el mismo fin: pero ni en el uno ni en el otro está en la voluntad y alcances del marido vencer su respectiva imposibilidad, porque así como no le es dado resucitar un muerto, no le es tampoco alterar los establecimientos y usos del derecho universal de las naciones. La ley exige la acusacion *mancomunada* al marido que *pueda* verificarla; la ley priva del derecho de acusar solo á aquel marido que *pudiendo* no quiera hacerlo á uno y otro de los adúlteros, pero no al que *queriendo* no pueda ejecutarlo; y es sabido, que lo que no se puede segun derecho, ni se entiende que puede hacerse en lo fisico. *Id possumus quod de jure possumus.*

274. 13.<sup>a</sup> La imposibilidad *fisica* y la *legal* corren del todo iguales, segun disposicion terminante de nuestras leyes (1). Una y otra quitan la libertad en el obrar (2). Una y otra redimen al que tiene cualquiera de ellas de toda culpa, de toda falta ó exceso, y de las penas, pérdidas y daños consiguientes, porque ni hay culpa ni hay pena donde falta la libertad. En

(1) 3, tit. 4, part. 6.

(2) „Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quid *vi* aut *jure* prohibetur.” Inst. lib. 1, tit. 3, § 1.

suma, la imposibilidad legal y la fisica son una misma cosa en el valor y aprecio de las leyes y en la moralidad de sus efectos. De aquí es, que puesta la una, esencialmente se halla comprendida la otra, y que las dos no forman sino una sola excepcion. No puede, por tanto, decirse justamente que establecida como tal, en la ley de que se trata, el caso de *imposibilidad fisica* por la muerte de alguno de los adúlteros, se introduciria otra nueva con la *imposibilidad legal* del caso de la cuestion.

275. 14.<sup>a</sup> Contra esto se dice, que en materias odiosas, y especialmente las criminales, la disposicion de la ley no debe extenderse de caso á caso, ni vale el argumento de igual á igual, ni aun de mayor á menor. Este principio es cierto en lo general; pero su aplicacion á todos los casos no es tan absoluta y segura como quiere figurarse. Cuando se dice que en materias criminales y en todas las odiosas, no debe extenderse la resolucion de caso á caso aunque sean semejantes, sino estarse á lo expreso y literal, solo se intenta desterrar la *arbitrariedad judicial*, es decir, aquel arbitrio imprudente, inmoderado y pernicioso que habian creido tener algunos jueces para decretar penas segun juzgasen conveniente. Se quiere tambien condenar cierta doctrina de algunos autores, segun la cual podian los jueces alterar las penas

establecidas por las leyes, aumentarlas ó disminuirlas segun las circunstancias de los delitos y delincuentes (1). Esta doctrina es erronea, eversiva del órden social y atentatoria de la soberanía nacional, pues por ella usurpaban los jueces las funciones exclusivamente propias de los legisladores.

276. Pero nunca ha podido reprobarse absolutamente el arbitrio judicial justo, regulado y prudente para consultar y seguir el espíritu verdadero de la ley, aplicándolo con toda exactitud á los casos ocurrentes segun la intencion manifiesta del legislador que es el alma de la misma ley, y segun la cual deben entenderse todas sus palabras. Así explica esta materia un sabio criminalista (2), el cual añade, que muchas veces es preciso dejar á la prudencia del juez la aplicacion de la ley á ciertos casos particulares que siendo conformes á la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras, porque las leyes no se pueden hacer de modo que comprehendan todos los ca-

(1) „Regula igitur ex praemissis firma remanet, vera et communis, quod in imponendis poenis Iudex habet á jure concessum arbitrium illas juxta delictorum qualitates et circumstantias minuendi, augendi et immutandi.” Farinacio *De Delictis et poenis*. Quaest. 17, núm. 7.

(2) El Sr. D. Manuel de Lardizabal en su *Discurso sobre las penas*.

sos que pueden suceder. Así que, haciendo esta aplicacion el juez, está tan lejos de contravenir á la ley, que ántes bien cumple debidamente toda la voluntad del legislador: *porque el saber de las leyes*, dice el Rey D. Alonso (1), *no es tan solamente en aprender é decorar las letras de ellas, mas el verdadero entendimiento de ellas*. Esto es, entender y penetrar el sentido de las palabras, y con él la mente del legislador.

277. „No creo, pues, prosigue el mismo autor, que sea tan peligroso, como pretende el Marques de Beccaria, el axioma comun que propone por necesario *consultar al espíritu de la ley*. Los inconvenientes contra que justamente declama no provienen de consultar el espíritu de la ley, sino del arbitrio *voluntario y no regulado* de los jueces.”—„Cuando las palabras de la ley manifiestan la intencion general del legislador, aunque no la expresen literalmente (porque las leyes, como se ha dicho, no pueden comprehender todos los casos que pueden suceder con el tiempo) entónces no solo puede, sino debe el juez aplicar la ley general al caso particular, aunque no se exprese en las palabras. Esto es lo que verdaderamente se llama

(1) L. 13, tít. 1, part. 1.

consultar el espíritu de la ley, que es muy distinto del arbitrio judicial, y es lo que los mismos legisladores quieren que se haga, léjos de ser contrario á su voluntad. *Non se deben facer las leyes, dice el Rey D. Alonso (3) si non sobre las cosas que suelen acaescer á menudo. E por ende non ovieron los antiguos cuidado de las facer sobre las cosas que vinieron pocas veces, porque tuvieron que se podria judgar por otro caso de ley semejante, que se fallase escrito.*"

278. Estos principios no solo tienen lugar en los negocios civiles, sino tambien en los criminales de quienes el referido autor hablaba expresamente. La razon es, porque tampoco en los negocios criminales es posible que todos los casos sean comprendidos en las leyes: de donde es preciso resulte, ó que en los no expresos, que serian muchísimos, haya una absoluta impunidad; ó que para no haberla, tenga poder el juez de aplicar en ellos la pena que hallase establecida en otros semejantes. De lo contrario, seria menester, que para cada caso se hubiese dictado de antemano una ley determinada, lo cual es imposible; ó que se dictase despues para resolverlo, y entónces la ley seria retroactiva, y el legislador vendria á ser el juez verdaderamente.

(3) L. 36, tit. 34, part. 7.

279. Tan seguros son estos conceptos y tan poderosas las razones en que se fundan, que ellas obligaron á dar una ley terminante y decisiva sobre este punto, y que estando vigente entre nosotros, quita toda duda y desbarata enteramente la objecion que se propone. La ley dice así: „Mando asimismo á todos los jueces y tribunales con el mas serio encargo, que á los reos por cuyos delitos, segun la expresion literal ó *equivalencia de razon* de las leyes penales del reino, corresponda la pena capital, se les imponga esta con toda exactitud, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia, ni *de una remision arbitraria* (1). Se ve, pues, en el tenor expreso de esta ley, dictada por un Monarca tan justificado y piadoso como Cárlos III, que en materias criminales, y aun en las de pena capital, tiene y debe tener lugar la *equivalencia de razon*, para que por falta de la *letra material* no prevalezca el mal ejemplo de la *impunidad* de los delitos contra la justa intencion de los legisladores, contra el decoro y buen nombre de los jueces, y contra la moral pública y seguridad y órden de los pueblos. Y si en materias criminales de pena capital obra tanto la expresion literal de la ley, cuanto la *equivalencia de razon* ¿cómo no habia

(1) L. 13, cap. 6, tit. 24, lib. 8, R. C.

de tener la misma fuerza la *identidad* de ley, cual es la que hay en la imposibilidad *física* y la *legal*, que segun derecho son una misma cosa?

280. Hagamos aquí de paso una reflexion muy oportuna. La ley que permite al marido acusar á uno solo de los adúlteros cuando el otro estuviese muerto pertenece á una misma legislacion y se halla en el propio código que la que da á la expresion literal la misma fuerza que la *equivalencia de razon*, porque ambas leyes son de la legislacion española y están comprendidas en la Recopilacion de Castilla. La primera ley es, con mucho, anterior á la segunda: y nada es mas justo como el que la primera haya de ser entendida y aplicada segun los principios que para todas estableció posteriormente la segunda, es decir, bajo la regla general de que aun en materias criminales la *equivalencia de razon* pudiese tanto quanto la *letra* de las leyes. Y si por la primera ley se entiende exceptuado el caso de la muerte, porque es *imposible físico* que un muerto se sujete al juicio de los vivos; tambien debe entenderse exceptuado el caso de la disputa, porque es *imposible legal* que la muger del embajador se someta á la jurisdiccion criminal del pais en que reside, pues de lo contrario resultaria la escandalosa impunidad ó *remision arbitraria* del cóm-

plíce delincuente, que fué cabalmente lo que se propuso evitar la última ley al establecer aquella regla general.

281. Por eso los autores, comentando la ley recopilada que sirve de fundamento á la opinion contraria, enseñan que el marido debe acusar á ambos adúlteros juntamente, en un mismo proceso y ante un mismo juez; pero al punto añaden estas palabras literales *si ser puidere* (1), con las cuales dejan salvo cualquier caso de imposibilidad; y no solo exceptuan el caso de la *física*, sino tambien y muy expresamente el de la *legal*, pues aseguran (2) que, siendo eclesiástico el adúltero, debe este ser acusado ante la jurisdiccion eclesiástica, y la adúltera ante la secular, porque el eclesiástico no debe serlo ante los jueces seculares segun las leyes, y en esto consiste la imposibilidad *legal*.

282. 15.<sup>a</sup> Esta doctrina tan justa y racional de los autores produce un argumento poderoso á favor del tema que estamos sosteniendo. La division de juicios y de fueros es mucho mayor, mas necesaria, mas fuerte y respetable perteneciendo los dos adúlteros á dos poten-

(1) Curia Filípica 3. P. Juicio criminal. Párrafo 14, núm. 7.

(2) Acevedo y Hevia Bolaños.

cias diversas, que perteneciendo á dos jurisdicciones de un mismo territorio. La division en el primer caso consiste esencialmente en la que hay entre las soberanías de ambas potencias; cuando en el segundo solo estriba en la diversidad de jueces ó de fueros de una misma soberanía. La division en el primero tiene por fundamento irresistible la independenciam de las naciones entre sí; cuando en el segundo lo tiene en la pura voluntad del soberano que dentro de su mismo territorio ha querido establecer diversas jurisdicciones, pero que todas reconocen un mismo origen, y nacen y terminan en una misma fuente. La division en el primer caso es inalterable, como lo es la propia independenciam de las naciones; pero en el segundo puede variarse, moderarse ó extinguirse absolutamente por la voluntad sola del Soberano que la establece, que la reforma y modifica, ó la revoca y destruye enteramente en innumerables casos y circunstancias. Finalmente, la division en el primer caso es de tanta gerarquía como lo es el derecho universal y sagrado que gobierna la sociedad general de las naciones; cuando en el segundo tiene solo su apoyo en el derecho particular de cada país.

283. Es, pues, indudable, que la division de juicios y de fueros en el primer caso tiene mayor extension, y mucho mas grande fuerza y

respetabilidad que en el segundo. Sin embargo, cuando se trata de dos adúlteros que son súbditos de una misma nacion aunque de fueros diferentes, esta diferencia no embaraza el procedimiento libre de cada uno: luego lo mismo por mayoría de razon debe suceder cuando los adúlteros pertenecen á potencias diferentes, esto es, que cada una juzgue y castigue, por medio de sus jueces, á su súbdito respectivo, sin que la diferencia y separacion de las naciones deba servir de pretexto para que los adúlteros ó alguno de ellos goce de impunidad, y para que la inocencia, el honor y derechos del marido queden marcados con un eterno y afrentoso vilipendio. Ni aquella impunidad ni este vilipendio podrán jamas tener lugar entre los objetos sanos y justos de nuestra ley. Esta y todas las de su clase propenden siempre á evitar la impunidad de los delitos: tal es el objeto esencial y característico de todas las leyes criminales; y ya se ve, que seria obrar directamente contra un objeto tan importante extender la inmunidad personal de la muger adúltera á la *impunidad total* del cómplice delincuente, y seria tambien encubrir los delitos en vez de castigarlos.

284. Decimos que en tal hipótesi la inmunidad personal de la muger del ministro produciria la *impunidad total* de su cómplice, porque

es claro, que este no pudiera ser castigado en ninguna parte, ni por ninguna autoridad. No en el lugar propio de la procedencia del ministro, porque allí el cómplice no era súbdito de sus autoridades respectivas; ni tampoco en el de la residencia del ministro y en que fué cometido el adulterio, porque el adúltero venia á participar escandalosamente de las exenciones y privilegios de su cómplice, sacando ventajas de la misma gravedad cualificada de su delito.

285. Por otra parte, no es cierto que en crímenes de adulterio solo la acusacion del marido sea la que pueda abrir un juicio criminal, porque tambien en esa materia hay casos en que tiene lugar el *oficio judicial*, sin considerar y ántes bien obrando contra la voluntad expresa del marido. Tales son todos aquellos en que hay escándalo de por medio, en los cuales el justo celo de la vindicta pública debe prevalecer sobre el interes y derecho privado del marido.

286. Así es que, si la ley recopilada prohíbe que otro alguno fuera del marido acuse de adulterio á la muger casada, no por eso excluye el *oficio judicial* para proceder por sí mismo, sin necesidad de que el marido acuse la conducta criminal de su muger, pues esa misma ley

(1) añade en seguida esta excepcion terminantísima: *Y porque se dice que algunos casados consenten ó dan lugar que sus mugeres estén públicamente en aquel pecado con clérigos, mandamos á las nuestras justicias que cada é cuando esto supieren, llamadas é oidas las tales personas i condenadas como dicho es, ejecuten en ellas las penas en que hallaren que segun derecho han incurrido.* La ley próxima que sigue aun es mas terminante y decisiva sobre este particular, pues hablando de las mancebas de los clérigos que viven en incontinencia pública con ellos previene, que *»las Justicias avida informacion dello, punan i castiguen las tales mugeres conforme á la ley, bien así como si las tales mugeres no fuessen casadas; y aunque sus maridos no las acusen i digan que no quieren que las dichas Justicias las castiguen.»*

287. He aquí los casos en que de *oficio* puede y debe procederse al castigo de unos adúlteros escandalosos sin contar para nada con la voluntad del marido. Y ¿podrá ponerse en paralelo, en el orden político y civil, el delito de adulterio de una muger casada cometido con un clérigo, y el incurrido con la muger de un ministro extranjero, yendo de por medio el in-

(1) La 2 ya citada, tít. 19, lib. 8, R. C.