

CAPÍTULO PRIMERO.

ADULTERIO.

1. Seria nécio, seria mal sonante, el detenerse un momento solo á demostrar que el adulterio debe ser, no puede ménos de ser, considerado por la ley como delito. El adulterio es el más grave de los de esta esfera; porque ninguno causa en la sociedad, á la vez, tanto desórden moral y tanto desórden material.—Es excusado, por consiguiente, todo preliminar en este capítulo: desde luego puede comenzarse el exámen de los artículos que encierra.

Artículo 358.

«El adulterio será castigado con la pena de prision menor.
»Cometen adulterio la mujer casada que yace con varon que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque despues se declare nulo el matrimonio.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tit. 5, L. 6.—Lex stuprum et adulterium promiscue appellat, sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero, conceptum composito nomine.....*

Ley 10.—Mater autem familias, non tantum nupta, sed etiam vidua.....

Cód. repet. prael.—*Lib. IX, tit. 9, L. 37.—Adulteris verberatis et tonsis mares absconduntur. Nunci vero et impii hujusce facinoris administrari, verberati et tonsi in perpetuum relegantur.*

Fuero Juzgo.—*Ley 1.^a, tit. 4.^o, lib. III.—Si algun ome fiziere adulterio con la muier aiena por fuerza, é aquel que lo faze, si ha fijos legitimos en otra muier, éste solo sea metido en poder daquesta muier forzada, é sus cosas finquen á los fijos legitimos. E si non oviere fijos legitimos que devan aver sus cosas, éste sea metido en poder del marido daquella muier con todas sus cosas, é vénguese en él cuemo él se quisiere. Mas si el adulterio fuere fecho de voluntad de la muier, la muier é el adulterador sean metidos en manos del marido, é faga dellos lo que se quisiere.*

Ley 9.—Si la muier puede seer probada que faze adulterio con marido aieno, sea metida en poder de la muier daquel marido con quien fizo el adulterio, que se vengue della cuemo se quisiere.

Ley 12.—En la ley de suso avemos establecido que la muier que faze adulterio, ella hy el adulterador deven seer metidos en poder del marido della. Mas por que los iueces dubdan muchas veces que deben fazer de sus cosas de ellos, por ende establecemos assi que si el marido della pudiere mostrar el adulterio connocidamiento, é la muier que faze el adulterio y el adulterador si non ovieren fijos legitimos dotro casamiento, toda la heredad dellos é sus personas sean metidos en poder del marido daquella muier que fizo el adulterio. E si el adulterador ha fijos legitimos dotro casamiento, los fijos deven aver la heredad dél, é la persona dél solamiente sea metida en poder del marido. E si la muier ha fijos legitimos dotro casamiento dante ó despues, los fijos del primero casamiento deven aver el quinnon de la heredad departidamiento en su poder, hy el quinnon de los otros fijos, que ovo despues que fizo el adulterio sea en poder del marido, é délo á los fijos despues de la muerte della. E todavía en tal manera, que pues que la muier que fizo el adulterio fuere en poder del marido, por nenguna manera non se ayunte carnalmente uno con otro; ca si lo fizieren, el marido non deve aver de las cosas della nenguna cosa; mas dévento aver los fijos legitimos; é si non oviere fijos, dévento aver los herederos mas propinquos. E otrosi mandamos guardar esta ley en aquellos que son desposados.

Fuero Real.—*Ley 1.^a, tit. 7, lib. IV.—Si muger casada fiziere adulterio, ella y el adulterador, amos sean en poder del marido, é faga dellos lo que quisiere, é de quanto han: así que no pueda matar al uno é dexar al otro; pero si fijos derechos hubieren amos, ó el uno dellos, hereden sus bienes: é si por aventura la muger no fué en culpa, é fuere forzada, no haya pena.*

Ley 2.—Si muger desposada derechamente casare con otro, ó fiziere adulterio, él y ella, con sus bienes, sean metidos en poder del esposo,

así que sean sus siervos: mas que no los pueda matar: é otrosí, de sus bienes que faga lo que quisiere, si ninguno dellos no hobiere fijos derechos.

Partidas.—Ley 1.^a, tit. 17, P. VII.—Adulterio es yerro que ome faze á sabiendas, yaciendo con muger casada, ó desposada con otro. E tomó este nombre de dos palabras del latín, alterius et thorus, que quieren tanto decir como ome que va ó fué al lecho de otro; por quanto la muger es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, é non él della. E por ende dixerón los sabios antiguos, que magüer el home casado yoguiesse con otra muger que oviesse marido, que non lo puede acusar su muger ante el juez seglar sobre esta razon; como quier que cada uno del pueblo (á quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro) lo puede fazer. E esto tuvieron por derecho por muchas razones. La primera, por que del adulterio que faze el varon con otra muger non nace daño, ni deshorrá á la suya. La otra, por que del adulterio que faze su muger con otro, finca el marido deshorrado, recibiendo la muger á otro en su lecho; é además, por que del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca si se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos; lo que non avernia á la muger del adulterio que el marido fiziese con otra: é por ende, pues que los daños é las deshorras, no son iguales, quisada cosa es, que el marido aya esta mejoría, é pueda acusar á su muger del adulterio, si lo fiziere, é ella non á él; é esto fué establecido por las leyes antiguas, como quier que segund el juyzio de santa iglesia non seria assi.

Ley 5.—Yaciendo algun ome con muger casada, non lo sabiendo, nin cuydando que lo era, dezimos que tal ome como este non deve ser acusado de adulterio; fueras ende, sil fuesse provado que lo sabia: pero si la muger lo fizo á sabiendas, deve por ende recibir pena. Otrosí dezimos, que seyendo el marido de alguna muger cativo, ó yendo en romería, ó por otra razon á algun lugar extraño, si á la muger viniessen nuevas dél, ó mandado que era muerto, é la persona que gelo dize fuesse ome de creer, si despues se casasse ella con otro, magüer non fuesse muerto el marido primero, é tornase á ella, non la podria acusar de adulterio; por quanto ella se casó, cuydando que lo podria fazer con derecho.

Ley 15.—Acusado seyendo algun ome que oviesse fecho adulterio, si le fuese probado que lo fizo, deve morir por ende; mas la muger que fiziese el adulterio, magüer le fuesse probado en juyzio, deve ser castigada, é ferida públicamente con azotes, é puesta, é encerrada en algun monasterio de dueñas; é demás desto, deve perder la dote, é las arras que le fueron dadas por razon del casamiento, é deven ser del marido. Pero si el marido la quisiere perdonar despues desto, puédelo facer fasta dos años. E si le perdonare el yerro, puédelo sacar del monasterio,

é tornarla á su casa: é si la recibiere despues asi, dezimos, que la dote, é las arras, é las otras cosas que tienen de consuno, deven ser tornadas en aquel estado que eran ante que el adulterio fuesse fecho. E si por aventura non la quissiese perdonar, ó si murriese en ante de los dos años, estonce deve ella recibir el ábito del monasterio, é servir en él á Dios para siempre, assi como las otras monjas. E los otros bienes que oviere, que non sean de dote, nin de arras, si oviere fijos, ó nietos, deven ellos aver destes bienes las dos partes, é el monasterio la tercera. E si fijos ó nietos non oviere; estonce, si tal muger ha padre, ó madre, ó avuelo, ó avuela, que non fuesen consentidores del adulterio, deven aver la tercia parte, é el monasterio las dos. E si por aventura non oviere ninguno destes parientes sobredichos, deven ser todos los bienes del monasterio en que fué metida. Pero si la muger casada fuesse provado que fiziese adulterio con su siervo, non deve aver la pena sobredicha, mas deven ser quemados ambos á dos por ende. Otrosí dezimos, que si alguna muger casada saliesse fuera de casa de su marido, é fuyesse á casa de algun ome sospechoso, contra voluntad de su marido, ó contra su defendimiento, si esto pudiere ser provado por testigos que sean de creer, que deve perder por ende la dote, é las arras, é los otros bienes que ganaron de consuno, é ser del marido: pero si fijos le fincasen desta muger mesma, ellos lo deven aver despues de la muerte de su padre; é magüer aya fijos de otra muger, non deven aver alguna cosa destes bienes atales. E si por aventura la perdonare el marido, é la recibiere, non avrá despues demanda en estos bienes por esta razon.

Nov. Recop.—Ley 1.^a, tit. 28, lib. VI.—Si muger casada ficriere adulterio, ella y el adulterador ambos sean en poder del marido, y faga dellos lo que quisiere, y de quanto han, así que no pueda matar al uno y dexar al otro; pero si hijos derechos hobieren ambos, ó el uno dellos, hereden sus bienes: y si por ventura la muger no fue en culpa, y fuere forzada, no haya pena.

Ley 2.—(Véase en las Concordancias á nuestro artículo 339.)

Cód. franc.—Art. 337. La mujer que hubiere cometido adulterio, será castigada con la pena de prision de tres meses á dos años.

Art. 338. El cómplice de la mujer adúltera será castigado con las penas de prision por el mismo tiempo, y multa de ciento á dos mil francos.—Contra esta clase de cómplices no se admitirán mas pruebas que la de ser sorprendido in fraganti, y las que aparezcan de cartas ú otros documentos escritos por el mismo.

Cód. aust.—Segunda parte.—Art. 247. *Toda persona casada que cometa adulterio, así como la persona libre con quien se cometiere este delito, serán castigadas con la pena de arresto de uno á seis meses; castigándose sin embargo, con mayor severidad á la mujer, cuando por razon del adulterio pudieran suscitarse dudas acerca de la legitimidad de de la prole que resultare.*

Cód. napol.—Art. 326. *La mujer convicta de adulterio por virtud de una sentencia criminal, será castigada con la pena de prision de segundo al tercer grado. El cómplice de este delito será castigado con la misma pena, y además con una multa de cincuenta á quinientos ducados.*

Art. 327. *Si á la espiracion de la pena encontrare el marido que no se ha corregido ó enmendado la mujer podrá hacerla permanecer por cinco años en un lugar de reclusion, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226 de las leyes civiles.*

Cód. brasil.—Art. 250. *La mujer casada que cometa adulterio, será castigada con la pena de prision, con trabajo de uno á tres años. La misma pena se impondrá en este caso al cómplice.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 683. *La mujer casada que cometa adulterio, perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y sufrirá una reclusion por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de diez años. Si el marido muriere sin haber pedido la soltura, y faltare mas de un año para cumplirse el término de la reclusion, permanecerá en ella la mujer un año despues de la muerte de su marido; y si faltare ménos tiempo, acabará de cumplirlo. El cómplice en el adulterio sufrirá igual tiempo de reclusion que la mujer, y será desterrado del pueblo mientras viva el marido, á no ser que este consienta lo contrario.*

COMENTARIO.

1. Este artículo tiene dos partes; definir el adulterio; penar el adulterio.
2. En la definicion del adulterio no podia olvidarse que nos hallábamnos en el terreno de la ley, y no en el de la pura moral. Podrá esta llamar con aquel nombre la culpa del marido que quebranta sus deberes con-

yugales; pero la ley no lo ha entendido, ni lo puede entender así. No proclamará ella que ese marido es inculpable, es inocente, es digno de recompensa; pero tampoco le llamará adúltero, ni le impondrá las penas de que en este artículo se habla.—El adulterio no se comete por el hombre casado, sino por la mujer que se halla en tal situacion.

3. Aun moralmente hablando, la diferencia entre una y otra culpa no puede desconocerse. Mas fijándonos en la esfera del derecho, esa diferencia es todavía más notoria. No procede, como han querido decir algunos, de que las leyes han sido hechas por los hombres; procede de la misma razon, que encuentra en una y otra falta distintos caractéres, distintas consecuencias.

4. La mujer es el centro de la familia, como el hombre la cabeza. La falta de aquella destruye esencialmente la sociedad conyugal, que la falta de éste altera pero puede no destruir. La mujer infiel da derechos injustos que el hombre no puede dar. La mujer infiel disuelve todos los lazos, que ninguna otra infidelidad disolveria del mismo modo.

5. No queremos, ni es necesario detenernos en esto. Si escribiésemos un tratado de filosofía pura, patentizaríamos que la ley tiene razon aun en el terreno filosófico: escribiendo de derecho, bástanos hacer observar que la tiene indudablemente en el terreno de la sociedad, de las costumbres, de las necesidades públicas.

6. Redúcese pues el adulterio: 1.º A la infidelidad de la mujer casada. 2.º Al acto del hombre que yace con ella, sabiendo que lo es. Si ignora esta circunstancia, la ley le exime de tal calificación, de tal delito. Podrá haber otro, ó podrá no haber ninguno; pero no será de seguro el adulterio. Necesítanse para éste las dos circunstancias expresadas: que no sea libre la mujer, y que tenga conocimiento de esa condicion, de ese hecho, el varon que con ella yaciere.

7. ¿Qué diremos si el hombre la creyere casada, y no lo fuere la mujer en realidad?

8. Esto puede suceder de dos distintos modos. La mujer puede estar externamente casada, pero con un matrimonio que sea nulo, y que deba declararse tal por la autoridad competente. La mujer puede no estar casada de ningun modo; pero el hombre que yace con ella puede creer, por un error de hecho, por una equivocacion cualquiera, que efectivamente lo está. En el primer caso, la ley dice que hay adulterio: en el segundo, es claro que no lo hay.

9. Allí, no puede prescindirse de que el matrimonio se ha verificado, y de que la sociedad debe respetarle y tenerle por legítimo, en tanto que no se pronuncie su nulidad por quien tiene facultades para pronunciarla.—Aquí, no cabe la menor duda en lo que sostenemos, puesto que falta absolutamente la base real, efectiva, del delito, la cual no puede sustituirse con una mera creencia. En este caso podrá haber el pecado, pero no el crimen de adulterio.

10. ¿Qué diremos, si la mujer casada fuere una mujer pública?

11. Indudablemente ella habrá cometido adulterio, cuando comenzó á faltar á sus deberes; mas los que con ella hubieren pecado despues, no podrán estimarse por la ley tales adúlteros, ni les podrán alcanzar los castigos en cuestion. Una mujer pública se presume de derecho que no lo es de marido alguno, ó que, abandonada por éste, no hay nadie que pueda acusar á los que hubieren yacido con ella. El adulterio es un delito contra la familia, y las mujeres públicas no la tienen: es un delito contra la honra del marido, y las mujeres públicas—para los que acuden á ellas—no tienen maridos, aunque estén casadas.

12. Vengamos ahora á la pena de adulterio.

13. El adulterio era penado por nuestras leyes antiguas hasta con la pena capital. Despues se dispuso tan sólo que los adúlteros cayesen bajo el poder del ofendido, para que hiciese de ellos lo que le pareciera. No queremos discutir si estos castigos han sido en algun tiempo posibles: lo que no tiene duda para nosotros es que de siglos acá no lo son, ni se han ejecutado. Ningun tribunal del mundo hubiera impuesto esas penas. En su lugar, se imponian arbitrarias, más ó ménos graves, pero que se reducian por lo comun á encierro para las mujeres, á destierro para los hombres.

14. El artículo que examinamos ahora ha establecido la prision menor (De cuatro á seis años).

15. Esta pena no nos parece desproporcionada. En nuestras costumbres, tenemos por dudoso que pudiera agravarse. De seguro, para el hombre que comete adulterio, es mayor que la que nuestros tribunales venian prudencial y arbitrariamente usando. La prision es más que el destierro.—Si á algunos pareciere, pues, corta la pena, no se quejen del Código, quéjense de nuestras costumbres.

16. Al concluir este Comentario, debemos hacer notar, conviniendo en ello con los señores Vizmanos y Alvarez, que respecto á este crimen no son posibles ni el delito frustrado ni la tentativa. Cuando no hay la consumacion del hecho, no hay nada para la ley; cuando media la consumacion, tenemos el adulterio formal. Otra cosa dicen tambien aquellos apreciables escritores, la cual no tenemos por admisible: á saber, que no se concibe complicidad en este delito. Nos parece que esto es inexacto. En él puede haber complicidad, y puede haber encubrimiento, de la misma suerte que en cualesquiera otros; los ejemplos serian vulgares. A la comision del delito pueden concurrir con su ayuda personas de diferentes clases, que no podrian sin justicia ser calificadas de otro modo.

Artículo 359.

«No se impondrá pena por delito de adulterio, sino en virtud de querrela del marido agraviado.

»Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren; y nunca si hubiere consentido el adulterio, ó perdonado á cualquiera de ellos.»

CONCORDANCIAS.

Cód. repet. prael.—*Lib. IX, tit. 9, L. 30.*—*Quamvis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur: tamen ne volentibus temere liceat faedere connubia, proximis necessariisque personis solummodo placeat deferri copiam accusandi: hoc est, patri, fratri, necnon patruo et avunculo, quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed etiam his personis legem imponimus, ut crimen abolitione (si voluerint) comescant. In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet.... Extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus, nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis adstringat: nonnulli tamen proterve id faciunt, et falsis contumeliis matrimonia deformant.*

Fuero Juzgo.—*Ley 13, tit. 4, lib. III.*—*Si la ley no tormentar el mal que es fecho, los malos é los sandios non dexarán de fazer mal. E por que las muieres que se despagan de sus maridos, muchas vezes fazen adulterio, é fazen á sus maridos seer sandios por algunas yerbas que les dan, é por algun mal fecho, assi que magüer que ellos saben el adulterio de la muier, non lo pueden acusar, nin se pueden quitar de su amor della: hy esto debemos aqui guardar, que si aquella muier y el marido han fijos legitimos, aquellos pueden el adulterio de su madre acusar, assi cuemo el marido lo podrie acusar. E si non ovieren fijos, ó non son de tal edad que esto puedan complir, los parientes mas propinquos del marido la pueden acusar: que por ventura la muier non mate al marido; ó la buena non se pueda á los fijos perder, ó á los propinquos, mientras el adulterio non es vengado. Todavía en tal manera, que si el adulterio de la muier pudier seer provado por ellos, los fijos que ella fizo despues que fizo el adulterio ó los propinquos, si los fijos*

non oviere, ayan su buena despues de su muerte. Mas si los fijos non son de tal edad, que puedan acusar el adulterio de la madre, los mas propinquos del marido que mostraren el adulterio de la muier deven aver la quinta parte de la buena de la muier por su trabajo, é las otras quatro partes ayan los fijos. E si los parientes mas propinquos del marido ó los fijos non quisieren acusar el adulterio por el amor de la madre, ó por don, ó por negligencia, pues que lo el rey sopiere, é el deve establecer quien faga este negocio, é deve aver el quinto de las cosas de la muier aqieste que fiziere aqieste negocio por su trabajo. Mas por que el adulterio de la muier gravemiente puede seer provado por personas libres, porque este pecado puede ser fecho mucho en escuso, por ende mandamos que quando se non pudiere mostrar por personas libres el adulterio, aquellas personas de suso dichas que acusan el adulterio, fagan demandar la verdad por los siervos é por las siercas del marido, é digan la verdad antel iuez.

Fuero Real.—Ley 3, tit. 7, lib. IV.—Quando alguna muger casada ó desposada ficiere adulterio con otro, todo homne la puede acusar: é si el marido no la quisiere acusar, ni quiere que otro la acuse, ninguno no sea rescibido por acusador en tal fecho como éste: ca pues que él quiere perdonar á su muger este pecado, no es derecho que otro gelo acuse, ni gelo demande por malquerencia, ni otra guisa.

Ley 4.—Si el marido que ficiere adulterio quisiere acusar á su muger que fizo adulterio, y ella dixere ante que diga de sí, ó de no, que no la pueda acusar por que él fizo adulterio; si gelo probare puédalo deshechar de la acusacion.

Ley 5.—El marido no pueda acusar á la muger del adulterio que ficiere por su consejo, ó por su mandado: defendemos, que el marido despues que supiere que su muger fizo adulterio, no la tenga á su mesa, ni en su lecho: y el que lo ficiere no la pueda despues acusar, ni haya nada de sus bienes: mas hayanlo los fijos derechos, si los hobiere: é si los no hobiere, hayanlo los parientes mas propinquos que hobiere, ó á quien ella lo mandare á su muerte.

Partidas.—Ley 12, tit. 8, P. VII.—..... Otrosi, cuando alguno acusasse á su muger, que ficiera adulterio, é ella dixesse, que queria probar que el mismo le perdonara ya aquel yerro, é que la havia despues recibida por muger; si esto provare, no deve el marido ser oydo. E otrosi non deve ser cabida la acusacion, daquel que el mismo trae su muger, ó es mensajero, ó toma precio, por que faga ella adulterio con al-

guno. Nin otrost non deve ser cabida la acusacion, del que supo que alguna muger fiziera adulterio, si despues de muerte de su marido casasse el con ella, é la quisiesse acusar de tal yerro: ó si despues quel casó con ella, supo que fizia ella adulterio, é lo consintió, callándose, ó encubriéndolo.

Ley 2, tit. 17, P. VII.—Muger casada faziendo adulterio, mientras que el marido la toviesse por su muger, é que el casamiento non fuesse partido, non la puede ninguno acusar, si non su marido, ó su padre de ella, ó su hermano, ó su tio, hermano de su padre, ó de su madre; por que non deve ser denostado el casamiento de tal muger por acusacion de ome extraño, pues que el marido, é los otros parientes sobredichos della, quieren sufrir, é callar su deshounra; é sobre todos estos el marido ha mayor poder, é deve ser primero recebido á fazer la acusacion de su muger, queriéndola él acusar. Pero si el marido fuesse tan negligente que la non quisiesse acusar, é ella fuesse tan porfosa en la maldad, que se tornasse aun á fazer el adulterio, estónce la podria acusar el padre, é si el padre non lo quisiesse fazer, puedela acusar uno de los otros parientes sobredichos della; mas los otros del pueblo non lo pueden fazer, por las razones sobredichas.

Nov. Recop.—Ley 3, tit. 28, lib. XII.—El marido no puede acusar de adulterio á uno de los adúlteros siendo vivos; mas que á ambos, adúltero y adúltera, los haya de acusar, ó á ninguno.

Cód. franc.—Art. 336. El adulterio de la muger no podrá ser denunciado más que por el marido, el cual tampoco podrá hacerlo si se hallare en el caso del art. 339. (Cuando tuviere manceba dentro de la casa conyugal.)

Cód. aust.—Segunda parte.—Art. 248. Salvo en el caso del art. 255 (prostitucion pública) no se podrá proceder de oficio ni imponer pena por delito de adulterio, sino á virtud de querrela de la parte ofendida; y aun esta no tendrá derecho para intentarla cuando expresamente hubiere perdonado la ofensa, ó remitidola tácitamente, no presentando su peticion dentro de las seis semanas siguientes al dia en que hubiere tenido conocimiento del hecho....

Art. 255. Toda muger casada que incurriere en este delito (prostitucion) será condenada á la misma pena que se le impondria á una persona soltera, aunque no preceda querrela del marido. La circunstancia