

del matrimonio se considerará como agravante, y producirá el efecto de aumentar la pena.

Art. 256. Si resultare del proceso que el marido consintió en el libertinaje de su muger, ó que hubiere tomado parte en la ganancia ó reportado del hecho algun beneficio, será castigado con la pena más grave de las señaladas en los artículos anteriores contra la rufianería.

Cód. napol.—Art. 326. El adulterio no puede ser denunciado sino por el marido.

Cód. brasil.—Art. 252. La acusacion de este crimen no será permitida más que al marido y á la muger, y ni aun estos tendrán derecho de acusarlo cuando en algun tiempo hubieren consentido el adulterio.

Art. 253. La acusacion de adulterio deberá intentarse conjuntamente contra la muger y su cómplice si este viviere, y no podrá imponerse pena á uno sin el otro.

Cód. esp. de 1822.—Art. 684. El marido de la adúltera, que es el único que puede acusar el adulterio, no podrá hacerlo en ninguno de los casos siguientes: Primero: si ha consentido á sabiendas el trato ilícito de su muger con el adúltero. Segundo: si voluntaria y arbitrariamente separa de su lado y habitacion á la muger contra la voluntad de esta, ó la abandona del mismo modo. Tercero: si tiene manceba dentro de la misma casa en que habite con su muger.

COMENTARIO.

1. La regla general en la persecucion de los delitos consiste en que esa persecucion corresponde al representante de la sociedad. Aun en los que llamamos privados, porque el mal ó el perjuicio caen primaria y principalmente sobre una persona; aun en esos, como en los públicos, toca la acusacion á aquel funcionario, al que solo pueden coadyuvar las partes damnificadas. Esta es la regla de nuestro derecho: esta es la regla, que han hecho nacer en todos, y no en el nuestro solamente, los progresos de la civilizacion, y la idea de los intereses sociales.

2. Mas esta regla tiene sus excepciones; y la primera, y quizá la más

absoluta que encontramos en nuestro Código, es la respectiva á este caso del adulterio.

3. Tal excepcion tiene dos partes: una consignada en este artículo; otra, en el artículo siguiente. Segun la primera, no hay procedimiento de oficio en estas causas: es necesario que el marido, solamente el marido agraviado, se querelle de los adúlteros, para que se comience á proceder en su contra.—Con arreglo á la segunda, como veremos despues, no sólo se suspenderá el proceso en cualquier caso en que el marido desistiere de llevarlo adelante, sino que aun la pena impuesta quedará remitida por el perdon ó la voluntad del marido propio, volviendo este á reunirse con la mujer sentenciada.

4. Aquí hablamos únicamente de lo primero; y hablamos para aprobarlo, como un principio de moral y de conveniencia pública. Esa intimidad de las relaciones mas estrechas que puede haber en el mundo no debe ser objeto de una inquisicion ni de una causa, sino cuando el interesado lo quiera y lo reclame. ¿Dónde iria á parar la paz y la tranquilidad de los matrimonios, si fuese permitido á cualquier extraño el fijar sobre ellos sus miradas y sus pesquisas, y el sacar al público sus debilidades y sus misterios? Sólo al marido, cuya es la honra que puede manchar la mujer, debe permitirse que invoque la venganza de las leyes en tales casos. Si él no ve, nadie debe advertirle: si él no quiere ver, nadie tiene el derecho de llamarle la atencion: si él perdona, nadie puede condenar á los perdonados.

5. Esto no quiere decir, de ningun modo, que deje de oirse en estas causas á la parte fiscal: lo que decimos, y lo que dice la ley, es que no se imponga pena sino á querella de la agraviada. Propuesta por la última la accion, aquella otra podrá ciertamente ser oida, y tendrá derecho á reclamar la observancia de las leyes.

6. Un segundo precepto contiene tambien el artículo; el de que no se pueda pedir contra uno solo de los culpables, como entrambos vivieren, sino contra los dos, ó contra ninguno. Habiendo concedido la ley á la parte agraviada la facultad exclusiva de acusar, ha tenido que dictar esta regla, para impedir que pasiones particulares impeliesen al marido, ora contra la mujer culpable, ora contra su co-delincuente. El delito es de los dos: si se ha de perseguir por él, es indispensable que se persiga á ambos.

Artículo 360.

«El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte, volviendo á reunirse con ella.

»En este caso se tendrá tambien por remitida la pena al adúltero.»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—L. 8, tit. 17, P. VII.—*Si el marido acussase á su muger de adulterio, ó algun otro ome con quien dixesse que lo habia fecho, si él por sí dexasse el acusamiento con intencion de lo non seguir dende en adelante; si despues quissiere tornar otra vez á la acusacion, puede poner ante sí esta defension el acusado, diziendo, que non es tenuto de responder á la acusacion, nin de seguir el pleyto, porque otra vez lo comenzó, é se dexó dende. Esso mismo seria, si alguno á quien oviesse fecho adulterio su muger, dixesse delante del judgador, que la non querria acusar, é despues fiziesse contra aquello que avia fecho, é la acussasse; que puede poner tal defension ante sí, para desecharlo. Otrosí dezimos, que si despues que la muger ha hecho el adulterio, la recibe el marido en su lecho á sabiendas, ó la tiene en su casa como á su muger, que del yerro que oviesse fecho enante que la acogiesse, non la podria despues acusar; é magüer la acussase, non seria tenuto de responder á la acusacion, poniendo ante sí tal defension como ésta. Ca pues que assí la cogió en su casa, entiéndese que la perdonó, é non le pesó del yerro que fizó.*

Ley 15.—(Véase en las Concordancias á nuestro art. 349.)

Cód. franc.—Art. 337. *El marido será árbitro de suspender los efectos de la condena, volviendo á reunirse con su muger.*

Cód. aust.—Segunda parte.—Art. 248. *La pena ya pronunciada se extingue tambien desde que la parte ofendida se aviniere á vivir de nuevo con la culpable; pero esta declaracion no extingue la pena que se haya impuesto á los co-autores.*

Cód. napol.—Art. 329. *El perdon concedido por el marido á la muger adúltera ántes de la condena, aprovechará de derecho al cómplice del adulterio.*

Art. 330. *El marido podrá, sin embargo, impedir los efectos de la condena impuesta á su muger, y la muger la de su marido, si se avinieren á vivir de nuevo reunidos.*

COMENTARIO.

1. Ya hemos indicado el precepto de este artículo, al hacernos cargo de el del anterior. La ley ha establecido uno y otro, partiendo del principio de que sólo el marido es justo apreciador y competente vengador de su honra. Cuando él se convence de que debe perdonar, nadie debe impedirle que perdone. Lo único que puede exigir la ley es que proceda con igualdad respecto á los dos criminales, y que no sea blando con el uno y severo con el otro. Hé aquí lo que establece el segundo párrafo de la disposicion que acabamos de copiar.

Artículo 361.

«La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal, cuando fuere absoluta.»

»Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposicion de las penas.»

CONCORDANCIA.

Cód. napol.—Art. 327. *La muger absuelta ó condenada por adulterio en causa criminal, no podrá ser demandada ante un tribunal civil por el mismo hecho, ni viceversa.*

COMENTARIO.

1. El adulterio, además de la accion criminal para la pena, produce la accion civil para el divorcio. Tal es el fundamento que supone el artículo á que ahora llegamos. Tal es el hecho, que han debido tener presente los legisladores, para fijar las consecuencias, y esclarecer las dudas que podian ocurrir en este particular.

2. Se ha seguido la cuestion del adulterio civilmente, y se ha fallado en uno ú otro sentido. Este fallo, esta ejecutoria, en un juicio civil, pero cuya causa es un delito, surtirá efectos para el juicio penal sobre el de-

lito propio? Si se ha ejecutoriado allí el adulterio ¿será argumento concluyente para la pena? Si se ha desechado el adulterio ¿será á la vez argumento concluyente para esta absolución?

3. La ley ha seguido el camino más humano, el más favorable. La ley ha dicho: toda vez que exista fallo absolutorio, sirva de excepcion concluyente en la causa. Si el fallo, por el contrario, hubiese sido de condenacion, no sirva, no surta efectos en el juicio criminal.

4. Ante esta humana resolucion, nada tenemos que decir, sino aprobar francamente su justicia. Pero sí advertiremos, que lo que aquí se dispone en un sentido, por la misma razon debe tambien entenderse en el sentido inverso. La sentencia civil condenatoria no surte efectos en lo criminal: luego la sentencia criminal absolutoria no puede surtirlos en lo civil. La razon es una misma; y cuando la ley dice lo uno, el buen sentido y la lógica tienen que inferir lo otro, que sirve de comprobacion y complemento.

Artículo 362.

«El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, ó fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prision correccional.

»La manceba será castigada con la de destierro.

»Lo dispuesto en los artículos 359 y 360 es aplicable al caso de que se trata en el presente.»

CONCORDANCIAS.

Cód. repet. prael.—*Lib. V, tit. 26, L. 1.*—*Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere.*

Nov. Recop.—*Ley 1.ª, tit. 26, lib. XII.*—*Ordenamos, que ningun hombre casado no sea osado de tener ni tenga manceba públicamente; y cualquier que la tuviere, de cualquier estado y condicion que sea, que pierda el quinto de sus bienes fasta en quantia de diez mil maravedís por cada vezada que se la hallaren; y que la dicha pena sea puesta por los alcaldes en poder de un pariente ó dos de la mujer, que sean abonados, que los tengan de manifesto, para que, si ella quisiere casar, y facer vida honesta, que la dicha pena le sea dada per bienes dotales al marido*

que con ella casare, y estén depositados fasta un año; y si quisiere entrar en orden, sea dada la dicha pena, para con que se mantenga en el dicho monesterio: y si no quisiere casar, ni entrar en orden, si se probare vivir honestamente en todo el año, despues que fue quitada del mal estado en que estaba, que le sean dados los dichos maravedís, para que dellos se pueda mantener: pero tornando á vivir vida torpe é inhonesta, que la tercia parte de la dicha pena sea para nuestra cámara, la otra para el que lo acusare, la otra para la justicia que lo sentenciare y executare: y si no hobiere quien acuse, los alcaldes de su oficio, habida informacion, procedan á execucion de la dicha pena, y la apliquen en la manera dicha; y la parte del acusador se aplique á las obras pías que á la justicia paresciere.

Cód. franc.—*Art. 339.* *El marido que tuviere manceba en la casa conyugal, y que fuere convicto de ello á virtud de demanda de la mujer, será castigado con una multa de 100 á 2,000 francos.*

Cód. napol.—*Art. 328.* *El marido que tuviere manceba en la casa conyugal, y que fuere convicto de ello á virtud de demanda de la mujer, será castigado con la prision de segundo á tercer grado.*

Cód. brasil.—*Art. 251.* *El marido que tuviere manceba mantenida y sostenida á sus espensas, será castigado con la pena señalada en el artículo anterior (prision con trabajo de uno á tres años).*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 684.* *El marido de la adúltera, que es el único que puede acusar el adulterio; no podrá hacerlo en ninguno de los casos siguientes:..... Tercero: si tiene manceba dentro de la misma casa en que habite con su mujer.*

Art. 685. *..... Solo la mujer podrá tambien acusarle ó denunciarle (al marido), aunque no sea por via de excepcion, en cualquiera de los otros dos casos (2.º y 3.º) del artículo precedente; y el marido convencido de alguno de ellos, sufrirá un arresto de dos á ocho meses, sin perjuicio de reparar el daño. La manceba que el marido tenga dentro de la misma casa en que habite con su mujer, será desterrada del pueblo y veinte leguas en contorno.*

COMENTARIO.

1. Hemos dicho ya que la falta del hombre casado no es legalmente adulterio; pero es sin duda una acción vituperable y mala á los ojos del buen sentido, y puede llegar á ser punible á los ojos de la ley. Esto último sucede en dos casos: primero, cuando tiene la manceba dentro de la casa conyugal; segundo, cuando produce escándalo con su amancebamiento.

2. Es justo, era necesario, el principio de la una y de la otra prescripción. La desigualdad á favor de los hombres, racional en los casos comunes, llegaría á convertirse en un desorden espantoso si no tuviese estos correctivos. El tener la manceba en la misma casa en donde se halla la mujer legítima, produciría el más espantoso desarreglo, y podría ser origen de los sucesos más graves. Aun sin llegar á las consecuencias, y sólo por la consideración del hecho propio, pocos serían tan repugnantes á la razón, y tan destructores por sí mismos de la sociedad conyugal, base de la sociedad entera.

3. No nos cabe, pues, duda en el fundamento del artículo. Lo que sí debemos confesar es que su segundo precepto, ó mejor dicho, la segunda condición de las dos que enuncia, es vaga, y por consiguiente peligrosa. El vivir ó no vivir en la propia casa conyugal es un hecho, sobre el que pueden aducirse pruebas directas: el causar ó no causar escándalo con un amancebamiento, es cosa de apreciación moral, en la que caben disidencias aun de buena fé, y mucho más contradicciones interesadas. Hay dos peligros en inquirirlo: uno, que se suponga escándalo, ó por error ó por malevolencia, cuando no le hay: otro, que se suponga no haberle, cuando en efecto le hubo, también por error, ó por deseo de favorecer al acusado. Peligros de esta clase no son temibles cuando el delito consiste en un hecho; pero lo son en gran manera, cuando consiste como aquí en una calificación de hecho, en un conjunto de pequeñas circunstancias.

4. Queda, pues, una inmensa facultad en manos de los tribunales, para resolver sobre el caso á que vamos aludiendo; y lo que es más, el Comentario mismo no puede adelantar sobre lo que adelanta la ley, ni dar regla alguna en explicación del principio por esta proclamado. No podemos hacer otra cosa que recomendar la prudencia y la moderación, y pedir á los que hayan de aplicarle que consideren bien las pruebas que les fueren presentadas, y que desconfíen de las que no recaigan sobre hechos, como fundamento del escándalo que se asegura.

5. Por lo demás, las penas de prisión correccional y destierro nos parecen á propósito, y ciertamente proporcionadas para esta clase de delitos; y la aplicación de los artículos 350 y 351 al caso ó á los casos del actual, llena de razón y de justicia.

CAPÍTULO SEGUNDO.

VIOLACION.

1. La violación es algo más que un atentado contra la honestidad; es un atentado contra las personas. Casi puede decirse que pertenece al género de las lesiones. Tanto es este carácter lo que realmente la distingue, que, como veremos después, no se considera para castigarla el estado de la mujer sobre que recae; que lo mismo se pena al que viola una casada, que á una soltera, que á una virgen. El empleo de la fuerza es aquí lo distintivo, lo importante. Así es que siendo, ó pudiendo ser, bajo el aspecto de la honestidad, menor delito que el adulterio, lo es sin duda mayor bajo sus aspectos todos, y reclama castigos más severos y ejemplares. El adulterio es un delito de refinamiento; la violación lo es de bárbarie. La grosería, la brutalidad es lo que lo caracteriza.

Artículo 363.

«La violación de una mujer será castigada con la pena de cadena temporal.

»Se comete violación, yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:

»1.º Cuando se usa de fuerza ó intimidación.

»2.º Cuando la mujer se halle privada de razón ó de sentido por cualquier causa.

»3.º Cuando sea menor de doce años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores.»

CONCORDANCIAS.

Cód. repet. prael.—Lib. IX, tit. 9, L. 7.—*Propter violatam virginem adultam qui postea maritus esse coepit, accusator justus non est, et ideo jure mariti crimen exercere non potest nisi puella violata sponsa ejus fuerat. Sed si ipsa injurias suas adsistentibus curatoribus, per*