

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*

quos etiam negotia ejus gerenda sunt, persequatur; praeses provinciae pro debita tanto delicto, si probetur, severitate examinabit.

Fuero Juzgo.—Ley 14, tít. 5, lib. III.—*Si algun omne fiziere por fuerza fornicio ó adulterio con la muier libre: si el omne es libre recibia C azotes, é sea dado por siervo á la muier que fizo fuerza: é si es siervo, sea quemado en fuego. Hy el omne libre que por mal fecho fuere metido en poder de la muier, en ningun tiempo no pueda casar con ella. E si por aventura ella se casar con él en alguna manera, pues quel recibiere por siervo, por pena deste fecho sea sierva con todas sus cosas de los herederos mas propinquos.*

Partidas.—Ley 3, tít. 20, P. VII.—*Robando algun ome alguna muier viuda de buena fama, ó vírgen, ó casada, ó religiosa, ó yaziendo con alguna dellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, deve morir por ende: é demás deven ser todos sus bienes de la muger que así oviesse robada ó forzada. Fuera ende, si despues desso ella de su grado cassase con el que lo robó, ó forzó, non habiendo otro marido. Ca estonce los bienes del forzador deven ser del padre, é de la madre de la muger forzada, si ellos non consintiessen en la fuerza, ni en el casamiento. Ca, si probado les fuese que avian consentido en ello, estonce deven ser todos los bienes del forzador de la cámara del rey. Pero destos bienes deven ser sacadas las dotes, é las arras de la muger del que fizo la fuerza. E otrosi los debdos que avian fecho fasta aquel dia, en que fué dado juicio contra él. E si la muger que oviesse seydo robada, ó forzada, fuesse monja ó religiosa, estonce todos los bienes del forzador deven ser del monesterio donde la sacó.... E la pena que diximos de suso, que deve aver el que forzasse alguna de las mugeres sobredichas, essa misma deven aver los que le ayudaron á sabiendas á robarla ó á forzarla: mas si alguno forzasse alguna muger otra, que non fuesse ninguna destas sobredichas, deve aver pena por ende, segun alvedrio del judgador; cantando quien es aquel que fizo la fuerza, é la muger que forzó, é el tiempo, é el lugar en que lo fizo.*

Cód. franc.—Art. 332, reformado en 1832. *Si el crimen (de violacion) se cometiere en la persona de un menor de quince años cumplidos, será castigado con la pena de trabajos forzados temporales.*

Cód. aust.—Art. 110. *El que por medio de amenazas, violencias ó artificios empleados para privar de razon, pusiese á una mujer en estado de no poder resistir á sus pasiones lascivas, y la violare en ese estado, comete el delito de violacion.*

Art. 111. *La pena de este delito es la prision dura de cinco á diez años, que podrá extenderse hasta á veinte, si la violencia hubiere puesto en peligro la salud ó la vida de la persona ofendida.*

Art. 112. *Todo conato de violacion contra una persona menor de catorce años, será considerado como la violacion misma.*

Cód. napol.—Art. 333. *La violacion consumada en persona de uno ú otro sexo, será castigada con la pena de reclusion.*

Art. 334. *La violacion frustrada lo será con la prision de tercer grado.*

Art. 335. *La tentativa de violacion y cualquier otro atentado violento contra el pudor, será castigado con la prision del primero al segundo grado.*

Art. 339. *La violacion y cualquier otro atentado contra el pudor, se reputarán siempre cometidos con violencia.—1.º Si la persona ofendida es menor de doce años cumplidos.—2.º Si por algun artificio ó por cualquiera otra causa se hallaba privada de razon.—3.º Si se cometiere el delito por profesores, directores ó tutores respecto de menores de diez y seis años puestos bajo su guarda ó direccion.—4.º.....*

Art. 340. *Los crímenes previstos por los artículos anteriores, ya se hubieren consumado, ya se hubieren frustrado, ó ya hubieren quedado en los límites de una tentativa, serán castigados con las penas superiores en un grado á las que respectivamente quedan señaladas, si el culpable se hubiere precalido de su carácter de empleado público, si fuere criado asalariado de las personas ofendidas, ó si se hallare comprendido en alguno de los casos 3.º y 4.º del artículo anterior.*

Art. 341. *Tambien lo serán con las penas superiores en grado, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:—1.º Si el reo se hubiere hecho auxiliar, para la ejecucion del crimen, por una ó muchas personas.—2.º Si hubiere hecho uso de armas.—3.º Si la persona violentada ú otra cualquiera que hubiese acudido á su auxilio hubiere sido herida ó maltratada, aun cuando las heridas ó lesiones no tengan los caracteres de homicidio frustrado ni de tentativa de homicidio.*

Art. 342. *Los crímenes previstos por los artículos precedentes, ya se hubieren consumado ó frustrado, ó ya quedaren en los límites de tentativa, serán castigados con la pena de cadena de cuarto grado, cuando las lesiones ó heridas mencionadas en los números 2 y 3 del artículo anterior tuvieren el carácter de homicidio frustrado, ó de tentativa de homicidio. Si el homicidio se hubiere consumado, se impondrá la pena de muerte.*

Art. 343. *Los crímenes previstos por los artículos 333 al 336 cometidos en la persona de una mujer pública, serán castigados con las penas inferiores de uno á dos grados á las que quedan señaladas.*

Cód. brasil.—Art. 219. *Desflorar á una virgen menor de diez y siete años.—Penas. El destierro del distrito en que resida la desflorada por uno á tres años, y dotarla.—Si despues se casaren, no se impondrá pena alguna.*

Art. 220. *Si el reo tuviere bajo su poder ó custodia á la desflorada.—Penas. El destierro de la provincia en que aquella resida por dos á seis años, y dotarla.*

Art. 222. *Tener acceso carnal; valiéndose de violencias ó amenazas, con una mujer honesta.—Penas. La prision de tres á doce años, y dotar á la ofendida.—Si esta fuere una prostituta.—Pena. La prision de un mes á dos años.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 668. *El que sorprendiendo de cualquier otro modo á una persona, y forzándola con igual violencia ó amenazas, ó intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena del raptor, y ocho años más de obras públicas, con igual destierro si consumare el abuso.*

Art. 669. *Si fuere casada la mujer contra quien se cometa la fuerza en cualquier caso de los artículos 664, 666 (rapto) y 668, ó el engaño de que trata el 665, sufrirá el reo dos años más de obras públicas, y el destierro en su caso durará tambien mientras viva el marido.*

Art. 670. *En todos los casos de dichos cuatro artículos, si se cometiére el delito, contra mujer pública conocida como tal, se reducirá la pena á la mitad.*

Art. 671. *El que abusare deshonestamente de niño ó niña que no haya cumplido la edad de la pubertad, será tenido por forzador en cualquier caso, y sufrirá la pena de diez á veinte años de obras públicas, con destierro perpétuo del pueblo en que more el ofendido y veinte leguas en contorno. Si del abuso resultare al niño ó niña una lesion, ó enfermedad que pase de treinta dias, se impondrán al reo cuatro años más de obras públicas. Si la enfermedad ó lesion fuere de por vida, sufrirá el reo diez años de obras públicas, y despues será deportado.*

Art. 673. *El que cometa cualquier otro ultraje público contra el pudor de una persona, sorprendiéndola ó violentándola, sufrirá una reclusion de cuatro meses á un año, y dos más de destierro del lugar en que habite la persona ultrajada y diez leguas en contorno. Si fuere mujer*

pública conocida por tal la ofendida, sufrirá el reo un arresto de uno á seis meses.

Art. 686. *El que abuse deshonestamente de una mujer casada ó desposada, haciéndole creer sinceramente, por medio de algun engaño ó ficcion bastante para ello, que es su marido ó su esposo legitimo, sufrirá la pena de cuatro á ocho años de obras públicas, y despues la de destierro del pueblo y veinte leguas en contorno por el tiempo que vivan en él la mujer y su marido ó su esposo. Este delito no podrá ser acusado sino por la misma mujer, ó por su esposo ó marido, y por muerte de una y otros por los herederos de cualquiera de ellos. Si resultare connivencia de la mujer con el reo, se tratará el caso como de simple adulterio.*

Art. 687. *El que abuse del mismo modo de una mujer casada contra la voluntad de ésta, privándola previamente para ello del uso de su razon con licores fuertes ú otras confecciones ó medios que produzcan el mismo efecto, ó aprovechándose de la ocasion en que ella esté sin sentido por algun accidente fisico ú otra enfermedad ú ocurrencia, sufrirá igual pena que la prescrita en el artículo precedente; no pudiendo ser acusado sino por la mujer ó por su marido. El que cometa este propio delito contra cualquiera otra persona que no sea mujer pública, conocida como tal, sufrirá una reclusion de cuatro á ocho años, con igual destierro mientras viva el ofendido.*

COMENTARIO.

1. Tambien este artículo, como decíamos hablando del 358, contiene dos partes; la definicion y la pena de la violacion.

2. La violacion puede verificarse de varios modos. Primero; empleando la fuerza ó la intimidacion. Atando, sujetando, derribando; ó bien valiéndose de un arma, ó de una amenaza de tal género, que postre á la persona á quien se acomete. Este es el medio que ha dado su nombre al delito: este es el que lo caracteriza.—Segundo; privando de razon ó de sentido á una mujer, para que no oponga resistencia, ó bien aprovechando ese estado en que se encuentre, y abusando en él de su persona. La vileza y la cobardía de este medio hace el caso no ménos infame ni punible que el anterior.—Tercero; cuando la mujer, la víctima, es menor de doce años cumplidos, cualesquiera que sean las circunstancias con que se cometa el atentado. La ley ha querido rodear de esta garantía la sencillez y la inocencia: ella ha visto un mónstruo de bárbara lujuria en el que profana de ese modo lo que, por todo género de razones humanas y divinas, debia serle respetable.

3. Hé aquí, pues, los tres casos en que hay violacion. El Código ha querido distinguirlos de los de seduccion, como que las penas no pueden

ser idénticas. Así en los dos primeros, exige, no el concurso, sino por el contrario la resistencia ó la imposibilidad de resistir en la mujer. Sólo en el tercero se separa de este principio; pero es en favor de la edad infantil, para la que estima que la seducción y la fuerza son equivalentes.

4. Siempre, pues, que se proceda por causa de violacion contra cualquiera persona, será necesario justificar alguno de los tres casos. La violacion misma no se presume; la fuerza no es el principio comun de los actos entre hombre y mujer; lo es el consentimiento. Sólo pruebas terminantes, indicios de un valor robusto, pueden persuadir de lo contrario; ó bien esa circunstancia que hemos señalado de la edad, la cual constituye por sí una completa presuncion de derecho.

5. En este punto de que vamos tratando se pueden suscitar algunas cuestiones. Primera: ¿es posible la fuerza? ¿Es posible obtener con ella lo que no quiera otorgarse por una mujer?—Ciertamente, los casos no serán tan comunes como se pretenda: pero la ley los reconoce, y puede ocurrir de seguro. No es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada, y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos. La ley no exige tanto. Sobre todo, al igualar con la violencia física la intimidacion, ha dado bien clara á entender la idéa que la dirige. No debia buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores colosos de fuerza ó de poder. En resultando que la resistencia fué verdadera, y que se emplearon medios materiales capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrentar á una persona comun, la violacion está justificada.

6. Segunda cuestion. En la intimidacion de que habla el artículo ¿se comprende tambien la moral, ó únicamente la física? ¿La del que lleva un puñal ó una pistola tan sólo, ó tambien la del que amaga con causar un gran perjuicio á la fama, á la reputacion, á los intereses, á la familia, de la mujer que trata de conseguir? Indudablemente se comprende la una y la otra hipótesis. Aun hay momentos, aun se encuentran personas, en los que, ó para las que es más imponente la coaccion moral que la física. Lucrecia no se entregó á Tarquino cuando amenazaba matarla; y se entregó, sí, cuando la conminó con dejar á su lado un esclavo muerto, y hacer creer que los habia sorprendido en tan infame crimen.

7. Por lo demás, la intimidacion moral, como la fuerza física, deben ser de las que caigan en personas comunes, sino en varones constantes. Un miedo ridículo, la fuerza intentada por un niño de catorce años, no justificarán de seguro la violacion: cualquier mujer que los alegare como prueba de ésta, dará á entender que sólo buscaba un pretexto para disfrazar su debilidad ó satisfacer su apetito.

8. Si comete violacion el hombre que abusa de una mujer privada de sus sentidos ¿la cometerá tambien el que abusare de una mujer muerta?—Los principios que hemos explicado en este libro responderán por nosotros. Aquí no habrá el crimen de violacion efectiva, pero podrá haber ese crimen frustrado, si de hecho se pretendió y se pensó cometer. En otro caso, sabiendo el autor que de hecho estaba muerta la mujer que

queria gozar, seguro es que no podrá decirse que la violara. Habrá un gran pecado en su conducta: pero no habrá el delito de que estamos tratando. El que tendremos es el del art. 138.

9. La pena de la violacion es la cadena temporal. La ley la señala sin distincion alguna, no sólo para los tres casos por los cuales define este género de delito, sino aun en cualesquiera circunstancias que sean las de la mujer violada.

10. Sin embargo, en este particular nos hubiera parecido oportuno que la ley se detuviese un instante, y hubiese distinguido hipótesis verdaderamente diversas, que indica como tales la razon, y que señalan con más ó ménos perfeccion otros Códigos.

11. La violacion puede hacerse en una mujer casada, en una mujer soltera ó viuda, en una doncella, en una mujer pública. ¿No deberia haber alguna diferencia en los castigos, segun los intereses, los derechos los respetos que se hirieran? Conservando la cadena temporal para los casos más graves, si parecia oportuno usar de todo este rigor ¿no seria conveniente descender á las penas de presidio para algunos casos, y sobre todo para el último que hemos propuesto? ¿Debe la ley garantizar del mismo modo contra esos brutales arrebatos á una prostituta que á una virgen, á la que vive con completa holgura que á la que educa sus hijos en el hogar doméstico?

12. Digámoslo sin temor. Este artículo de la ley es escaso, y al mismo tiempo severo en demasia. Sus autores no pensaron bien todo lo que preceptuaban. No debian haber hecho un delito solo de las acciones que comprende, ni haber dictado para ellas una pena única. La amplitud, la extension de la cadena temporal no es bastante, ni satisface á la razon. Aun en sus términos menores es gravísima, para alguno de los casos que hemos indicado como posibles.

Artículo 364.

«Serán castigados con la pena de arresto mayor á prision correccional y reprehension pública, los que de cualquier modo ofendieren el pudor ó las buenas costumbres con hechos de grave escándalo ó trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código.

»En caso de reincidencia, con la prision correccional á prision menor y reprehension pública.»

COMENTARIO.

1. Este artículo es añadido por la reforma. Quizá hacia falta, porque en materia de atentados contra el pudor no puede preverse específicamente todo, y es útil alguna declaración y sanción genérica. Pero quizá también no era éste el sitio más apropiado, en un capítulo de *violación*: y asimismo se nos figura que para una previsión supletoria y tan general, la pena es demasiado fuerte. Verdad es que se dice que hayan de ser hechos de *grave escándalo y trascendencia*, lo cual modifica y mejora un triste *de cualquier modo*, que sin esa corrección sería deplorable por lo vago.

2. La verdad es que estos hechos forman una escala, cuyos primeros pasos no pueden ser sino faltas, y los últimos y mayores son en realidad delitos. Por eso hubiéramos querido más amplitud penal, y comenzando desde más abajo que donde se comienza.

Artículo 365.

«El que abusare deshonestamente de persona de uno ú otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior (1), será castigado según la gravedad del hecho con la pena de prisión correccional á prisión menor.»

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—Art. 331, reformado. *El que cometa el crimen de violación ó se haga reo de cualquier otro atentado al pudor, consumado ó intentado con violencia, contra personas de uno ú otro sexo, será castigado con la pena de reclusión.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 688. *El que abuse deshonestamente de una muger no ramera conocida como tal, engañándola real y efectivamente*

(1) Debe decir en el art. 363.

por medio de un matrimonio fingido y celebrado con las apariencias de verdadero, sufrirá la pena de ocho á doce años de obras públicas, con igual destierro mientras viva la ofendida. Si la engañada fuere muger pública, conocida como tal, sufrirá el reo de matrimonio fingido tres á seis años de obras públicas, y cuatro más de destierro del pueblo donde cometiere el delito.

Art. 689. *El que abuse de una muger, engañándola por medio de casamiento que celebre con ella mientras se halle casado con otra, ó siendo de orden sacro ó regular profeso, sufrirá además de la pena de bigamo, según el capítulo tercero, título sétimo de la primera parte, el resarcimiento de perjuicios, y dos años más de obras públicas, como esturador aleoso, siempre que la muger haya sido efectivamente engañada, y no sea ramera conocida como tal.*

(Véanse además las Concordancias del artículo anterior.)

COMENTARIO.

1. El artículo 363 habla de las fuerzas ó violaciones que se consuman yaciendo el violador con la violada; éste habla de los mismos géneros de violencia, pero sin esa consumación completa: abusando deshonestamente de persona de uno ú otro sexo. Comprende, pues, al hombre que abusa de una mujer, pero que no yace con ella; al que abusa de otro hombre; y por último á la mujer que también abusa de este último. Todo ello se encierra, para todo ello se dispone castigo en este artículo de nuestro Código.

2. La vaguedad que se nota en él y la gran amplitud de las penas empleadas son consecuencias forzosas de la naturaleza de los delitos á que se contrae. Definida con precisión y exactitud la violación verdadera, haciase necesario decir y establecer algo contra esas violaciones bastardas que el refinamiento de las costumbres suele traer consigo, todavía más en los pueblos cultos que en los bárbaros é ignorantes. Mas en esto no podía haber la misma fijeza: en esto no podía ménos de haber una extensión, de que la prudencia de los tribunales se valdrá oportunamente.