

CAPÍTULO QUINTO.

DISPOSICIONES COMUNES Á LOS TRES CAPÍTULOS PRECEDENTES.

1. Los tres capítulos precedentes tratan según sus epígrafes del adulterio, de la violación y del rapto; y si recordamos con toda minuciosidad sus artículos, hallaremos que se ocupan también del amancebamiento del hombre casado, cuando es punible, del incesto en los grados en que también lo es, del lenocinio cualificado, y aun de todo abuso deshonesto sobre el cual pueda extenderse la ley. Comprenden, pues, la totalidad de los delitos contra las costumbres. Fuera de ellos, no hay ningunos otros.

3. Concíbese, pues, perfectamente que, habiendo dicho en cada uno de sus artículos lo que le era particular, atendido su caso, queden todavía por indicar algunas resoluciones comunes, que los comprenda todos, y sin las cuales no se acabaría de explicar y entender esta materia. Hé aquí el objeto del presente capítulo, al que sin duda hay que volver la vista desde cada uno de los anteriores.

Artículo 371.

«No puede procederse por causa de estupro, sino á instancia de la agraviada, ó de su tutor, padres ó abuelos.

»Para proceder en las causas de violación, y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia.

»Si la persona agraviada careciese por su edad ó estado moral de personalidad para estar en el juicio, y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor ó curador que denuncien, podrán verificarlo el procurador síndico ó el fiscal por fama pública.

»En todos los casos del presente artículo, el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida, cesando el procedimiento en cualquier estado de él en que lo verifique.»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—Ley 2, tit. 18, P. VII.—*Al que yoguiesse con su parienta, ó con su cuñada, puede acusar cada ome del pueblo, fasta quel tiempo, que diximos que puede ser acusado de adulterio el que lo fiziere.*

Ley 2, tit. 19.—*Aquellos, que diximos en el título ante deste que pueden acusar á los que fizieren pecado de incesto, en aquella manera misma, é fasta aquel tiempo.... pueden acusar á los que fazen pecado de luxuria con muger de orden, ó con biuda que bive honestamente, ó con muger virgen assi como de suso diximos....*

Ley 2, tit. 20.—*En razon de fuerza que fuesse fecha contra alguna de las mugeres sobredichas (virgen, casada, religiosa ó viuda honesta), pueden fazer acusacion los parientes della. E si ellos non la quisieren fazer, puedela fazer cada uno del pueblo, ante el judgador del lugar do fue fecha la fuerza, ó ante aquel que ha poderio de apremiar al acusado: é pueden acusar á todos aquellos que fizieron la fuerza, é aun á los ayudadores dellos.*

Cód. franc.—Art. 357. *En el caso de que el raptor se casare con la robada, no podrá ser procesado sino á instancia de las personas que según el código civil tienen derecho para pedir la nulidad del matrimonio; ni sentenciado hasta que haya sido declarada aquella nulidad.*

Cód. aust.—Segunda parte.—Art. 250. *No podrá instruirse proceso ni imponerse pena por estas infracciones (seducción de menores) sino á instancia de los padres, cónyuges ó tutores.*

Cód. napol.—Art. 338. *Si el raptor se hubiere casado con la robada, no podrá ser procesado sino á instancia de las personas cuyo consentimiento era necesario para contraer matrimonio con arreglo á las leyes civiles; ni castigado sino después de haberse declarado que el matrimonio no producirá sus efectos civiles, según se previene en el mismo código.*

Cód. brasil.—Art. 225. *No habrá lugar á la aplicación de las penas señaladas en los tres artículos anteriores (violacion, ofensas con miras deshonestas y seducción), cuando los culpables se casaren con las personas ofendidas.*

Art. 228. *En ninguno de estos casos (rapto) habrá lugar á la imposición de pena, cuando los ofensores se casaren con las ofendidas.*

COMENTARIO.

I.

1. El presente artículo no se publicó desde luego tal como le tenemos ahora. La edicion oficial del Código ha sido enmendada en esta parte por el Gobierno. La primitiva letra fué solo como á continuacion copiamos: «Los reos de violacion, estupro, ó rapto ejecutado con miras deshonestas, no podrán ser penados sino á instancia de la parte agraviada.—El ofensor quedará relevado de la pena impuesta casándose con la ofendida.»

2. Como se ve por la comparacion de los dos textos, las ideas capitales, generadoras, de una y otra disposicion son siempre las mismas. Hánse querido évitár dificultades, satisfacer inconvenientes, distinguir puntos que no lo parecian bien desde luego; y es lo que ha motivado la enmienda, y producido la nueva redaccion, que es de la que principalmente debemos ocuparnos.

3. Ya para los casos de adulterio, en la mujer, de amancebamiento punible, en el hombre, se habia establecido (artículos 359, 362) que solo el cónyuge agraviado pudiese deducir las oportunas querellas. Ni podian éstas proponerse por otras personas; ni tampoco se podia prescindir de su existencia, procediendo los juzgados de oficio ó á solicitud fiscal. Esa especial sustanciacion era un principio en los delitos de que se trataba.

4. Pues bien: este artículo se dispone algo semejante para los delitos de estupro, de violacion, y de rapto. En el de estupro es menester que se proceda por querella (á instancia) de la agraviada, ó de su tutor, padres ó abuelos. Ninguna otra persona es admisible. Esas que lo son, es menester que insten, que acusen, que se querellen. No basta que denuncien, que den noticia. La ley exige más, usando de una palabra mas enérgica. Y no es por descuido ni por equivocacion, pues la de *denuncia* la emplea en otro caso, en el párrafo siguiente del artículo. No ha querido, pues, usarla aquí: ha usado la que se proponia usar: no podemos entender sino lo que está escrito. En el estupro ha de haber acusacion de la estuprada, de sus padres, de sus abuelos ó de su tutor.

5. ¿Qué diremos en el caso del estupro de una niña menor de doce años?

6. Semejante estupro se estima violacion (art. 363); y por consiguiente

ha de regularse por lo establecido para ella. No habla por consiguiente de ese caso el párrafo en que nos ocupamos ahora; el primero de este art. 371.

7. ¿Qué diremos del estupro de la descendiente ó de la hermana? ¿Exigiremos tambien para castigar este incesto la acusacion, la querrela de la propia hermana ó de la hija, contra su hermano ó contra su padre?

8. La ley no hace indicacion alguna sobre este punto. La ley no incluye sino la regla general que hemos mencionado ántes. Los Sres. Vizmanos y Alvarez no proponen la dificultad. Los Sres. Zúñiga y Castro no la proponen tampoco. A nosotros sin embargo nos parece grave. ¿Ha de obligarse á la hija á *acusar* al padre, á la hermana á *acusar* al hermano, para que se pueda proceder contra semejante incestuoso estupro? ¿No bastaria la *denuncia* en un caso en que es tan odiosa la acusacion?

9. Creemos por lo ménos que si se llegase á verificar esta hipótesis, los tribunales representarian al Gobierno, y que este tendria que esclarecer las dudas dictando, ú obteniendo de las Córtes alguna resolucion en el sentido que indicamos.

10. ¿Qué diremos, por último, respecto al crimen de lenocinio, de que habla el art. 367? ¿Se inferirá, de estar él comprendido en el capítulo del estupro, que no puede procederse á su encausamiento y castigo sino por querrela de alguna jóven, que de sus resultas haya sido estuprada, ó de sus padres ó tutores? No podemos creerlo. Este delito, aunque señalado aquí bajo la rúbrica del estupro, no es estupro seguramente, ni está enlazado con él de una manera insoluble. Quien le comete, se hace reo de su especial naturaleza; y respecto á ésta, á su persecucion, que es á ella consiguiente, no tenemos limitacion alguna. Puede procederse á instancia de algun interesado; puede procederse de oficio, y á solicitud del ministerio fiscal. El delito no afecta sólo á determinadas personas: la causa pública se interesa en su persecucion, sin esas limitaciones de que nos ocupamos en este Comentario.

II.

1. Vengamos ahora al párrafo segundo: al encausamiento por violacion, y por rapto ejecutado con miras deshonestas. Para este encausamiento dice la ley que bastará la *denuncia* de la persona interesada, ó de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no deduzcan instancia formal. Se ha reformado, pues, en esta parte lo que disponia el primitivo texto: no se ha menester el requisito que por él se estableció como esencial é indeclinable.

2. Pero, ¿qué se entiende por esta palabra *denuncia*? ¿Dónde, cuándo, ante quién han de hacerla las personas de que habla el párrafo del artículo?

3. Esta denuncia es, y no puede ménos de ser, la hecha ante los funcionarios judiciales; ante el juez de primera instancia, ante el alcalde que puede instruir un sumario, ante el promotor fiscal, encargado de la per-

secucion de los delitos. Tales son las personas á propósito para recibir esas denuncias. Si no fueren de ese género, si sólo fueren conversaciones extra-oficiales, ciertamente no podrán surtir efecto alguno; porque aquellos que las oigan no estarán autorizados para llevarlas de un modo válido al terreno de la justicia.

4. Practicada que haya sido una denuncia de este género, y formada causa en su consecuencia, deberá ofrecerse ésta, cuando se halle en estado á la parte que denunció, por si quiere hacer uso de su derecho, y acusar al violador ó raptor contra quien se procede. Mas si él rehusa el ejercicio de semejante obra, no por eso flaqueará la accion de la justicia. Esta no puede hacer nada sin la denuncia de quien sea legítima parte; mas puesto ya ese fundamento, nadie puede embarazarla en su camino, ni impedirle que llegue al término que deben tener las actuaciones. El mismo perdon de la parte agraviada no es motivo de sobreseimiento en donde no es necesaria su querella.

III.

1. Tercera parte del artículo. Si la persona agraviada no tuviese personalidad para comparecer en juicio, y careciere de padres, abuelos, hermanos ó tutor que denuncien el delito de que hubiere sido víctima, podrán verificar la denuncia el síndico del pueblo ó el promotor fiscal del juzgado.

2. El caso no es aquí dudoso: se trata de una infeliz huérfana, desvalida, menor de edad, quizá sumida en el abandono y en la miseria. Tal vez no puede material y físicamente quejarse ella propia. La han dejado maltratada de resultas de la violacion. Ha desaparecido aún, segun se asegura públicamente. ¿Habia de consentir el Código que quedara impune un crimen de esta clase, porque su víctima carecia de familia que la cobijase bajo su amparo?

3. Tal inhumanidad, tal injusticia no hubiera sido posible. Si la ley ha limitado el derecho de acusar ó de denunciar estos delitos contra las costumbres á la persona agraviada ó á sus próximos parientes, esto ha tenido por causa evidentes consideraciones morales y de decencia pública, que están al alcance de todo el mundo. Mas en el caso supuesto, ó en casos semejantes, cuando la agraviada no puede, ó difícilmente puede hacerlo por sí, y carece de familia que la proteja ó lleve su voz, no habia más remedio que acudir á los magistrados ó funcionarios, á quienes por la naturaleza de su mision corresponde el patrocinio de tal desvalimiento. El espíritu del párrafo es justo, así como es indispensable. La enmienda que se ha hecho por él al texto primitivo es quizá la mas oportuna y justificada de cuantas comprende el decreto de 21 de Setiembre.

4. No diremos otro tanto de la redaccion. Esta es defectuosa por más de un punto, como vamos á ver en breves razones.

5. Dice el párrafo: «Si la persona agraviada careciese de *hermanos...*» ¿Para qué, decimos nosotros, esta expresion de hermanos, ó más bien,

de su carencia como un motivo de lo que va á disponerse? ¿Tienen por ventura los hermanos facultad para querellarse, ni para denunciar los estupro, raptos ó violaciones cometidos con sus hermanas? Los párrafos precedentes de este mismo artículo nos dicen que no. Luego esa condicion es excusada, es inútil. La jóven que tiene hermanos, y la que no los tiene, se hallan en un caso idéntico: una y otra están, bajo ese punto de vista, igualmente desvalidas. Aquella palabra, pues, es irreflexiva, está de más, es contradictoria.

6. Dice aún el párrafo: —«Si la persona agraviada careciese.... de.... que *denuncien...*» Y ¿por qué no tambien, que se *querellen*? La disposicion de este párrafo ¿recae solamente sobre los delitos de raptor y violacion, ó recae asimismo sobre el de estupro? Para nosotros, esto último es indudable. Esa intervencion, que la ley concede á ciertos funcionarios, va dirigida á suplir la falta de los padres, abuelos ó tutores. Debe, pues, ser permitido á aquellos, todo lo que se faculta á éstos respecto de la jóven menor que de ellos depende. El estupro cualificado, por el cual se puede proceder, entra como la violacion en el círculo de su encargo. Luego si el estupro no se persigue por denuncia, sino por querella (á instancia), claro está que no sólo han de reconocerse facultades para denunciar en los síndicos y promotores, sino tambien para querellarse.

7. Añadamos todavía esta breve observacion. La denuncia es posible, hecha por el síndico de un pueblo, pero no por el fiscal de un juzgado. Un fiscal, bajo este concepto, no puede denunciar: acusa. Denunciaria el que no tuviese personalidad necesaria en los juicios; mas el representante del ministerio público es parte necesariamente en todo negocio criminal en que pueda intervenir. Otra cosa no se concibe: es absurda.

8. Infírese de todo lo que hemos dicho, y tratado de justificar, que la redaccion de este párrafo es imperfecta. Por fortuna, su espíritu y su propósito aparecen tan claros, que no creemos nazcan de aquella falta ningunas verdaderas dificultades.

IV.

1. Tambien nos presenta dificultades el párrafo postrero del artículo que vamos examinando. Segun él, todo ofensor de una jóven por estupro, violacion ó raptor, se liberta y exime de la pena en que hubiese incurrido casándose con la persona agraviada.

2. Primer duda que nos ocurre. Esta expresion *casándose* ¿quiere decir verificando de hecho el matrimonio, ú ofreciéndose á verificarlo, estando pronto á ello, tendiendo su mano á la jóven, aunque ésta no quiera recogerla?—La última hipótesis está sin duda fundada en que el ofensor hace así cuanto estaba de su parte, para el cumplimiento de la condicion que le impone la ley. Si en semejante caso el matrimonio no se verifica por resistencia de la misma jóven, aquel, al ménos, no ha de-

jado de hacer cuanto de él mismo dependía, á fin de borrar el deshonor, la mancha, causados por su delito, ofreciendo una reparacion que la opinion pública y la propia ley estiman como satisfactoria.

3. A nosotros, sin embargo, nos parece más admisible la opinion contraria. Si la jóven no acepta la mano del ofensor, si no quiere perdonarle y borrar lo hecho, entendemos que la ley no le perdona tampoco. Sus palabras exigen esa admision del resarcimiento ofrecido. Su sistema estriba en no perseguir de oficio tales atentados; mas en perseguirlos, sí, á instancia, ó por lo ménos á denuncia de parte. Denunciados ya, puestos legítimamente bajo el poder de la justicia, no pueden, no deben salir de él sino por la avenencia de los intereses que se excluyen. No basta que el uno de ellos se ofrezca á esa reparacion, que es una transaccion, en tanto que el otro no la admite. Ahora bien: la admision, por medio del matrimonio, real, efectivo, es como se verifica. En tanto que no hay más que el ofensor dispuesto á realizarlo, no hay tampoco más que oferta de ese avenimiento.

4. Segunda duda. ¿No podrá ser la disposicion de este párrafo un gérmen de inmoralidad y un recurso contra los derechos concedidos á los padres en la legislacion civil, respectivamente al casamiento de sus hijas?

5. Pongamos un ejemplo. El jóven A quiere obtener por esposa á la jóven B, cuyos padres no se prestan al matrimonio por legítimas causas. Para forzarlos, A la roba; y cuando se procede á encausarle, ofrece su mano, con lo cual quedará exento de pena, y habrá obtenido lo que no lograba por otros medios.

6. Hé aquí una de las razones, que confirman nuestra resolucion de la duda precedente. Hé aquí un motivo más para que la oferta del casamiento no extinga por sí sola estas actuaciones criminales; sino que sea menester la avenencia, la aceptacion de la parte contraria. El padre de la jóven B deberá ser oído en este caso, usando de sus derechos; y la autoridad gubernativa podrá tambien, por su disenso, usar los que le corresponden. Verdad es que la honra de la jóven pesará mucho en la hipótesis á que aludimos, y que difícilmente ni el padre, ni el jefe político, se desentenderán de ella.

7. Si nosotros hubiéramos hecho este artículo, nos habríamos permitido poner de otro modo el párrafo que nos ocupa. El casamiento del ofensor y la agraviada deberian poner fin, segun nuestra creencia, á las causas de estupro; mas en las de raptó y violacion, disminuyendo la pena en que se habia incurrido, no la extinguirian completamente. Hé aquí una circunstancia en que tenemos por sumamente indicado el destierro, y en que lo empleariamos sin inconveniente ni dificultad alguna.

8. Eso haríamos nosotros: la ley ha hecho lo que le ha parecido más oportuno.

Artículo 372.

«Los reos de violacion, estupro ó raptó, serán tambien condenados por via de indemnizacion:

- »1.º A dotar á la ofendida, si fuere soltera ó viuda.
- »2.º A reconocer la prole, si la calidad de su origen no lo impidiere.
- »3.º En todo caso, á mantener la prole.»

CONCORDANCIAS.

Véanse las de los artículos anteriores.

COMENTARIO.

1. La responsabilidad civil, esto es, la indemnizacion del daño causado, es una de las consecuencias de todo delito: así se halla establecido en un capítulo especial en el libro I de nuestro Código. No hace, pues, la ley en el artículo que acaba de copiarse ninguna excepcion particular para los delitos de que tratamos, no hace más que aplicar en él los principios generales á los casos de raptó, violacion ó estupro. Era esto conveniente para evitar dudas, é imprimir á la jurisprudencia el carácter práctico que podía pedirle la razon.

2. Tres géneros de indemnizaciones se establecen ó declaran aqui. Primera: la que consiste en dotar á la mujer ofendida. Segunda: la que lleva consigo el reconocimiento de la prole, caso de haberla. Tercera, en fin: la de alimentar á esa prole misma. Verdaderamente, no creemos que sea posible ninguna otra indemnizacion.

3. La dote tiene lugar cuando la mujer ofendida es soltera ó viuda. Esto se concibe bien. Siendo casada, seria repugnante que se hablase de dinero entre su marido y el ofensor. Quizá podrá ser, quizá será en otras sociedades; nos congratulamos de que en la nuestra no lo sea.

4. ¿Cuál será la cantidad en que podrá consistir la dote? La ley no lo ha dicho. No podía decirlo, porque en este particular no caben ese género de reglas. Los tribunales lo fallarán, teniendo en cuenta sobre todo la clase y circunstancias de la mujer ofendida, pero más aún las del que