

los disparos, ¿serán ambos responsables del delito de duelo, previsto y penado en el núm. 1.º de este artículo?—Indudablemente: y la Sala sentenciadora que, al declararlo así, condena á ambos procesados á seis meses y un día de prisión correccional, tomando en cuenta una circunstancia atenuante, lejos de infringir este art. 446, se ajusta en un todo á su disposición. (Sentencia de 15 de Enero de 1874, publicada en la *Gaceta* de 6 de Abril.)

Art. 447. Se impondrán también las penas generales de este Código y además la inhabilitación absoluta temporal:

1.º Al que provocare ó diere causa á un desafío proponiéndose un interés pecuniario ó un objeto inmoral.

2.º Al combatiente que cometiere la alevosía de faltar á las condiciones concertadas por los padrinos. (Art. 357 del Código penal de 1850.)

Finalmente, tampoco cabe considerar como duelistas, aplicándoles las disposiciones más benignas de este capítulo, á los que, tomando el duelo por pretexto, sólo buscan en él satisfacción de viles y cobardes pasiones. Así, por ejemplo, el que provoca á un desafío á un pariente con objeto de matarle y heredarle, ése no puede ser considerado como un duelista, sino como un vil parricida ó asesino, según los casos. El que da causa á un duelo para matar al marido cuya mujer codicia, se propone un objeto á todas luces inmoral. Tampoco en este caso es aquí, sino en los respectivos capítulos del asesinato ú homicidio, donde hay que buscar la pena correspondiente á ese delito. Por último, el combatiente que falta alevosamente á las condiciones concertadas por los padrinos, ya disparando su arma antes de la señal de comienzo, ya prolongando la lucha después de caído su adversario, etc., tampoco puede ser acreedor á la atenuación de las disposiciones penales que rigen el duelo. Como el anterior, será reo de homicidio, si mata; de lesiones, si hiere, con las circunstancias agravantes de premeditación y alevosía, según los casos.

QUESTION. *Cuando al amenazar unos sujetos á otro con quitarle la vida si no les cedía ciertos terrenos que creían corresponderles, le desafían á la vez repetidamente llamándole cobarde y dirigiéndole otros insultos, á la vez que del delito de amenazas, previsto y penado en el núm. 1.º del artículo 507, ¿serán responsables del de provocación á duelo comprendido en el párrafo primero del 447?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que atendidas las circunstancias y accidentes del caso, la provocación á desafío dirigida por los procesados á Cantos García no es separable del hecho capital de las amenazas, porque en rea-

lidad, más que excitación á formal duelo, fué forma de la intimidación en que aparecen inspirados los actos y palabras de aquéllos, etc.» (Sentencia de 1.º de Octubre de 1883, inserta en las *Gacetas* de 10 y 12 de Diciembre.)

TÍTULO IX

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

CAPÍTULO PRIMERO

Adulterio.

Art. 448. El adulterio será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio. (Artículo 358 del Cód. pen. de 1850.—Arts. 337 y 338, Cód. Fran.—Art. 247, segunda parte, Cód. Austr.—Arts. 326 y 327, Cód. Napolit.—Art. 250, Cód. Brasil.)

Bajo la denominación de delitos *contra la honestidad*, objeto de este título, compréndense todos aquellos actos impúdicos que, á la vez que atentan contra la moral y las buenas costumbres, tienden á perturbar el orden social, relajando los vínculos de familia ú ofendiendo el pudor con hechos de grave escándalo ó transcendencia. Estos delitos son el *adulterio*, la *violación y abusos deshonestos*, los *delitos de escándalo público*, el *estupro y corrupción de menores*, y el *raptó*, cada uno de los cuales es objeto de un capítulo.

El adulterio (de la voz latina *adulterium*, proveniente de *ad alterium thorum vel uterum accessio*) es, sin duda alguna, el más grave de todos los delitos contra la honestidad, pues es el que más grande perturbación causa á la familia, y por ende á la sociedad.

Según el párrafo segundo de este art. 448, cometen adulterio: la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio. Como se ve, sólo la infidelidad de la mujer constituye legalmente adul-

terio; la del marido lo será también en el orden moral y religioso, pero no lo es en el orden penal; en el art. 452 se pena también la infidelidad del marido en ciertos casos y con ciertas condiciones; pero, lo repetimos, no como adulterio, pues que no entra aquella en la definición que de éste nos da el artículo.

CUESTION I. *Si el varón que yace con mujer casada ignorase realmente el estado de ésta, ¿será responsable del delito de adulterio?*—Indudablemente que no: puesto que el delito sólo puede existir mediante la voluntad de realizarlo; y es evidente que si el varón que tuvo ayuntamiento carnal con la mujer casada no sabía que lo fuese, podrá haber cometido quizás otro delito, mas no ciertamente el de adulterio. Existirá el hecho, pero no la voluntad; por lo que habrá que declararle irresponsable en virtud del art. 1.º de este Código y de la disposición de este segundo párrafo del artículo.

CUESTION II. *La mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, ¿serán responsables del delito de adulterio, aun cuando después se declare nulo el matrimonio por falta de consentimiento?*—La ley 81 de Toro, que es la Ley 4.ª, tit 28, lib. 12, Nov. Recop., previene, al igual que la disposición del párrafo segundo de este art. 448, que no sirva de excusa á los adúlteros el decir y aun probar «por algunas cosas y razones que el matrimonio fué ninguno (nulo), ora por ser los contrayentes parientes en consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado, ora porque cualquiera de ellos sea obligado antes á otro matrimonio, ó haya hecho voto de castidad ó de entrar en religión ó por otra cosa alguna, pues ya por ellos no quedó de hacer lo que no debían.» Sin embargo, Gómez, Acevedo, Castillo y otros intérpretes, opinan que si el matrimonio fué nulo por falta de consentimiento, el marido no podrá acusar de adulterio á su mujer. Á pesar de la opinión de tan respetables jurisconsultos, opinamos que, así con arreglo á la ley de Toro antes citada, como con arreglo al art. 448 del Código penal, no puede ser causa eximente del adulterio cometido el que se declare después nulo el matrimonio por dicha falta de consentimiento: 1.º, porque la citada ley excluye como excepción al adulterio absolutamente todas las causas de nulidad del matrimonio, y porque al declarar el expresado artículo del Código persistente el adulterio, aunque después se declare nulo el matrimonio, es claro que con no distinguir de causas de nulidad, las comprende todas; y 2.º, porque realizado el adulterio de la mujer casada antes de declararse la nulidad del matrimonio, es evidente que el marido ha sido lastimado como tal en su derecho y en su honor, y por otra parte, los culpables han consumado á la vez la intención y el acto que constituyen el delito: en una palabra, como dice la ley de Toro, ya por ellos no quedó de hacer lo que no debían.

CUESTION III. *¿Serán punibles la tentativa y el delito frustrado de adulterio?*—Los Sres. Alvarez y Vizmanos, en sus comentarios al art. 349 del Código de 1848, que se refiere al delito de adulterio, dicen «que siendo necesaria la concurrencia del hecho y de la intención para que exista el delito de que se trata, no puede mediar respecto de él tentativa punible ni tampoco delito frustrado.»—El Sr. Pacheco, conviniendo con dichos señores, afirma también «que con respecto á este crimen (adulterio) no son posibles ni el delito frustrado ni la tentativa;» que «cuando no hay la consumación del hecho, no hay nada para la Ley.» No sabemos, á la verdad, en qué pudieron fundar esta su opinión los distinguidos comentaristas á que aludimos. Es cierto que las palabras textuales del artículo se refieren al delito consumado; pero lo mismo sucede con los demás artículos del Código que definen algún delito; todos ellos se refieren al delito consumado, cuando no otra cosa se ordena en contrario; y que así debe entenderse nos lo dice el párrafo segundo del art. 64, que preceptúa que «siempre que la Ley señalare generalmente la pena de un delito, se entenderá que la impone al delito consumado.» Y si con arreglo al principio general y absoluto del art. 3.º son punibles, no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa, no vemos por qué ha de establecerse con respecto al delito de adulterio una excepción que en ningún artículo del Código se consigna. Felizmente el Tribunal Supremo, volviendo por los buenos principios, ha venido á declarar implícitamente que en este delito de adulterio son punibles, como en los demás, la tentativa y el delito frustrado, como tuvimos ocasión de ver en la *Cuestión* del comentario del art. 3.º (tomo I, pág. 40).

CUESTION IV. *¿Cabe complicidad en el delito de adulterio?*—En un proceso de esta naturaleza, del que resultaba que la criada de la casa era la encargada de avisar al adúltero de las ausencias del marido, durante las cuales penetraba aquél en la casa de la adúltera, siendo dicha criada la que vigilaba y les avisaba de la llegada del marido, declaró la Sala sentenciadora cómplice del delito de adulterio á la dicha sirviente, con la circunstancia agravante de abuso de confianza, condenándola á la pena de veinticuatro meses de prisión correccional, con su accesoria y cuarta parte de costas. Mas interpuesto recurso de casación por la procesada contra dicha sentencia, fué ésta casada y anulada por el Tribunal Supremo en la de 3 de Junio de 1874, publicada en la *Gaceta* de 18 de Agosto, fundándose en que las acciones penales por su naturaleza y con arreglo á los principios del derecho nunca deben ampliarse, sino, por el contrario, entenderse y aplicarse siempre de un modo restrictivo; que disponiéndose por el art. 449 del Código que no puede imponerse pena por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido agraviado, no pudiendo éste deducirla sino contra *ambos culpables*, no cabe ampliar

la referida acción, extendiéndola *por motivo de complicidad ni en ningún otro concepto* á cualquiera otra persona, fuera de la de ambos culpables, que son las únicas que la Ley señala como responsables criminalmente del expresado delito, al fijar y establecer la extensión y alcance de la acción penal proveniente del mismo.

CUESTION V. *La ocupación en poder de una mujer casada de varias cartas amorosas firmadas por su amante; el haber sido vistos juntos en diferentes partes, y finalmente el haber sido sorprendidos en una casa pública de citas, donde la procesada reconoció haber estado seis veces con aquél, ¿serán datos é indicios bastantes para convencer á ambos del delito de adulterio?*—Aun cuando los procesados recurrieron contra la sentencia condenatoria de la Sala, alegando que de los hechos expuestos resultaban á lo sumo relaciones ilícitas entre los procesados, relaciones que la Ley no castiga, por más que moralmente sean reprobables, pero no resultaba que hubiesen *yacido* el uno con el otro, acto que es el único constitutivo de adulterio, declaró el Tribunal Supremo *no haber lugar* al recurso interpuesto, fundándose en que los hechos admitidos como probados en la sentencia de la Sala, de las cartas amorosas dirigidas mutuamente entre los procesados, sus citas y entrevistas en diferentes sitios, especialmente en la casa pública de citas, demuestran sin dejar duda, no sólo su trato ilícito, sino *los actos que constituyen adulterio* y son consiguientes á esas relaciones. (Sentencia de 23 de Junio de 1874, publicada en la *Gaceta* de 5 de Septiembre.)

En cuanto á la aplicación de la pena de *prisión correccional en sus grados medio y máximo* señalada al delito, véase el núm. 55 de los *Cuadros sinópticos*.

Art. 449. No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido agraviado.

Éste 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. (Art. 359 del Cód. pen. de 1850.—Art. 336, Cód. Fran.—Arts. 248, 255 y 256, segunda parte, Cód. Austr.—Art. 326, Cód. Napolit.—Arts. 252 y 253, Cód. Brasil.)

La paz y la tranquilidad de las familias y el mismo honor del marido, del que sólo él puede ser el vengador y el árbitro, han inspirado la disposición del primer párrafo de este artículo, que prohíbe que se imponga pena alguna por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido agraviado. Únicamente, pues, cuando éste presente formal querrela de

adulterio, podrá proceder el Juez á la instrucción del correspondiente sumario en averiguación de los hechos denunciados. Á este derecho que tiene el marido de querrellarse de adulterio le impone el segundo párrafo ciertas limitaciones. Consiste la primera en que no puede deducir su querrela sino contra ambos culpables á la vez, si uno y otro vivieren, lo cual tiene por objeto evitar que, so pretexto de adulterio, busque tan sólo el marido la satisfacción de un resentimiento particular, ora contra la adúltera, ora contra el amante de ésta, y evitar asimismo el escándalo que resultaría de quedar castigado un delincuente y el otro libre de toda pena, siendo igual la criminalidad de entrambos. Tampoco puede deducir la querrela el marido *si ha consentido el adulterio*, puesto que en este caso no puede decirse que exista ni engaño ni ofensa: *nullum potest videri injuriam accipere qui semel voluit*.—Con mayor motivo tampoco podrá deducir dicha querrela si hubiese admitido precio ó regalo por el adulterio cometido; si no fuera así, sería un medio para que especulara de nuevo, obligando á los adúlteros á comprarle segunda vez su silencio; si el consentimiento voluntario le inhabilita para querrellarse, el consentimiento venal le hace indigno de ello.—Finalmente, es también un obstáculo á la interposición de la querrela el perdón que anteriormente hubiese otorgado el marido á cualquiera de los adúlteros, toda vez que, como hemos visto más arriba, no puede deducirse aquélla sino contra ambos culpables á la vez.

CUESTION I. *¿Podrá el marido deducir la querrela de adulterio contra su mujer, aun cuando el adulterio de ésta se haya cometido después de estar ambos esposos legalmente divorciados quoad thorum et mutuum habitationem?*—Indudablemente que sí, ya que la facultad que se le concede á él exclusivamente para querrellarse del adulterio de su mujer no tiene más limitaciones que el *consentimiento*, el *perdón* y la *indivisibilidad de la acción* contra ambos culpables, si viven uno y otro.

CUESTION II. *¿Deberá imponerse pena por el delito de adulterio cuando sobreviene la muerte del marido querellante antes de dictarse sentencia?*—La Jurisprudencia francesa ha resuelto la afirmativa en Sentencia de 6 de Junio de 1863, publicada en el *Bull. crim.*, pág. 258. Tal resolución se funda en que en Francia el Ministerio público puede perseguir el delito de adulterio con sólo existir la *denuncia* del marido, aun cuando éste no haya formalizado *querrela* ni mostrádose *parte civil* en el juicio. Véanse los considerandos de dicha Sentencia: «Considerando que si bien sólo al marido le es dado poner en movimiento la acción del Ministerio público, como quiera que el adulterio constituye un delito no sólo contra aquél, sino también contra el orden social, la acción pública, una vez entablada, subsiste sin necesitar el concurso del ofendido, y sin que, por lo tanto, la muerte de éste sea parte á interrumpirla; que la acción en mate-

ria de adulterio sigue la regla general, de la que no se aparta sino en los casos taxativamente determinados por la Ley (desistimiento ó perdón del marido): Considerando que así como la muerte de éste, sobrevinida después de la condena de la mujer, no puede hacer cesar los efectos de esa condena, porque no cabe que el marido muerto vuelva á reunirse con aquélla, así tampoco cabe que la muerte del marido, sobrevinida después de la querrela, ponga obstáculo al seguimiento del juicio, porque con la muerte ya no es posible su desistimiento; y por lo tanto, habiendo denunciado *A* el adulterio de su mujer, no ha infringido la Ley, antes bien se ha ajustado á ella, el Tribunal que no sobresee el proceso, á pesar de haber ocurrido posteriormente el fallecimiento de aquél, etc.»— Por lo que toca á nuestro país, creemos que los Tribunales resolverían la cuestión en sentido contrario al de los Tribunales franceses. Conformes estamos en que si el marido muere después de la sentencia *firme* dictada en causa de adulterio, ya no cabe la remisión de la pena para los adúlteros, pues que el perdón sólo puede concederlo el marido, según el artículo 450; y es evidente que si éste ha muerto, ya no es posible tal remisión. Pero sobreviene la muerte del marido querellante antes de dictarse sentencia *firme*: ¿deberá seguir el Tribunal el procedimiento? No, indudablemente; en lo criminal no cabe procedimiento alguno sin la acción del Ministerio público ó del querellante particular. Ahora bien: por el art. 6.º de la ley provisional de Enjuiciamiento criminal, los funcionarios del Ministerio Fiscal no tienen obligación de ejercitar la acción penal procedente del delito de adulterio, previsto en el art. 448 del Código, cual acción sólo puede ser ejercitada por la persona á quien corresponde, ó sea por el marido. (Véase dicho art. 6.º, con relación al 5.º y al 449 del Código penal) (1). Excluido el Ministerio público del ejercicio de la acción penal proveniente del delito de adulterio, y no pudiendo éste perseguirse sino por querrela del marido ofendido, es obvio que si éste muere durante el curso del procedimiento, en cualquiera de sus instancias, antes de dictarse la sentencia *firme* que pone fin al juicio, dicho procedimiento no puede seguir por falta de acción que le mueva, digámoslo así, y por lo tanto, se estará en el caso previsto en el art. 180 (2) de la citada ley de Enjuiciamiento criminal: deberá suspenderse el procedimiento, y si dentro de los sesenta días siguientes al en que ocurrió la muerte del marido querellante no comparece ninguno de sus herederos á sostener la acción, deberá tenerse por abandonada la querrela y, consiguientemente, sobreseerse el procedimiento sin ulterior trámite.

(1) Iguales disposiciones se consignan en los arts. 104 y 105 de la ley de Enjuiciamiento criminal hoy vigente, de 14 de Septiembre de 1882.

(2) Art. 276 de la ley de Enjuiciamiento criminal hoy vigente.

CUESTION III. *El fallecimiento de la mujer ocurrido antes que se dicte sentencia firme en la causa de adulterio seguida contra ella por querrela del marido, ¿extingue la responsabilidad penal del adúltero?*—La Jurisprudencia francesa ha resuelto la afirmativa en varias decisiones, fundándose en que la acción contra la mujer acusada de adulterio y contra el adúltero es *indivisible*, debiendo seguir la deducida contra este último la misma suerte que la que se dirige contra la mujer, y que, por lo tanto, extinguiéndose la acción penal contra ésta por su fallecimiento, debe también quedar extinguida contra el adúltero. Tal resolución, empero, fué dictada contra el parecer del Ministerio público.—No pudiendo en España el marido agraviado deducir la querrela de adulterio sino contra ambos culpables, *si uno y otro vivieren*, claro es que muerta la mujer podrá deducir el marido la querrela contra el adúltero, ya que sólo viviendo uno y otro es cuando no puede deducirse sino contra ambos culpables á la vez.

CUESTION IV. *Perdonada la ofensa por el marido, ¿podrán los adúlteros alegar esta excepción si después del perdón han continuado en sus relaciones culpables?*—La Jurisprudencia francesa ha resuelto la negativa en Sentencia de 19 de Julio de 1850 (Sir. 50, I, 557), fundándose en que el perdón del marido, que hace ineficaz la querrela de adulterio, se halla necesariamente subordinado á la condición de que la mujer no ha de perder su derecho al perdón por la continuación de sus culpas; y que, por lo tanto, cuando comete actos de adulterio posteriores al perdón que por otros anteriores le otorgara el marido, recobra éste de lleno el derecho de querrellarse contra ambos adúlteros por dichos actos posteriores.

CUESTION V. *Deducida por un marido querrela criminal por adulterio contra su mujer y contra el adúltero, ¿será obstáculo la ausencia y rebeldía de éste á que se imponga á la primera la pena correspondiente á dicho delito de que resulte culpable?*—La Sala que hubo de conocer del hecho declaró que éste constituía el delito de *adulterio*, del que eran responsables como autores los procesados, con la circunstancia agravante de la reincidencia; y por la rebeldía del adúltero, á la par que suspendió el procedimiento contra el mismo, condenó á la adúltera á la pena de cinco años de prisión correccional, accesorias y mitad de costas. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la procesada, citando como infringido el párrafo segundo del art. 449 que comentamos, porque en su sentir debió decretarse el sobreseimiento provisional respecto de la recurrente en vista de la rebeldía del supuesto coautor, porque si éste compareciese y probase su ninguna participación en el delito perseguido, tendría que absolversele, dándose el caso de existir una causa de adulterio en la que sólo resultaría uno de los autores. Mas el Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al recurso interpuesto, y, por consiguiente, mantuvo la pena impues-