

ta á la recurrente, fundándose en que el art. 449 del Código penal, citado como único fundamento del recurso, prescribe terminantemente que la acción del adulterio sólo es dado ejercitarla al marido agraviado, quien la ha de entablar precisamente contra ambos culpables, circunstancias que concurrieron en la querrela. origen del procedimiento, por lo que era evidente que se hallaba destituido de todo apoyo legal el recurso interpuesto. (Sentencia de 16 de Enero de 1875, publicada en la *Gaceta* de 30 de Marzo.)

CUESTION VI. *Aun cuando el marido haya continuado viviendo con su mujer y acompañádola al paseo público y al teatro desde la fecha del adulterio hasta veintitantos días después, en que aquélla fué reducida á prisión preventiva en virtud de la querrela de adulterio contra la misma interpuesta, ¿deberá inferirse de esos actos del marido el consentimiento de la infidelidad de su mujer y el perdón de la ofensa recibida?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que por los hechos de continuar la procesada en la habitación de su marido, acompañarla éste en los paseos y teatros después de haber sido sorprendida con el....., no se infiere el consentimiento de su infidelidad ni el perdón, y menos en el caso presente, cuando ha formalizado querrela y continuado siendo parte en la causa, para la imposición de pena, etc.» (Sentencia de 23 de Junio de 1874, inserta en la *Gaceta* de 5 de Septiembre.)

CUESTION VII. *¿Podrá alegarse válidamente en casación la caducidad de la querrela de adulterio, y por ende de la acción, si aun cuando el Juez, por no haber cumplido el querellante lo dispuesto en el art. 275 de la ley de Enjuiciamiento criminal, lo declaró decaído de su derecho y por abandonada la acción, reformó este acuerdo á petición del propio acusador privado por otro auto que no fué reclamado por persona alguna?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que la querrela formulada por..... no fué legalmente abandonada de manera que caducara por ello su derecho á accionar, porque si bien lo declaró el Juez instructor en auto de 20 de Abril, este auto, exclusivo fundamento de hecho del recurso en esta parte, quedó sin efecto, y por tanto, sin transcendencia ninguna por el de 27 de Mayo siguiente, que no fué á su vez objeto de reclamación y determinó por lo mismo un estado procesal al presente inalterable.» (Sentencia de 13 de Julio de 1886, publicada en la *Gaceta* de 16 de Septiembre, pág. 295.)

Art. 450. El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte.

En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero. (Art. 360 del Cód. pen. de 1850.—Art. 337, Cód.

Fran.—Art. 248, segunda parte, Cód. Austr.—Arts. 329 y 330, Cód. Napolit.)

Desde el momento en que el legislador no considera el adulterio como delito público, sino simplemente como *privado*, era natural y lógico que el perdón del marido, después de la condena, pudiera extinguir la responsabilidad penal en que incurriera su consorte; además, al otorgar al marido el derecho de perdonar, cabe la esperanza de que la gratitud estreche los lazos del amor entre ambos esposos. Finalmente, el perdón concedido por el marido á su consorte lo hace extensivo también el artículo al adúltero, como consecuencia del principio consignado en el párrafo segundo del artículo anterior. (Véase su comentario.)

Art. 451. La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absolutoria.

Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas. (Art. 361 del Cód. pen. de 1850.—Art. 327, Cód. Napolit.)

El adulterio de la mujer no remitido expresa ó tácitamente por el marido produce dos acciones: la criminal para la imposición de pena, y la civil para la obtención del divorcio. Pues bien, si se ha seguido antes el juicio civil y ha recaído en él sentencia firme absolutoria, esta sentencia surte todos sus efectos en lo penal: es una verdadera excepción perentoria de cosa juzgada, que cierra la puerta á todo procedimiento criminal sobre el propio hecho. Si, por el contrario, la sentencia firme dictada en causa de divorcio por adulterio es *condenatoria*, exige la Ley para la imposición de pena que se proceda á nuevo juicio, esto es, á la instrucción del oportuno procedimiento criminal por la jurisdicción ordinaria, pero siempre, como se comprende, en virtud de querrela del marido agraviado, quien deberá deducirla contra ambos culpables á la vez.

Art. 452. El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

La manceba será castigada con la pena de destierro.

Lo dispuesto en los arts. 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente. (Art. 362 del Cód. pen. de 1850.—Art. 339 Cód. Fran.—Art. 328, Cód. Napolit.—Ar. 251, Cód. Brasil.)

Ante todo, una censura, no para el artículo, sino para el epígrafe del capítulo: no siendo el delito que aquí se prevé y castiga el de *adulterio*, según la definición que de éste nos da el art. 448, es obvio que el epígrafe es incompleto; *adulterio y amancebamiento* debería decir, para que en él se comprendieran, como es debido, los distintos delitos de que se ocupa el capítulo.

El marido que tuviere manceba.—La infidelidad del marido no es legalmente adulterio; y se comprende que si el grado de criminalidad de las acciones se ha de medir no sólo por la gravedad intrínseca de las mismas, sino también por la de sus consecuencias, mucho más criminal ha de ser la infidelidad de la mujer que la del marido. Aquélla, al violar la fe conyugal, introduce, ó se expone á introducir, hijos extraños en la casa del segundo. «Yo puedo hacer príncipes sin vos, decía una princesa á su esposo, y vos no podéis hacerlos sin mí.» Semejante peligro no puede resultar de la infidelidad del marido, y por eso la Ley no la castiga sino cuando se añade al perjurio el ultraje, sangriento para la mujer, de una rival hospedada en el mismo domicilio conyugal, ó fuera de él cuando se produce escándalo.

Dentro de la casa conyugal.—¿Qué deberá entenderse por casa conyugal? Las siguientes cuestiones nos lo darán á comprender claramente.

CUESTION I. *Cuando la mujer no habita en la casa conyugal, por hallarse temporalmente ausente para restablecer su salud ó por otro motivo, si el marido tiene manceba dentro de su casa durante la ausencia de aquélla, ¿podrá, no obstante, la mujer pedir y obtener contra el marido infiel la aplicación de la pena de este artículo?*—La afirmativa nos parece indudable, ya que lo que el legislador ha querido salvaguardar principalmente es el honor del domicilio y del lecho conyugal.

Esto decíamos en 1874, al publicar la primera edición de estos comentarios. Nuestra opinión de entonces ha sido confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo: «Considerando, dice, que estimándose probado que.... teniendo dentro de su propia habitación como manceba á....., tuvo de ella tres hijos cuando aquél se hallaba casado con....., sin que el matrimonio se hubiera disuelto legalmente, estando sólo separado por ausencia temporal de la mujer, no cabe duda alguna que este hecho constituye el delito de adulterio, comprendido en el art. 452 del Código penal: Considerando que al apreciar para este objeto la Sala sentenciadora que la manceba vivía con el marido dentro de la *casa conyugal*, y que existía escándalo, ha obrado con acierto; pues mientras no resulte la disolución legal del matrimonio y la ausencia de la mujer sea *voluntaria y accidental*, como en el caso presente, debe considerarse en derecho que la casa habitada por el marido es la conyugal, y que según las circunstancias que concurrieron en el hecho, no pudo menos de producir escándalo: Considerando

que no puede ser motivo que impida castigar este delito el hecho alegado por el recurrente de que su mujer había consentido sus relaciones ilícitas con.....; pues no consta probado, ni puede inferirse de la publicidad de las mismas, ni del nacimiento de hijos ilegítimos, según aquél manifiesta, que prestara su aquiescencia y tolerase el amancebamiento de modo alguno y en su vista haya perdido su derecho para ejercitar la acción criminal: Considerando, por lo tanto, que en la sentencia recurrida no se ha cometido el error de derecho citado en que se funda este recurso, ni se han infringido las disposiciones legales que en el mismo se mencionan, etc.» (Sentencia de 3 de Abril de 1884, publicada en la *Gaceta* de 26 de Julio.)

CUESTION II. *Si la mujer casada hubiere sido extraída de la casa del marido y constituida en depósito en virtud de demanda de divorcio ó querrela de adulterio entablada por uno ú otro de los cónyuges contra el otro, el marido que mientras dura ese depósito tiene concubina ó manceba en su casa, ¿será responsable del delito de amancebamiento, previsto en este artículo?*—Este caso no se ha presentado, que sepamos, en nuestra Jurisprudencia; el Tribunal, empero, de casación francés ha resuelto la afirmativa, fundándose en que si la mujer puede ser autorizada por el Juez ó Tribunal á abandonar momentáneamente la habitación común, tal medida esencialmente provisional puede cesar de un momento á otro, ora por voluntad de los esposos, ora por no admitirse la demanda de separación ó divorcio; que la presencia de la manceba en la casa del marido sería un obstáculo á que la mujer volviera á ella; que las reglas del derecho, como los principios de la moral en que éste descansa, conservan al domicilio del marido, aun durante la ausencia de su mujer, el carácter que le da la Ley; y por lo tanto, mientras dura el juicio de divorcio, subsiste la *casa conyugal*, según los términos del art. 339 del Código (459 del nuestro).

CUESTION III. *¿Se considerará como casa conyugal el domicilio del marido cuando se halle divorciado de su mujer quoad thoram et mutuam habitationem?*—Jurisconsultos eminentes han opinado en sentido afirmativo: alegan, en apoyo de su opinión, que la Ley, que hace del matrimonio un contrato indisoluble, lejos de admitir el divorcio, no ha permitido (y esto tan sólo para el caso en que la vida común de los esposos se haga intolerable) más que la separación de lecho y habitación, la cual no destruye el vínculo, sino que le afloja tan solo, digámoslo así; que en semejante sistema, natural, moral y religioso, el hogar doméstico no desaparece, sino que queda bajo la guardia del jefe de la familia, para que los hijos puedan cobijarse en él y también la esposa si, conforme á las esperanzas de la Ley, vuelve un día ú otro á ocupar el puesto que le corresponde en la casa conyugal, la cual subsiste aún, á pesar de su ausencia, y debe conservarse pura de toda inmoralidad; que cualquiera otra

interpretación sería inconciliable con el orden público, los intereses morales y las conveniencias sociales que el legislador se propuso garantir con la sanción de este artículo, etc.—Tampoco se ha presentado aún este caso en la Jurisprudencia española; la francesa, empero, en Sentencia de casación de 27 de Abril de 1838, no se ha conformado con la opinión antes citada, y ha resuelto que *ya no hay casa conyugal*, en el sentido del artículo que comentamos, cuando á consecuencia de un juicio de divorcio se ha decretado la separación de los cónyuges *quoad thorum et mutuum habitationem*.

CUESTION IV. *Para que el amancebamiento del marido dentro de la casa conyugal sea penable, ¿será necesario que haya producido escándalo?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando, dice, que el art. 453 del Código penal dispone que el marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, ó fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio: Considerando que el referido artículo comprende dos casos en que puede tener lugar el amancebamiento: en la casa conyugal ó fuera de ella; y como estos dos conceptos están separados por una partícula disyuntiva, es indudable que la condición de escándalo sólo se refiere al inmediato, sin que sea necesario que comprenda al anterior, porque sobre suponer el mismo más perversidad, le es inherente el escándalo desde el momento que es conocido; y además, cuando el legislador calificó de delito las dos clases de amancebamiento, es evidente que las quiso distinguir y que fueran penadas atendida su gravedad respectiva: Considerando, por tanto, que la Sala, al calificar y penar como delito el amancebamiento en la casa conyugal, sin apreciar si ha producido ó no escándalo, no ha incurrido en el error que expresa el caso 1.º del artículo 798 de la ley de Enjuiciamiento criminal, ni infringido los arts. 1.º, 2.º y 452 del Código penal, citados por el recurrente, etc.» (Sentencia de 9 de Noviembre de 1887, publicada en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1878.)

CUESTION V. *La posibilidad de que los procesados (marido y mujer intrusa) hayan vivido en mancebía, ¿será suficiente para determinar la realidad del amancebamiento, elemento esencial del delito comprendido en el art. 452 del Código?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que el art. 452 del Código penal castiga al marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, ó fuera de ella con escándalo, penando así bien á la manceba: Considerando que siendo elemento esencial de dicho delito la realidad del amancebamiento, la Sala sentenciadora no ha infringido las disposiciones legales invocadas por la parte recurrente, porque si bien en uno de los considerandos de la resolución reclamada dice que de lo expuesto anteriormente (sin duda en el resultando segundo principalmente, sin declarar probados los hechos en el

consignados) «puede inferirse que los procesados han vivido en mancebía en esta corte,» esta posibilidad, que es en sustancia lo único afirmado, no es suficiente para que este Tribunal admita y tenga como hecho juzgado la realidad de tal estado, que el sentenciador no ha declarado cierto, como pudo hacerlo en vista de las pruebas practicadas.» (Sentencia de 17 de Abril de 1885, publicada en la *Gaceta* de 28 de Noviembre, páginas 235 y 236.)

Para que sea punible el amancebamiento del marido *fuera de la casa conyugal*, es preciso que se produzca con escándalo.—¿Cuándo le habrá? Para apreciarlo será menester que se produzca por medio de hechos visibles que comúnmente le causan en el ánimo de toda persona que de moral se precia. Serán, por lo mismo, otras tantas circunstancias constitutivas del escándalo la de pasear, por ejemplo, públicamente el marido con la manceba; la de concurrir con ella á los teatros ú otras diversiones públicas; la de dar lugar á la murmuración general por el lujo con que vista la manceba á costa del marido, etc.

Prisión correccional en sus grados mínimo y medio.—Esta pena con que castiga la Ley la infidelidad del marido nos parece excesiva, pues se aproxima mucho á la que señala el art. 448 al adulterio de la mujer, cuya gravedad y transcendencia es mucho mayor que la de aquélla. Entre la lenidad de la pena que señala el Código francés á este delito (multa de 100 á 2.000 francos) y lo excesivo de la que nuestro Código fija al mismo, cabe optar por un justo término que obtendríamos con el arresto mayor en sus grados mínimo y medio. Mucho hay que temer tratándose de una pena como la prisión correccional, cuya duración, en los grados señalados, es de seis meses y un día á cuatro años y dos meses, ó que los Tribunales sean sumamente parcos en su aplicación, quedando, por ende, impunes muchos delitos de esta clase, ó que sea punto menos que imposible que el jefe de la familia se reuna de nuevo con su mujer después de haber sufrido una condena cuyo recuerdo aflictivo ha de ser por sí solo un obstáculo perenne á tan apetecible unión.

Pero *dura lex, sed lex*, y por consiguiente, no hay más que aplicarla interin no se modifique en el sentido indicado. Para ello véase el *Cuadro sinóptico* núm. 53.

En cuanto á la pena de *destierro*, parécenos justa y proporcionada á la participación que tiene la mujer en el hecho; injusto sería que no infringiendo más que un deber moral, fuese castigada con el mismo rigor que el hombre, que viola además con semejante delito la fidelidad que debe á su esposa; y justo era, por último, que se tuviera en cuenta, en la imposición de la pena, la mayor fragilidad del sexo.

CUESTION. *Si la manceba es mujer casada, ¿deberá ser castigada con arreglo á este artículo, si su propio marido no ha deducido contra ella*

la querrela de adulterio?—Respetables juristas sostienen la negativa, fundándose en que el ejercicio del derecho de la mujer que persigue á su marido por su amancebamiento debe ceder, siendo la manceba mujer casada, ante el interés del marido de ésta que semejante condena heriría en su honor, y también ante el principio de que la mujer adúltera casada no puede ser perseguida ni penada sino por querrela del marido, único vengador posible de la fe conyugal violada.—Nosotros creemos, sin embargo, que no distinguiendo la Ley entre manceba *soltera* y manceba *casada*, á una y otra es aplicable su disposición; y así lo han entendido también los Tribunales franceses. (Sentencia de la *Cour de Limoges* de 1.º de Diciembre de 1859.)

El último párrafo del artículo preceptúa que *lo dispuesto en los arts. 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente*.—Creemos justísima esta disposición, ya que iguala la condición de ambos esposos. En el comentario del primero de dichos artículos pueden verse las diferentes cuestiones á que puede dar lugar su aplicación.

CAPÍTULO II

Violación y abusos deshonestos.

Art. 453. La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusion temporal.

Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando se usare de fuerza ó intimidación.

2.º Cuando la mujer se hallare privada de razón ó de sentido por cualquiera causa.

3.º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores. (Art. 363 del Cód. pen. de 1850.—Art. 332, Cód. Fran.—Arts. 110, 111 y 112, Cód. Austr.—Arts. 333, 334, 335 y 339 al 343, Cód. Napolit.—Arts. 219, 220 y 222, Cód. Brasil.)

La *violación* es un verdadero acto de barbarie; es á la vez un atentado feroz contra la *honra* de la mujer y contra la *libertad* de la misma. De ahí la severidad de la pena de *reclusión temporal* (doce años y un día á veinte años) señalada por la Ley á tamaño crimen.

Puede definirse la violación: el acceso carnal con una mujer, *contra* ó *sin* la voluntad de ésta. Se verifica la violación *contra* la voluntad de la mujer cuando para lograr su criminal propósito usa el culpable de *fuerza* ó *intimidación* (núm. 1.º del artículo), por ejemplo, sujetándola, atándola, etc., ó amenazándola con un arma, ó de cualquier otro modo bastante á infundir el temor y el miedo en su ánimo, y por lo tanto á sojuzgarla ó postrarla. Tiene lugar la violación *sin* la voluntad de la mujer cuando se ejecuta el acto carnal hallándose ésta privada de razón ó de sentido por cualquiera causa (núm. 2.º del artículo), ya naturalmente en estado de sueño, ya por letargo producido por enfermedad ó por un narcótico que le hubiese suministrado el violador, etc.

Prodúcese, por último, la violación *contra* y *sin* la voluntad de la mujer, *ipso facto*, cuando es ésta menor de doce años (núm. 3.º del artículo). Aunque la niña menor de esta edad hubiese consentido el acto, considera la Ley que éste no es *voluntario*, que una niña de esa edad no tiene, no puede tener voluntad propia; que cuando no por la intimidación ó la fuerza, ha sido sojuzgada, fascinada por los torpes amañes de su corruptor.

En los casos de los núms. 2.º y 3.º del artículo, justificándose en el proceso el hecho del acceso carnal y el de hallarse privada la mujer de razón ó de sentido por cualquiera causa, ó de ser menor de doce años cumplidos, quedará acreditada desde luego la existencia del delito de *violación*.

Mas en el caso del núm. 1.º, en que la violación la constituyen la intimidación ó la fuerza ejercidas en la mujer, hay que tener presente, como observa muy acertadamente el Sr. Pacheco, que la violación misma no se presume; que la fuerza no es el principio común de los actos entre hombre y mujer, que lo es el consentimiento, y que sólo pruebas terminantes, indicios de un valor robusto, pueden persuadir de lo contrario. Excusado creemos advertir, por lo tanto, que si de la causa resultare que hubo alguna vacilación por parte de la mujer, ó cualquiera circunstancia que denote en ella cierta complicidad, podrá quizás el hecho constituir otro delito (el de adulterio, por ejemplo, si se tratase de mujer casada), mas no ciertamente el de violación.

QUESTION I. *¿Son posibles en este delito la tentativa y la frustración?*—Algunos criminalistas han sostenido que respecto á la violación sólo cabe que haya delito consumado, por las mismas razones que alegan con respecto al adulterio. Al tratar de este último delito, hemos combatido, creemos victoriosamente, tan peregrina teoría, en ningún artículo del Código fundada. Los mismos argumentos que allí expusimos (página 107) son aplicables al presente caso. La dificultad estará alguna vez en determinar con acierto cuándo los hechos ejecutados por el culpable