

Constituyen el delito aquí previsto todos aquellos actos contrarios al pudor y á las buenas costumbres que, por su publicidad, han podido ser objeto de escándalo para las personas que accidentalmente los han presenciado. Aunque no lo diga el artículo, es evidente que es condición precisa para que exista este delito que la ofensa al pudor y á las buenas costumbres sea *pública*: si la ofensa no tuviese este carácter, es claro que ya no habría de producir el *grave escándalo* ni la *transcendencia* que requiere el artículo, y por lo tanto, ya no quedaría sujeta á la sanción del mismo, sino á la más benigna del núm. 2.º del art. 586, que castiga como reos de una simple *falta* contra el orden público, con la pena de arresto de uno á diez días y multa de 5 á 50 pesetas, á *los que con cualquier clase de actos ofendieren la moral y las buenas costumbres sin cometer delito*. Cuando el hecho, pues, ofensivo al pudor se cometa *públicamente*, deberá apreciarse como delito, puesto que esta misma publicidad es la que produce el grave escándalo que en él se castiga: en otro caso, la disposición citada del art. 586 es la que deberá aplicarse.

Adviértase que no se trata aquí más que de aquellos actos impúdicos no concretamente definidos en otros artículos de este Código. Si constituyesen *per se* un atentado contra la persona en quien se ejerciesen, deberán sujetarse á la respectiva sanción de los arts. 453 y 454, que á los delitos de violación y abusos deshonestos se refieren; de ningún modo á la de este art. 456, que sólo es aplicable, como hemos dicho, á aquellos actos que no tienen un nombre ni una sanción especial en otros artículos de este Código.—Observaremos, por último, que debe entenderse que existe la *publicidad* del acto, productora del escándalo, siempre y cuando se comete aquél en un sitio público, ó cuando sin haberse ejecutado en un sitio de esta clase ha podido ser observado por varias personas.

El Tribunal Supremo ha declarado que las palabras ofensivas y *cantares obscenos dirigidos á una persona desde la calle* no sólo constituyen un delito privado de *injuria*, sino también el de *escándalo público* definido en el art. 456 del Código penal vigente, porque con dichas palabras ofensivas y cantares obscenos se ofende el pudor ó buenas costumbres con hechos de grave escándalo dado para la población. (Sentencia de 8 de Julio de 1874, publicada en la *Gaceta* de 7 de Septiembre.)

Véase además la *Cuestión I* del comentario del art. 15, t. I, pág. 371.

Art. 457. Incurrirán en la pena de multa de 125 á 1.250 pesetas los que expusieren ó proclamaren, por medio de la imprenta ó con escándalo, doctrinas contrarias á la moral pública.

La disposición de este artículo no existía en el Código de 1850. Adop-

tado por los reformadores de 1870 el principio de que los delitos cometidos por medio de la imprenta habían de sujetarse á la legislación común, era consiguiente que se incluyera en este capítulo un artículo especial para reprimir debidamente todo atentado contra la moral y las buenas costumbres que pueda cometerse por medio de tan importante órgano de publicidad.

## CAPITULO IV

### Estupro y corrupción de menores.

Art. 458. El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés, cometido por Autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro ó encargado por cualquier título de la educación ó guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana ó descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años.

El estupro cometido por cualquiera otra persona con una mujer mayor de doce años y menor de veintitrés, interviniendo engaño, se castigará con la pena de arresto mayor.

Con la misma pena se castigará cualquier otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias. (Art. 366 del Cód. pen. de 1850.—Arts. 113, 114, 115, 116, 246, 249, 250 y 251 del Cód. Austr.—Art. 339, Cód. Napolit.—Arts. 221, 223, 224 y 225, Cód. Brasil.)

El Diccionario de la lengua (12.ª edición) define el estupro «la violación de una doncella.»

Esta definición no puede aceptarse en el terreno jurídico-penal. El estupro no es violación, y además no siempre recae en una doncella, pues como veremos más adelante, puede haber también estupro de mujer *viuda*.

Difiere esencialmente de la violación en cuanto en ésta debe ó intervenir el uso de fuerza ó intimidación, ó ejercerse en mujer menor de doce años, aunque no concurren dichas circunstancias; mientras que el estupro

se comete siempre en mujer mayor de doce años, y lo que le caracteriza, por regla general, es el engaño ó fraude.

Si hubiéramos de definir nosotros el estupro, diríamos que por él debe entenderse, en general, el concubito ó acceso carnal ilegítimo con mujer soltera ó viuda de buena fama, mayor de doce años y menor de veintitrés. Decimos con mujer *soltera ó viuda*, pues si fuera con *casada* ya no sería estupro, sino *adulterio*; decimos que la soltera ha de ser *mayor de doce años*, porque si fuera menor de esa edad el hecho ya no constituiría el delito de estupro, sino el de *violación*; y decimos, por último, de *buena fama*, porque si se ejecutase con mujer *pública* ó de corrompidas costumbres, habría de constituir el hecho una *simple fornicación* sólo sujeta á la sanción moral y religiosa, pero de ningún modo á la penal.

Pero el estupro puede ser *voluntario* ó *involuntario*; es lo primero cuando la mujer ejecuta el acto conscientemente y con entera libertad, esto es, sin que medie seducción ó engaño; se reputa *involuntario* el estupro por parte de la mujer cuando cede al engaño ó á la seducción.

Éste es propiamente el estupro, por regla general, el que se define en el penúltimo párrafo del artículo: el cometido con mujer mayor de doce años y menor de veintitrés, interviniendo engaño.

El estupro voluntario no constituye generalmente delito, porque á la persona que sabe y consiente no se le hace injuria ni dolo: *scienti et consentienti non fit injuria neque dolus*; pero sí lo será cuando es *calificado* por la persona del estuprador; esto es, cuando se ha cometido por Autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor ó encargado por cualquier título de la educación ó guarda de la estuprada (párrafo primero del artículo), ó por un hermano ó ascendiente de la propia estuprada, aunque sea ésta mayor de veintitrés años (párrafo segundo del artículo). En ambos casos, aunque sea *voluntario* el acto por parte de la mujer, esto es, aun cuando no haya cedido á la seducción ni al engaño, debe castigarse el estupro, siempre que preceda instancia de la agraviada ó de sus padres ó abuelos (art. 463). En el primer caso, cuando el estuprador es Autoridad pública, sacerdote, criado, etc., la Ley ve en el hecho un exceso de poder, un abuso de confianza; por eso le castiga aun cuando no haya intervenido engaño: en el segundo caso, cuando el estuprador es hermano ó ascendiente de la estuprada, tiene principalmente en cuenta lo *incestuoso* del acto, y por esta razón le pena también, aun cuando no haya sido la mujer seducida ni engañada por el estuprador, y cualquiera que sea la edad de la estuprada (siempre que sea ésta, empero, mayor de doce años, pues de lo contrario, el delito cometido sería el de *violación*).

En cuanto á la aplicación de la pena de *prisión correccional en sus grados mínimo y medio*, véase el núm. 53 de los Cuadros sinópticos.

Finalmente, el último párrafo del artículo castiga con el *arresto mayor* cualquier otro abuso deshonesto (ó sea cualquier otro acto de esta especie que no sea el *yacer*) cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias que se consignan en los párrafos anteriores. (Véanse además los arts. 463 y 464 y su comentario.)

**CUESTION I.** *¿Será penable, con arreglo á la disposición del penúltimo párrafo de este art. 458, el estupro cometido con una viuda mayor de doce años y menor de veintitrés, si interviene engaño?*—Por el derecho romano castigóse no sólo el estupro de doncella, sino también el de viuda de buena fama. Léese en la Inst. de Justiniano (libro IV, título XVIII, párrafo 4.º): «Eadem lege Julia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit.» Según el derecho canónico se entiende asimismo por estupro el concubito con soltera virgen, y también el habido con *viuda* honrada. Y, por último, pasando á nuestro derecho patrio, la ley II, tít. XIX de la Partida 7.ª da también á la viuda honesta y recogida la misma acción que á la doncella por causa de estupro. Á pesar de estos antecedentes, los reformadores de 1850 no creyeron oportuno castigar sino el estupro cometido con una *doncella*: así se deduce del contexto del art. 366 del expresado Código, que al delito de estupro se refiere, y así lo entendieron los Tribunales de justicia, apoyados en la interpretación literal de dicho artículo, en que sólo á la *doncella* se mencionaba.

Mas los reformadores de 1870, al llegar al penúltimo párrafo de dicho artículo 366, que decía literalmente: «El estupro cometido por cualquiera otra persona, interviniendo engaño, se castigará con la pena de prisión correccional,» modificaron su contenido, en nuestro sentir no sólo en cuanto á la penalidad, sino también en cuanto á su *esencia*, diciendo: «El estupro cometido por cualquiera otra persona con una **mujer mayor de doce años y menor de veintitrés**, interviniendo engaño, se castigará con la pena de arresto mayor.» La adición de las palabras que subrayamos debió sin duda obedecer á alguna razón: ésta, en nuestro humilde concepto, no pudo ser otra que la de hacer extensivo el estupro, al igual que lo hicieron las leyes romanas y las canónicas y nuestro antiguo derecho patrio, al caso en que se cometa con una *viuda* honesta y recogida, cuando *interviene engaño*.

La palabra *mujer*, contrapuesta aquí á la de *doncella* que se usa en el primer párrafo del artículo, es *genérica*, y comprende, por lo tanto, lo mismo á la viuda que á la doncella; y no decimos á la *casada*, porque todo acceso carnal con esta última constituye el delito más grave de *adulterio*. Quizás parezca á algunos censurable la modificación introducida en este artículo por la reforma; tal vez arguyan que con ella «se abre una ancha puerta á las malas artes de muchas mujeres (viudas) sobradamen-

te avisadas como tales, que han de especular con la sencillez de los jóvenes.» Aparte de que creemos que los Tribunales han de ser bastante parcos, cuando de viudas se trate, en apreciar como causa de engaño la promesa de matrimonio no cumplida, es innegable que puede intervenir en ciertos casos verdadero *engaño*, *fraude* manifiesto que justifique la aplicación de este párrafo del artículo, tal como le entendemos. Se trata de una joven viuda (siempre menor de veintitrés años) honesta y recogida. Preadado de sus encantos, trata un hombre de seducirla; pero todos sus esfuerzos se estrellan contra la inquebrantable virtud de la mujer. Ofrécela, por último, casarse con ella, y accediendo á su promesa, condúcela ante un fingido sacerdote y dos testigos avenidos en la trama; celébrase la ceremonia, y la joven, que nada ha sospechado, porque el plan del seductor se ha concertado y llevado á cabo con perfectísima maña, entrega su mano y su corazón al que cree ser su verdadero esposo, quien, después de logrado su torpe deseo, descubre la trama y deja á su confiada mujer completamente burlada. ¿Habrá quien desconozca que en este caso, y en muchos otros que pueden ocurrir, merece la mujer viuda tan infamemente engañada igual protección que la doncella, y que, por lo tanto, se halla del todo justificada la calificación de delito de *estupro* que de semejante acto se haga, con arreglo al texto modificado del párrafo último de este artículo?

**CUESTION II.** *La promesa de matrimonio no cumplida, ¿constituirá el engaño de que trata el párrafo tercero del art. 458 que comentamos?*—Esta cuestión, tan debatida entre los jurisconsultos, ha sido resuelta afirmativamente por el Tribunal Supremo en una multitud de Sentencias: «Considerando (se lee en la de 14 de Octubre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 25 de Noviembre) que la Sala sentenciadora, al condenar al procesado..... como reo de estupro, no ha infringido el artículo 458 del Código penal, en el párrafo tercero que invoca, porque consignando como probada *la promesa de matrimonio* hecha á la..... para que accediera á sus deseos, *intervino el engaño* exigido por la Ley, etc.»—«Considerando, se dice en otra, que dados los hechos que se consignan en la sentencia y se admiten como probados, de haber sido el procesado autor del embarazo de la querellante, joven de diez y nueve años, y de haber intervenido *engaño* al cometer el estupro, *siendo prometido esposo*, no se han infringido los artículos anteriormente referidos (el 458 y 464), sino que se han aplicado estrictamente por la Sala sentenciadora, etc.» (Sentencia de 28 de Octubre de 1872, publicada en la *Gaceta* de 26 de Diciembre.)—Asimismo ha resuelto el propio Tribunal Supremo que «compete sólo á las Audiencias la apreciación de las pruebas, y que, por consiguiente, cuando se admiten en la sentencia como hechos probados las relaciones amorosas *con el fin de matrimonio* entre el procesado y la estu-

prada, y abandono de ésta después del embarazo, habiéndose apreciado también que esos hechos constituyen el estupro comprendido y penado en el núm. 3.º del art. 458 del Código penal, es evidente que se admite la *intervención de engaño* en el mismo, y que, por tanto, no procede el recurso fundado en que no se probó que interviniera engaño en el estupro.» (Sentencia de 2 de Diciembre de 1873, publicada en la *Gaceta* de 1.º de Marzo de 1874.)—Y, finalmente, vemos consignada igual doctrina en el considerando primero de la Sentencia del propio Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1874, publicada en la *Gaceta* de 27 de Noviembre, que dice literalmente así: «Considerando que la *promesa, no cumplida voluntariamente* y sin causa justificada que lo impida, *de contraer matrimonio* con persona de diferente sexo mayor de doce años y menor de veintitrés, con el fin reprobado de cometer un acto ilícito, constituye el *engaño* á que se refiere el art. 458 del Código en su párrafo tercero, etc.»

**CUESTION III.** *Cuando, si bien aparece del sumario que el procesado y la estuprada tentan relaciones amorosas; que hubo propuesta de arreglo entre ambos y que la segunda parió un niño algo parecido al primero, según informe pericial, niega el procesado en su indagatoria el hecho de la paternidad y que tuviera relación íntima con la estuprada, probando, además, durante el plenario que ésta se hallaba conceptuada como poco formal y ligera entre los mozos, con quienes usaba ciertas libertades; que salta sola por las noches cuando estaban acostados sus padres y volaba después de las doce ó la una, hablando con otros mozos, especialmente algún tiempo antes de resultar embarazada, y que también concurría sola á romerías; por lo que era desfavorable el concepto que merecían tanto ella, como sus padres por consentirlo: ¿cabe calificar al procesado como autor del delito de estupro, mediante engaño, previsto y penado en el párrafo tercero del art. 458 del Código?*—El Tribunal Supremo mantuvo en este caso la calificación de estupro *voluntario* y *no justiciable*, hecha por la Sala sentenciadora, y por tanto, la absolución del acusado decretada por ésta, fundándose en que de los hechos consignados como probados en la sentencia no aparecía que interviniera engaño por parte del procesado, en el caso de ser ciertas las relaciones deshonestas que se suponía que existían entre él y la estuprada, pues *ni constaba que hubiese mediado promesa formal de matrimonio, ni ningún otro motivo que pudiese producir el engaño.* (Sentencia de 14 de Mayo de 1875, publicada en la *Gaceta* de 22 de Junio.)

**CUESTION IV.** *Para que exista el delito de estupro, ¿será condición precisa que se pruebe la virginidad de la mujer estuprada?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando, dice, que es penable como delito, al tenor del párrafo tercero del art. 458 del Código penal, el estupro cometido en una mujer mayor de doce años y menor de veintitrés, interviniendo engaño: Considerando que es clara y manifiesta esta

intervención en el que á instancia del curador de.... se persigue y motiva el presente recurso, de todo punto destituido de fundamento, al suponer, contra lo que como probado establece la sentencia, que el engaño mediante promesa de matrimonio no precediese al acto carnal, y al exigir como esencial condición para el delito la prueba de la virginidad, que en manera alguna exige el texto ya transcrito del art. 458, no infringido, por consiguiente, así como tampoco el 2.º, que también se cita, etc.» (Sentencia de 9 de Julio de 1879, publicada en la *Gaceta* de 22 de Agosto.)

**CUESTION V.** *La significación de la palabra doméstico, que usa el párrafo primero del art. 458 del Código, ¿es distinta de la de criado?—Caso afirmativo, ¿deberá comprenderse bajo dicha denominación de doméstico el estupro cometido por el huésped de una fonda ó casa de pupilos con la hija del fondista ú hospedero?—*El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa acerca de uno y otro extremo, en un caso de estupro cometido por el procesado hallándose de *huésped* en la casa-habitación de los padres de la estuprada: «Considerando que al consignar esta disposición legal (art. 458 del Código penal) el sustantivo *doméstico*, con separación del de *criado*, ha usado del nombre gramatical y propio que se da á las personas que habitualmente viven bajo el mismo techo, pertenecen á una misma casa y forman en este concepto parte de ella, diferenciándole del de *criado*, por el que se entiende el hombre que sirve á otro por un salario, etc.» (Sentencia de 11 de Noviembre de 1881, publicada en la *Gaceta* de 27 de Febrero de 1882.)

**CUESTION VI.** *Bajo la denominación de maestro á que se refiere el art. 458, párrafo primero del Código, ¿deberá comprenderse tan sólo á los maestros de educación ó instrucción, ó estarán también en ella comprendidos los de artes y oficios manuales?—*El Tribunal Supremo ha declarado que estos últimos están comprendidos, al igual de los primeros, en dicha denominación: «Considerando que entre los maestros á que se refiere el art. 458 del Código penal se comprenden los de *artes y oficios manuales*, á quienes por la razón de instruir conviene lo mismo que á los profesores de ciencias ó directores de la educación moral el título y nombre de maestros; porque la acepción comprensiva de este vocablo, que los Tribunales deben aplicar en su natural y ordinaria significación, no permite restringir su sentido en la esfera jurídica con distinciones no señaladas en la Ley y opuestas por todo extremo al espíritu evidente de aquel precepto penal, encaminado á corregir con merecido rigor el *abuso de confianza y de relación* característicos del delito que castiga, moralmente también graduado por facilidades prestadas por el ejercicio de una enseñanza, que sujeta con mayor constancia y por modos más eficaces al aprendiz que otras al discípulo; á la relativa autoridad y á la influencia

personal del respectivo maestro, que de tales condiciones se prevale para el mal y el deshonor: Considerando que, por esta razón, la Sala sentenciadora, al considerar comprendido al recurrente en la indicada sanción legal por su cualidad de maestro, á quien los padres de la estuprada confiaron la enseñanza á ésta de su oficio, persuadidos de que no abusaría de la posición de que aparece se prevaleció, no ha infringido el citado artículo del Código penal, etc.» (Sentencia de 15 de Diciembre de 1883, publicada en las *Gacetas* de 13 y 20 de Marzo de 1884.)

**CUESTION VII.** *El ayuntamiento carnal del padraastro con su hijastra, mayor de doce años y menor de veintitrés, ¿deberá calificarse como estupro, comprendido en el párrafo 1.º del art. 459 del Código, aun cuando no intervenga engaño, esto es, aun cuando haya sido plenamente voluntario por parte de aquélla?—*El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que, según el art. 459 del mencionado Código, se comete el delito de estupro en doncella mayor de doce años y menor de veintitrés cuando el estuprador es alguna persona en quien concurra cualquiera de las condiciones en el mismo enumeradas, y entre ellas la de estar encargado por cualquier título de la educación ó guarda de la estuprada, condición que es forzoso reconocer en...., pues que su cualidad de marido de la.... le daba una autoridad real y efectiva, no sólo para los efectos de la educación y guarda de la menor, sino para todos los consiguientes al orden y subordinación de la familia, aunque no fuese más que por la influencia que en dicha menor había de ejercer y producir la autoridad legal que sobre su madre tenía D...., etc.» (Sentencia de 30 de Abril de 1884, inserta en la *Gaceta* de 2 de Octubre.)

Art. 459. El que habitualmente, ó con abuso de autoridad ó confianza, promoviere ó facilitare la prostitución ó corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, é inhabilitación temporal absoluta si fuere Autoridad. (Art. 367 del Cód. pen. de 1850.—Art. 334, Cód. Fran.—Arts. 115, 116, 258, 259 y 260, Cód. Austr.—Arts. 332, 340 y 344, Cód. Napolit.)

El hecho que constituye el delito que aquí se prevé y castiga es conocido en castellano con el nombre de *lenocinio*, ó con el más vulgar de *alcahuetería*, y también con el apelativo más gráfico (no admitido aún por la Academia) de *proxenetismo*, derivado de la voz griega *προξενιστης*, que significa negociador. Téngase muy principalmente en cuenta que, para que exista este delito, es preciso que la prostitución ó corrupción de me-