

El delito de adulterio (*)

POR

MARIA ESPERANZA VAELLO ESQUERDO

INTRODUCCION

No resulta aventurado afirmar que el delito de adulterio es una figura anacrónica, totalmente desfasada en el contexto socio-cultural del momento, puesto que supone un desconocimiento total de la variabilidad que han experimentado las concepciones sobre sexualidad y familia.

Precisamente, la importancia de su estudio, a la par que su dificultad, viene explicada por el hecho de que se trata de una expresión de delincuencia sexual —materia en donde existe una lamentable confusión en Derecho Penal— y que ataca una célula, la familia, que tiene manifestaciones en distintas parcelas jurídicas.

Otro polo de interés que ofrece la consideración del presente ilícito está dado por la escasa efectividad que parece tener su existencia como tal, como lo prueba el que las conductas de infidelidad no son, ni mucho menos, infrecuentes y, sin embargo, las estadísticas criminales arrojan una cantidad de procesos de adulterio que, en manera alguna, constituyen un claro reflejo de la auténtica realidad. La singular "cifra negra" que se aprecia en este campo encuentra, en parte, su explicación en que el pre-

(*) Extracto de la Tesis presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada para la obtención del grado de Doctor en Derecho por D.^a María Esperanza Vaello Esquerdo, y calificada de "SOBRESALIENTE CUM LAUDE" en acta de 23 de marzo de 1976.



sente ilícito es un delito perseguible sólo a instancia de parte y ésta, en muchas ocasiones, prefiere pasar por alto la afrenta, bien para evitar que salgan a la luz pública íntimas desavenencias matrimoniales, con los consiguientes sentimientos de humillación y vergüenza, o bien, porque eutien- de que la condena del culpable no va a constituir la solución adecuada al problema.

Los *antecedentes históricos* del delito de adulterio están presididos por un extremo rigor en la represión, que viene explicado, tal vez, porque en la esfera del Derecho penal no han faltado elementos procedentes de sistemas de valoración ética y religiosa. Durante mucho tiempo las nociones de delito y pecado se han venido confundiendo, así como la misión ascética de la Moral y de la Religión con la misión política de la justicia criminal. Otra de las características a destacar en estas notas históricas es el trato discriminatorio que se dispensaba a los cónyuges, en perjuicio siempre de la esposa.

Afortunadamente, en los tiempos modernos, no sólo la discriminación basada en el sexo viene desterrándose —al proclamar tanto las Constituciones de los Estados como las Declaraciones de los Organismos internacionales la igualdad de todos los hombres ante la Ley— sino que la propia represión se ha dulcificado hasta el punto de que son pocas las legislaciones que castigan con severidad el adulterio y, por el contrario, cada día van aumentando el número de aquéllas que lo han erradicado de su catálogo de delitos.

Esta toma de postura es fruto de una serie de factores sociológicos que ponen de manifiesto el cambio que han experimentado las concepciones ético-sexuales y la nueva concepción que se tiene acerca de la familia y de la moral sexual a raíz, sin duda, de la crisis que vienen sufriendo las fórmulas que tradicionalmente han solucionado este tipo de cuestiones.

En efecto, en un orden de cosas como el actual, en el supuesto de que el adulterio constituya delito, la incriminación de la conducta infiel de los cónyuges debe hacerse en pie de absoluta igualdad. Pero la cuestión más importante a dilucidar es la relativa a la oportunidad y conveniencia de tal incriminación.

Nos hemos adscrito a una *posición abolicionista* en atención a que advertimos serios inconvenientes en la punibilidad del adulterio y a que consideramos que las sanciones civiles son suficientes para ocuparse de estas conductas. No está de más advertir que el pedir la supresión del tipo penal no implica aceptar como moralmente buena la acción que el mismo regula; ahora bien, la inmoralidad de un acto no es bastante para considerarlo punible, ni el Derecho Penal es el instrumento idóneo para imponer una moralidad.

Los inconvenientes a que hemos hecho referencia son sustancialmente los que siguen:

1) Las penas pueden llegar a ser injustas, puesto que la mayoría de las veces el proceso de adulterio tan sólo pretende obtener sentencia condenatoria para el otro cónyuge —preparando así la vía del divorcio o de la separación civil— o, lo que todavía es peor, obtener simples ventajas económicas. En otras ocasiones, es la venganza el móvil destacado, lográndose que la acción penal deje de cumplir su importante cometido y se convierta en un instrumento de presión y de chantaje.

2) Las penas resultan ineficaces, pues parece extraño, teniendo en cuenta las acciones de que se trata, que alguien no lleve a cabo sus propósitos ante la remota posibilidad de ser descubierto y ante la todavía más remota de ser castigado con una pena que, en la mayor parte de los países, es de corta duración o simplemente pecuniaria.

Además, la familia resulta deficientemente protegida al no quedar incluidas en el tipo del adulterio las distintas violaciones del deber de fidelidad que se deben mutuamente ambos esposos, dado que la acción típica se circunscribe sólo a los casos de yacimiento. Asimismo, la clandestinidad de la conducta es otra de las razones que hace perder eficacia a la ley penal; no lográndose tampoco la prevención general, ya que, al haber cambiado las costumbres, un sector importante de la opinión pública ve con recelo la incriminación de ciertos actos que tolera o acepta como comportamientos normales.

3) Otro inconveniente que cabe destacar también en la incriminación del adulterio —y que deriva precisamente de las nuevas concepciones ético-sociales imperantes— es que con ello se acentúa el divorcio entre la realidad y la regulación jurídica.

4) Finalmente, un obstáculo que tampoco se puede olvidar es el relativo a la dificultad de probar estas acciones y a que los medios de prueba, por su carácter humillante, dificultan en gran medida la posible reconciliación de los cónyuges.

Entendemos, pues, que las sanciones civiles son suficientes para regular estos supuestos, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, que el rigor penalista se concilia muy mal con el sentimiento familiar; que los sujetos activos del delito presentan escasa peligrosidad; y que el estudio de las estadísticas nos pone de manifiesto una falta de correspondencia entre la criminalidad real y la aparente, que suponen un auténtico desprestigio para el Derecho Penal con la consiguiente pérdida de autoridad del mismo.

El delito de adulterio, en definitiva, debe escapar a la acción del orden punitivo, ya que la función de éste se tiene que reducir a garantizar los

intereses cuya salvaguarda es indispensable para la coexistencia pacífica de los ciudadanos, no debiendo asumir el papel de guardián eficaz de la moralidad más que en un dominio relativamente estrecho, reducido a aquellos casos en que su intervención es habitualmente posible y tiene ciertas garantías de ser eficaz. No se puede olvidar que los postulados que actualmente imperan en Derecho Penal pretenden que esta rama jurídica sea respetuosa con la libertad sexual de los adultos en sus relaciones —consentidas por ambas partes— con otro adulto y cautelosa en lo que respecta a su intervención en la familia o en la vida privada de los individuos.

Sólo en el caso de que no se persiga el anterior objetivo porque se considere que todavía debe sobrevivir el adulterio como ilícito penal, sería, más que deseable, necesario que se castigase en los mismos supuestos y con idéntica pena la infracción del deber de fidelidad por parte de cualquiera de los cónyuges. Otro tipo de regulación atenta contra los principios más elementales de estricta justicia que abogan —hoy con más fuerza que nunca— por la equiparación jurídica del hombre y de la mujer.

EL ADULTERIO EN LA LEGISLACION COMPARADA

La inclusión de un estudio del Derecho comparado en la Tesis era altamente interesante, habida cuenta de la trascendental tarea que supone poder contribuir a la obtención de un sistema de principios ético-jurídicos común a la humanidad civilizada en un momento como el presente en que el progreso en los medios de comunicación y difusión acerca extraordinariamente a los pueblos.

Dicho estudio lo hemos llevado a cabo formando dos grandes grupos: el de aquellas legislaciones que aceptan la incriminación del adulterio —donde se distingue entre las que mantienen desigualdad de tratamiento para los cónyuges y las que los consideran de forma indiscriminada— y aquellas otras que no incluyen en su lista de delitos el adulterio.

Un dato que puede servir como exponente de que la materia que nos ocupa está siendo revisada en el panorama del Derecho extranjero lo constituye el hecho de que el Código penal belga y el de Luxemburgo han sido afectados en fecha reciente en orden al delito de adulterio, si bien, mientras el primero se ha limitado a situar en un plano de igualdad a ambos esposos, el segundo ha dado una zancada más grande al excluir la infracción de su articulado.

EL ADULTERIO EN EL CODIGO VIGENTE

I.—CONTENIDO SUSTANCIAL

A) *Objeto jurídico del delito de adulterio*

Prescindiendo de la ubicación del adulterio —por entender que el intérprete no se debe vincular a una sistemática previa en estos casos— rechazamos la idea de que sea la honestidad el bien jurídico objeto de protección, pues, si bien es cierto, la moral colectiva puede resentirse ante la comisión de un delito de adulterio, no lo es menos que este tipo de infracciones no lleva consigo necesariamente un quebranto de la moralidad pública. Tampoco se trata de un delito contra el honor como ha sostenido cierto sector de la doctrina.

Frente a las anteriores posiciones, y después de subrayar la inaplazable necesidad de que se cree un título que albergue los delitos contra la familia, sostenemos que es precisamente dentro del mismo donde se debería incluir la presente figura, puesto que con ella se quiere proteger primordialmente la fidelidad conyugal que ambos esposos se deben; conviene aclarar que no nos estamos refiriendo a la fidelidad conyugal que viene recogida de forma genérica en el artículo 56 del Código civil, sino a una fidelidad mucho más concreta. Es decir, lo que tipifica el Código penal es una violación del deber de fidelidad extremadamente grave y reducida al hecho de yacer.

B) *Sujeto pasivo*

El problema fundamental que se plantea es el saber si el sujeto pasivo del adulterio hay que encontrarlo en la familia misma. La respuesta debe ser negativa, pues afirmar que el sujeto pasivo de todos los delitos contra la familia es la familia como tal acabaría por sacar todo relieve teórico y toda importancia práctica a la individualización de aquél. Además, dicha célula no tiene los elementos necesarios para ser considerada una persona jurídica, tratándose mejor de una institución natural, ya que a ella no se le atribuyen derechos y obligaciones, sino que los derechos de familia van referidos a los miembros de la misma.

Así pues, y conforme a la orientación actual que admite que el sujeto pasivo es el titular del interés jurídicamente protegido, estimamos que en este caso no puede ser otro que el propio cónyuge ofendido, puesto que él es el único titular del mencionado interés y el único habilitado para interponer querrela y ejercer el derecho de remisión hacia los adúlteros.

A partir de este momento y en atención a las propias peculiaridades que el adulterio de la mujer y el del marido presentan, se ha llevado a cabo por separado el estudio de ambas figuras.

II.—EL ADULTERIO (DE LA MUJER)

La polémica sobre la naturaleza unipersonal o pluripersonal del delito de adulterio hay que cerrarla aceptando la segunda alternativa, aunque, a primera vista, parezca que el legislador ha prescindido en la redacción de la conducta típica de toda referencia al deber del otro sujeto distinto de la mujer. En efecto, nos hallamos ante un ilícito con dos *sujetos activos*: la mujer casada y el varón distinto del marido.

En la *conducta típica*, aparte de considerar el requisito de la exigencia de un matrimonio preexistente a la comisión del hecho, el punto o eje sobre el que se ha centrado nuestra atención ha sido el verbo que contiene la descripción de la figura delictiva, habida cuenta que es él el que indica la acción. El problema central era darle al verbo yacer una significación precisa. La solución hemos pretendido encontrarla interpretándolo en un sentido estricto, pero sin llevarlo a sus últimas consecuencias exigiendo la “*seminatio intra vas*”.

En este punto de la singladura resultaba obligado plantear una cuestión que por su innegable trascendencia merece ser objeto —y de hecho lo ha sido repetidas veces— de una amplia monografía. Estamos apuntando al fenómeno de la inseminación artificial, concretamente a la inseminación heteróloga de la mujer casada sin consentimiento de su marido, pues éste es el tipo que se ha querido asimilar al delito de adulterio. La incontrovertible exigencia del yacimiento, prevista en el artículo 449 del Código penal patrio, es la razón principal que excluye cualquier posibilidad de configurar como un supuesto de adulterio este tipo de prácticas, que deben ser objeto de incriminación autónoma.

Así como la *antijuricidad* no presenta excesivo interés en estos casos, la *culpabilidad*, sin embargo, es rica en matices. En lo que respecta a la imputabilidad, y precisamente por tratarse de un delito plurisubjetivo, surge la duda de si para que exista la figura delictiva tipificada en el artículo 449 hay necesidad de que los dos sujetos activos sean imputables o bien, se pueda dar aquella aunque uno de ellos no lo sea.

La solución no se encuentra distinguiendo entre que la inimputabilidad afecte a la casada o al co-reo, sino que, con independencia de quién sea el imputable, la infracción puede nacer, sin perjuicio de que en algunos supuestos coexista con otros delitos que derivarán, precisamente, de aquella falta de imputabilidad.

La presente figura sólo se comete a título de dolo en atención a lo dispuesto en el artículo 449, que exige el conocimiento del vínculo matrimo-

nial. Si no consta tal conocimiento no habrá delito, conforme a lo cual, el error que tiene plena relevancia es aquel que versa sobre el elemento del tipo indispensable para que surja el hecho delictivo, que se refiere, pues, a saber que se ha contraído un matrimonio con anterioridad a la comisión del mismo.

Para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su *punibilidad*, siendo éste de todos ellos el de mayor relieve penal. En ciertos delitos —y el adulterio participa de tal característica— no basta que concurren los elementos referidos para que se pueda imponer la pena correspondiente, sino que se exigen determinados requisitos procesales que, de manera indirecta, influyen en la penalidad al depender de ellos la iniciación del proceso.

El legislador español ha configurado el adulterio como un delito privado, requiriendo para su persecución la necesidad de interponer querrela. La exigencia de tal condición de procedibilidad presenta variados problemas en orden, sobre todo, a su titular, a la transmisibilidad y a la renuncia de la misma y a la posibilidad de dirigirla contra uno solo de los culpables.

Atendiendo estrictamente a lo que establece el artículo 450, el titular de la querrela es el marido agraviado y, dadas las características del ilícito, la tesis de la intrasmisibilidad y de la imposibilidad de renuncia son las que deben prevalecer.

Al margen de lo anterior, sería aconsejable la previsión en el articulado legal de un término prudencial, pasado el cual, no cabría deducir la acción contra el culpable. De esta forma, se evitaría la iniciación de procesos que son más bien ansias de revanchas tardías o de censurables intereses económicos.

El requisito de querrellarse contra los dos sujetos activos, si ambos viviesen, no quiere decir que si uno de ellos fuese desconocido, hubiere desaparecido o muerto, el otro quedaría sin poder ser perseguido, pues, de lo contrario, o bien, se premiaría la sagacidad de los adúlteros que han conseguido ocultar la identidad del varón, o bien, se llegaría al absurdo de hacer depender la responsabilidad de una persona de un acontecimiento tan extraño a la misma como es la muerte de otra. La previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 450 tiene su razón de ser en el hecho de que se pretende por parte del legislador que ambos culpables corran idéntica suerte, lo que constituye evidentemente un acierto por su parte.

Junto al anterior requisito positivo de tener que dirigir la acción contra los dos sujetos activos se prevé, respecto al cónyuge inocente, otros dos de carácter negativo y que se concretan en el hecho de “no haber consentido el adulterio” ni “haber perdonado a cualquiera de ellos”. Requi-

sitos que tienen la naturaleza de una condición de perseguibilidad y que presentan innumerables problemas en cuanto a la determinación de su existencia o no, sobre todo, cuando no se han hecho constar de forma expresa.

El ilícito tipificado en el artículo 449 del Código Penal es un delito instantáneo que se *consume* y agota en el momento de la acción carnal. Sin embargo, cuando la repetición de uniones carnales se lleva a cabo con un mismo individuo nos encontramos ante un delito continuado por haber unidad de resolución y de lesión jurídica. Otra de las notas que cabe poner de relieve es su carácter material —el resultado viene integrado por el acto de yacimiento— con la necesaria consecuencia de que son concebibles las *formas imperfectas de ejecución*, que constituyen un problema práctico de enorme trascendencia, puesto que no es sencillo distinguir netamente lo que son actos preparatorios de lo que constituye un inicio de tentativa, al tiempo que los casos de frustración son difícilísimos de apreciar en la práctica. No es de extrañar, pues, que sea constatable una gran contradicción en las resoluciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El hecho de que nos hallemos ante un delito plurisubjetivo no impide que en el mismo quepa la *coparticipación criminal*, sin que sea posible argumentar, en base a la redacción del segundo párrafo del artículo 450, que la acción penal, al estar limitada a tener que deducirla contra ambos culpables, no cabe ampliarla, extendiéndola por motivos de complicidad ni en ningún otro concepto, como sostuvo la antigua sentencia de 3 de junio de 1874.

A modo de puente entre la teoría del delito y la teoría de la pena se analiza la cuestión del *concurso*, haciendo referencia a los supuestos concursales más comunes, después de advertir que en este terreno no se presentan demasiadas dificultades, siendo de aplicación, la mayoría de las veces, los principios generales que sobre la materia tiene previstos nuestra legislación.

El estudio del adulterio de la mujer se concluye con unas reflexiones sobre la *pena*, las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal de los autores y el problema de la responsabilidad civil, rechazando, en última instancia, la idea de que se pueda exigir indemnización de daños y perjuicios a los culpables de este delito.

III.—EL AMANCEBAMIENTO (ADULTERIO DEL MARIDO)

En el análisis del tipo delictivo del artículo 452 no se hace referencia a ciertos problemas por simples razones de economía, dado que muchas cuestiones son comunes a ambas modalidades, por lo que cabe dar por reproducido lo tratado en el adulterio de la mujer.

Indiscutiblemente, el elemento que presenta personalidad propia en el concubinato es el relativo a la *acción típica*, pues al varón casado no se le toma en cuenta el hecho de yacer con mujer que no sea la suya, sino que el legislador, en un alarde de benevolencia, sólo se ocupa de su conducta si tiene manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con notoriedad.

El interés radica, pues, en llevar a cabo una interpretación de los distintos términos del precepto, es decir, en investigar qué hay que entender por “tener manceba”, el sentido de la expresión “casa conyugal” y el del adverbio “notoriamente”.

La expresión “tener manceba” supone tener comercio carnal habitual con mujer que no es la propia o, lo que es lo mismo, tenerla el culpable a su disposición con fines sexuales, no importando que la manceba tenga otras relaciones de carácter sexual si éstas no afectan a la continuidad y permanencia de las que sostiene con el marido infiel. Tener no significa mantener, de tal forma que la conducta típica se puede dar sin que el cónyuge adúltero sostenga económicamente a la manceba.

Por “casa conyugal” se entiende el domicilio legal de los esposos, donde habitualmente residen y desarrollan su vida familiar. Aunque la mujer se halle temporalmente ausente del domicilio, éste no perderá el carácter de casa conyugal; del mismo modo, el hecho de que la mujer no viva en la casa del marido, por encontrarse depositada judicialmente o por otra razón, tampoco priva al domicilio del carácter conyugal mientras no se acredite la separación legal del matrimonio. Sólo en este último supuesto, al producirse la suspensión de la vida en común de los casados, conforme al artículo 104 del Código civil, no podrá hablarse de domicilio conyugal.

Fue el Código penal de 1944 el que sustituyó el inciso “con escándalo” por el de “notoriamente” tratando de objetivar la expresión legal por reputar demasiado equívoco y subjetivo el concepto del Código de 1870, que resultaba propicio a valoraciones diferentes, dependientes de la sensibilidad del juzgador y de la del ambiente social y moral de las personas que constituían el mundo circundante de los presuntos amancebados. El

nuevo término, sin embargo, no ha evitado los problemas señalados y en la doctrina jurisprudencial se aprecia una absoluta falta de uniformidad.

En el área de la *culpabilidad* el delito de amancebamiento aparece como una infracción dolosa. El elemento subjetivo viene integrado por el dolo, que comprende: por parte del marido, el conocimiento de la existencia del vínculo matrimonial que le une a otra mujer y la voluntad de tener manceba; por parte de la manceba, el conocimiento del estado matrimonial del varón y la voluntad de mantener relación carnal habitual y continuada con el mismo, a pesar de conocer la anterior circunstancia.

Respecto a la *punibilidad*, todo lo referido sobre la querrela, el consentimiento y el perdón, "mutatis mutandis", es aplicable aquí en virtud de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 452, que se remite a lo establecido en los artículos 450 y 451.

Un momento perfectamente diferenciado de esta modalidad de adulterio con respecto al cometido por la mujer es el relativo a la *consumación* del hecho y que viene condicionado por la naturaleza de delito permanente que caracteriza al concubinato. La presente infracción se consuma en cuanto se inicia la relación sexual habitual y continua y no cesa mientras dure ésta. La consecuencia obligada de lo anterior es la imposibilidad de que se puedan apreciar formas imperfectas de ejecución, puesto que, o la conducta es permanente y el delito se ha consumado, o la misma no tiene aquel carácter y nos encontramos ante acciones totalmente indiferentes a una consideración jurídico-penal.