

LA DESPENALIZACION DEL ADULTERIO Y DEL AMANCEBAMIENTO EN ESPAÑA

I

TEXTO DE LA LEY Y DISPOSICIONES CITADAS

1. *Ley 26 mayo, 1978, núm. 22/78 (Jefatura del Estado). Despenalización del adulterio y del amancebamiento*¹.

ARTÍCULO 1. 1. Se derogan los artículos 449 a 452 del Código Penal y, en consecuencia, queda suprimido el capítulo VI, título IX, del libro segundo, de dicho Código, que lleva como rúbrica la expresión "Adulterio", rectificándose correlativamente la numeración de los capítulos VII y VIII, que pasan a ser el VI y VII.

2. Igualmente se deroga el último párrafo del artículo 443 del C.P.².

ART. 2. 1. Se deroga el número 7 del artículo 84 del C. Civ. y se traslada a su lugar el texto del número 8 del mismo artículo.

2. Se deroga parcialmente el artículo 109 del C. Civ. que, con la supresión de su último inciso, queda redactado así:

"El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad".

ART. 3. 1. Se deroga el número 5 del artículo 756 del C. Civ. También se derogan las remisiones a esta disposición contenidas en el artículo 758, párrafo 2.º, y en los artículos 852, 853, párrafo 1.º, y 854, párrafo 1.º, quedando eliminadas de los mismos las menciones del núm. 5 del artículo 756.

2. El texto del número 6 del artículo 756 se traslada al número 5 y el texto del número 7 se traslada al número 6.

3. En el número 3 del artículo 756 se sustituye la expresión "pena aflictiva" por la de "pena no inferior a la de presidio o prisión mayor".

ART. 4. Se modifica el artículo 852 del C. Civ., cuyo texto pasa a ser el siguiente:

"Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1, 2, 3 y 6. Asimismo es justa causa para desheredar haber cometido adulterio con el cónyuge del testador".

¹ B.O.E. de 30 de mayo de 1978 (n.º 128). Rectificada con arreglo al B.O.E del 2 de junio.

² Consideramos que esta derogación únicamente alcanza al último párrafo de dicho artículo.

ART. 5. 1. En el párrafo 1.º del artículo 853 se incluyen los hijos adoptivos, quedando redactado de esta forma:

“Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes legítimos y naturales, así como a los hijos adoptivos, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3 y 6, las siguientes”.

2. En el párrafo 1.º del artículo 854 se incluyen los padres adoptantes, quedando redactado así:

“Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes legítimos y naturales, así como a los adoptantes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1, 2, 3 y 6, las siguientes”.

2. *Artículos derogados.*

CÓDIGO PENAL

(TITULO IX.—DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD)

CAPÍTULO VI.—*Adulterio*

ART. 449. El adulterio será castigado con la pena de prisión menor.

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.

ART. 450. No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido agraviado.

Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren y nunca si hubiere consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de ellos.

ART. 451. El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte.

En este caso se tendrá también por remitida la pena al adulterio.

ART. 452. El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella, será castigado con prisión menor.

La manceba será castigada con la misma pena o con la de destierro.

Lo dispuesto en los artículos 450 y 451 es aplicable al delito castigado en el presente respecto a la mujer agraviada.

ART. 443. Ultimo párrafo: “Para proceder por los delitos de adulterio y amancebamiento se estará a lo dispuesto en los artículos 450 y 452, párrafo 3.º”

CÓDIGO CIVIL

ART. 84. Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

7.º Los adúlteros que hubieren sido condenados por sentencia firme.

ART. 109. El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera.

ART. 756. Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

5.º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

3.º El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena afflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

II

COMENTARIO

Hablamos en el terreno jurídico, ya que el círculo de la Moral, prohíbe tajantemente el adulterio. E incluso, para qué más, El Decálogo o Mandamientos de la Ley de Dios, ordena: «No adulterarás»¹.

El Proyecto de despenalización del adulterio quedó recogido en «Los Pactos de la Moncloa» y en su 2.º Programa referente al Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política, aprobado en 27 de octubre de 1977, por el Congreso y en 11 de noviembre de 1977, por el Senado². Notemos que no es forma democrática de legislar, pues la representación la tienen los Procuradores o Diputados, para actuar en La Cámara, no fuera de ella, y con todas las representaciones de los diferentes Grupos, no como en estos Pactos, que no los integraron todos los Grupos, aunque sí los más nutridos y algunas minorías. Aparte de esta consideración exponemos también la de que todos los Pactos son de índice programático, en expectativa de lo que legislen las Cámaras y el Gobierno; y a tal Programa se opuso a suscribir el Grupo representativo acaudillado por Fraga Iribarne y con razón, como veremos.

Así la Prensa con carácter general en la Nación, y al parecer con el marchamo oficial, expandió la idea de sustituir la penalización, por sanciones civiles, siguiendo incluso la opinión de autorizados tratadistas, y que nuestros gobernantes y legisladores, concretaron en «sanción civil de desheredación». Y como presupuesto, como en la legislación anterior, pero sin el carácter penal, para el divorcio o separación de cónyuges, que estaba ya admitido en el art. 105 C. C. Repetimos con penalización, hoy sin penalización. También estaba, la desheredación por causa de indignidad, en el art. 756 (5.º) C. C. pero tal causa de desheredación tenía por base un adulterio penalizado.

No se ha tenido en cuenta, lo que era problemática del Código Italiano de 1930, que considera la condena de adulterio como un presupuesto para el divorcio o separación de cónyuges, según el art. 562 C. P. antedicho. Y tanto la sentencia de adulterio como de concubinato. Caduca ese derecho a los tres meses de la Sentencia de condena.

Así podemos colegir que los intentos de los pactistas, cristalizaron en la Ley de 26 de mayo de 1978, y así pues solo se considera el adulterio, parece ser, como un ataque a una obligación civil de fidelidad conyugal, conforme, mejor, contraviniendo el art. 56 C. C. y como injustamente parece destacar esa Ley, al no sancionar para nada al que yace en adulterio con la mujer del «inocente», ni a la manceba del marido. Lo que supone radicalmente dos tremendas injusticias: Ser más sancionados los ricos que los pobres, al deshe-

¹ Exodo 20, 14.

² *Los Pactos de la Moncloa* (Colección "Informe"), Madrid 1977, pp. 78 y ss.

redarlos, y no sancionarse en cambio al que antes podríamos denominar correo.

Y en el art. 4 de la antedicha Ley se dice: Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los arts. 853, 854, 855, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en los nn. 1, 2, 3 y 6 del art. 756 C. C. Asimismo es justa causa para desheredar haber cometido adulterio con el cónyuge del testador, como se dice taxativamente en la Ley.

Pero no sólo vemos injusto despenalizarlo por lo anticipado. Se ha dicho por diversos autores como Langle³, que los efectos no se consiguen, ni con la amenaza, ni con la ejecución de la pena. Cobo del Rosal⁴, Muñoz-Conde⁵, Carnelutti⁶, Pisapia⁷, Manzini⁸, vienen a concebir el adulterio, como el ataque a los derechos familiares, bien al orden jurídico matrimonial, relaciones conyugales sexuales, donde se lleva la labor de posesión, fidelidad conyugal, sexual y su traducción en exclusividad sexual, una de las fidelidades del art. 56 C. C. En el amancebamiento además el modo en que dicho quebrantamiento se produce, tener manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella, art. 452 C. P., según las Sentencias de 4 de abril y 30 de mayo de 1974 y 7 de marzo de 1975.

Bonet Ramón⁹ comentando el art. 56 C. C. dice: «La comunión espiritual que debe presidir en todo matrimonio, no puede ser plena si no va acompañada de una perfecta, mutua y exclusiva entrega de los cuerpos, toda relación extraña contamina el tálamo y constituye una violación del deber de fidelidad».

Y nuestro Tribunal Supremo, dice ser: «un ataque contra el interés, el orden moral y jurídico del matrimonio y de la familia», según las Sentencias de 12 de febrero de 1875, 11 de febrero de 1954, 30 de junio de 1955. Y la Sentencia de 20 de enero de 1970 dice «...que la moral colectiva también de una manera refleja se agravia».

Muñoz-Conde dice que el movimiento político-criminal contrario al castigo, es parejo a la introducción del divorcio, que no excluye los daños morales y asistenciales que comporta el adulterio, no sólo en el cónyuge engañado, familia e incluso en la prole, pero dice que la reparación debe corresponder al Derecho civil¹⁰. Pero no aceptamos que la reparación sea sólo en el orden civil, ya que habla de los daños morales, aunque estos por el perjuicio que deban o puedan producir, sean también objeto de reparación civil, conforme

³ LANGLE: *¿Debe constituir delito el adulterio?*, Madrid 1922.

⁴ COBO DEL ROSAL: *El bien jurídico del adulterio*, "Anuario de Derecho Penal", 1963, setiembre-diciembre, pp. 512, 528 y ss.

⁵ MUÑOZ-CONDE: *Derecho Penal (Parte Especial)*, Sevilla 1977, pp. 87 y ss.

⁶ CARNELUTTI: *Teoria generale del reato*, Padova 1953, p. 53.

⁷ PISAPIA: *Delitti contro la famiglia*, "Enciclopedia di Diritto", 16 (1967) 521.

⁸ MANZINI: *Trattato*, 7, pp. 716-717.

⁹ BONET RAMÓN: *Código Civil comentado*, Madrid 1962, p. 128.

¹⁰ MUÑOZ-CONDE: *Derecho Penal* (obra cit.), p. 367.

al art. 104 del Código penal (Sentencia de 4 de abril de 1936, dictada por la Sala de lo civil), a más de la penal.

Así pues opinamos que por una razón de proporcionalidad y correspondencia sistemática con la legislación penal, si se penan los ataques al honor de las personas, según Sentencia de 24 de noviembre de 1965 entre otras, en el delito de injurias e incluso las injurias reflejas al marido, por imputaciones hechas a la mujer¹¹ y siendo también la injuria, una acción, ejecutada, en deshonra, descrédito o «menosprecio» de otra persona, según el art. 457 C. P. ¿es que no cabe apreciar tal injuria en el acto del adulterio? Y que conlleva, claro es, daño moral y responsabilidades penal y civil. Así quedan refutadas las opiniones de los maestros Jiménez-Asúa y Antón Oneca¹², de ser un absurdo e injusto proclamar que se produce menoscabo de la honra del marido o de la mujer inocentes, por la conducta del cónyuge infiel.

El bien jurídico, o mejor bienes jurídicos en el adulterio son varios. Soler¹³ dice, no ser la honestidad, sino el orden de familia, Rodríguez Muñoz, Rodríguez Devesa y Jaso¹⁴ dicen, no ser sólo el pudor, sino también el orden de familia. Y ya anticipamos con Cobo del Rosal y otros autores los distintos bienes jurídicos que según ellos se atacan en el adulterio y cómo incluso Cobo del Rosal¹⁵ habla del honor, posición a la que no se adscribe, sin dar razones para ello y lo mismo sucede a otros autores, como Bello Landrove¹⁶.

Muñoz-Conde, se expresa así: «El hombre o individuo, como la persona jurídica, necesitan de una reputación social. Se integra en diversos estratos sociales, miembro de la humanidad, cultura occidental, de una nación, de una religión, clase profesional, laboral, etc., de un matrimonio como institución que es, añadimos. El honor en ese sentido objetivo, es la suma de cualidades, que se atribuyen a una persona y son necesarias, para el cumplimiento de dichos roles específicos que se encomiendan, y un rol específico decimos nosotros es ser un buen esposo, no un esposo inocente»¹⁷. Y siendo la injuria, repetimos, toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona, según el art. 457 C. P., lleva el adulterio embebida una injuria grave, según el art. 458 C. P., núm. 4.º las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendidos el «estado», dignidad y circunstancias del ofendido y ofensor. E incluso se podría adscribir algún número más de mencionado artículo.

También creemos existe atacado el derecho a la intimidad personal y familiar, recogido en el Anteproyecto de la Constitución, art. 18, e impreso en

¹¹ QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid 1962, p. 1081.

¹² JIMÉNEZ-ASÚA y ANTÓN ONECA: *Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid 1929, p. 255.

¹³ SOLER: *Derecho Penal*, Buenos Aires 1973, tomo III, pp. 271 y ss.

¹⁴ RODRÍGUEZ MUÑOZ, RODRÍGUEZ DEVESA y JASO: *Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid 1949, p. 260.

¹⁵ COBO DEL ROSAL: *El bien jurídico del adulterio*, "Anuario de Derecho Penal", 1963, (obra cit.) setiembre-diciembre, p. 512.

¹⁶ BELLO LANDROVE: *La familia y el Código Penal Español*, Madrid 1977, p. 291.

¹⁷ MUÑOZ-CONDE: *Derecho Penal (Parte Especial)*, Sevilla 1976 (obra cit.), p. 88.

el «Boletín Oficial de las Cortes» de 5 de enero de 1978, y que también en el texto definitivo se plasma, garantizándose el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con el art. 18-1. Y es así, que en la Historia de los derechos humanos o de las Declaraciones de los Derechos humanos, y baste evocar el art. 12 de las Declaraciones de la O.N.U. de 10 de diciembre de 1948 que, según Resolución de la Asamblea General se estableció: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su «vida privada, su familia», su domicilio o su correspondencia, ni de ataque a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques. Esas exigencias han sido también refrendadas por el art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos, aprobado por la Asamblea General de la O.N.U. de 16 de diciembre de 1966 y por el art. 8 de la Convención de Roma de 4 de noviembre de 1950. Y así en esa dimensión de relación es, pretende el sujeto humano desplegar también su libertad y requiere del ordenamiento jurídico, una protección tan completa, igual y segura, como sea preciso para mantener incólume, ese nido caliente de los afectos sinceros y de las presencias amadas.

Fueron los americanos Brandeis y Warren, quienes en un artículo publicado en 1890, definieron el término «privacy», como el derecho a ser «dejado a solas». Y esa definición se actualiza con otras, como la de la *Oficina ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos de América de 1977*, que bien vemos poder aplicar a la problemática del adulterio: El derecho a la intimidad es el derecho del individuo a decidir por sí mismo, en qué medida quiere compartir con otros, sus pensamientos, «sus sentimientos» y los hechos de su vida personal. Y Georgina Batlee¹⁸ dice: El derecho a la intimidad, es el derecho que compete a toda persona a tener una esfera reservada, en la cual desenvolver su vida, sin que la indiscreción ajena, tenga acceso a ella. Esos pensamientos van enriqueciendo nuevos Congresos y Asambleas, que imponen esas determinaciones.

En definitiva creemos ser los bienes jurídicos atacados, el pudor, honestidad matrimonial, fidelidad sexual, dentro del marco del art. 56 C. C. honor personal y matrimonial del cónyuge inocente y el derecho a la intimidad personal y familiar.

Sobre que el correo en el adulterio no lesiona la fidelidad conyugal Gimbernát¹⁹, Núñez Barbero²⁰, etc., opinan no ser preciso para su incriminación, por el art. 14-3.º C. P.: Son autores, dice el Código penal, los que cooperan a la realización del hecho con un acto sin el cual no podría ser realizado, y que se concreta en el art. 449 C. P., en el yacer con varón que no sea su ma-

¹⁸ GEORGINA BATLEE: *El Derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy 1972.

HARO SALVADOR: *El derecho a la intimidad como derecho fundamental*. En el Boletín Informativo de la Asociación de Graduados de I.C.A.D.E. Número extraordinario, 1976, p. 30.

¹⁹ GIMBERNAT: *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Madrid 1966.

²⁰ NÚÑEZ BARBERO: *Derecho Penal común y militar*, ADPCP, 1971, pp. 745-746, nota 152, y en *Reforma Penal de 1870*, Salamanca 1969, p. 64.

rido «y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio».

Según Maurach²¹, bienes jurídicos del particular, son el honor y la esfera íntima, entre otros. Bien de la colectividad, entre otros dice ser la honestidad. Por ello nos parece bien, se persiga el adulterio a instancia de parte o por querrela privada, como prescriben los artículos 450 y 452 C. P., el primero referido al adulterio y el segundo al amancebamiento. Querrela privada a esgrimir por el marido o mujer agraviados. Claro es antes de estar en vigor la Ley precitada de 26 de mayo de 1978. Y así se establecía en el Código Penal, que no podrían deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieran y nunca si hubieran consentido al adulterio o perdonado a cualquiera de ellos. E incluso remitir la pena impuesta al consorte, lo que se entenderá también remitida la pena al adúltero, según determinaba el art. 451 C. P. Y lo mismo, caso de amancebamiento se hará respecto de la mujer agraviada según prescribía el art. 452 C. P.

La fuerte carga de delitos contra la honestidad, que como bien de la colectividad, tienen la violación, abusos deshonestos, estupro y raptó, pesó en los legisladores de la Reforma del Código penal de 1944, para considerarlos, todos ellos, delitos públicos, no semipúblicos como se viene diciendo²², pues la clasificación es por la clase de acción, y así la querrela es pública o privada, según el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con el ejercicio de la querrela pública por el Ministerio Fiscal, previa denuncia, que no constituye en parte, de determinadas personas, como son la agraviada o cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho, por este orden. E incluso el Fiscal podrá denunciar de oficio, y el Juez proceder de oficio, si la persona agraviada es de todo punto desvalida, así preceptúa el art. 443 C. P. §§ 1.º y 3.º C. P. En cambio como los delitos de adulterio y amancebamiento, tienen más fuerte carga de delitos contra bienes particulares, como son el honor e intimidad personal, respecto de la menor carga contra el pudor y honestidad matrimonial, aparte de la contradicción a la fidelidad sexual, ya que la cohabitación como dice Della Rocca²³, es preeminente obligación recíproca y de contenido eminentemente jurídico, y así se recomienda y encomienda la defensa de la Institución matrimonial, por lo que hizo bien nuestro legislador o legisladores anteriores en constituirlo delito, que la República suprimió en el Código de 1932, y que se volvió a implantar con la Ley de 11 de mayo de 1942, manteniéndolo en el Código de 1944, no en el primer Capítulo de los «Delitos contra la Honestidad», como se hacía en los Códigos anteriores a 1932, sino en el último Capítulo del Título IX de los Delitos contra la Honestidad. Como también lo hizo el Código de la Dictadura en 1928. Lo que es actuar con plena lógica.

²¹ MAURACH: *Derecho Penal (Parte General)*. Traducción Córdoba Roda, Barcelona 1962, tomo I, p. 252.

²² JIMÉNEZ ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Buenos Aires 1963, pp. 275 y ss.

²³ DELLA ROCCA: *Appunti sul nuovo Diritto di famiglia*, Milano 1976, pp. 2, 3, 7 y 8.

No aceptamos lo de Groizard²⁴, al decir, que ni la honestidad de los culpables, ni del inocente, ni la pública, pueden ser ofendidas en el adulterio, pues ya se aludió, cómo Rodríguez Muñoz, R. Devesa y Jaso, opinan que se ataca también al pudor, y al orden de la familia, y desde luego se ataca a la honestidad matrimonial, que como Institución²⁵ merece defensa. Y así sigue diciendo Groizard, que sólo se atacan los deberes familiares, aceptados por los esposos ante Dios y los hombres. Y así concluimos nosotros, que como Institución que es el Matrimonio, y a la que el adulterio viene a atacar en su base, merece la reprobación de la Sociedad, como así la privada.

Creemos haber cumplido lo que el reciente Papa, Juan Pablo II, había pedido a los Obispos Polacos: Libertad de expresión, con el fin de que la opinión pública, tenga independientemente de los puntos de vista políticos y sociales, el derecho de conocer la verdad y expresarse sin constricciones ni temores²⁶. ¿Vendrá a contravenir la Ley de 26 de mayo de 1978, el art 39 de la Constitución, que preceptúa: «Los poderes públicos aseguran asimismo la protección jurídica y social de la familia»?

JOSÉ GARCÍA-PUENTE LLAMAS
Juez y Fiscal de Distrito

²⁴ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA: *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Madrid 1913, tomo V, pp. 7 y 70.

²⁵ CASTÁN: *Derecho Civil Español, común y foral*, 9.ª edic., Madrid 1976, tomo V, vol. I, pp. 107 y ss.

²⁶ *Diario ABC de Madrid* de 17 de octubre de 1978, p. 8.