

El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código Penal)

MANUEL COBO

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Observación general.—2. Examen de la sistemática legal.—3. El honor del marido como bien jurídico. Crítica.—4. El adulterio como delito contra la familia. Distintas posiciones. Estudio crítico.—5. El bien jurídico protegido. Planteamiento. Distintos aspectos. Su concreción.

1. El examen del bien jurídico protegido contribuye, en gran medida, al tratamiento técnico del delito en particular (1), puesto que proporciona una fundamental razón incriminativa, de índole sustancial, inmejorable para su justa comprensión. Ofrece, pues, el nódulo —que dijera von Listz (2)—, una visión material, sumamente importante en la interpretación y construcción sistemática del precepto.

No obstante, se ha de reseñar, que si bien es cierto que no todo el delito se encuentra en el bien jurídico, ni su examen ha de agotar la labor interpretativa, no lo es menos que resulta indispensable a su noción, como asegura G. Bettiol (3). Mucho más en el presente delito, cuya objetividad jurídica infringida resulta difícil de concretar, proyectándose su virtualidad en un buen número de detalles técnicos del máximo interés, conforme se verá en su lugar.

2. Nuestro Código penal, al igual que otros cuerpos legales europeos, ha incluido el adulterio dentro del título de “delitos contra la

(1) El presente estudio es un título de un trabajo más amplio que versa sobre los delitos de adulterio y amancebamiento.

Se dedican estas páginas a la memoria del profesor Cuello Calón, participando de esa forma en el Homenaje organizado por la sección de Derecho penal y Anuario de Derecho penal y Ciencias penales del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

(2) FRANZ VON LISTZ, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6.^a y 7.^a ed., Berlín, 1908, pág. 295, con la que inicia el estudio de la Parte Especial. Bibliografía acerca del bien jurídico, en referencia con el estudio de los delitos en particular, en M. COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores*, en ADPCP, 1961, nota 6-10, págs. 209-211.

(3) Así, G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, en Riv. it. di diritto e proc. pen., 1959, pág. 716.

honestidad" (4), siguiendo una actitud que no ha dejado de ser criticada por la doctrina española.

Así, Groizard, con acierto, se preguntaba: "¿Qué derecho ofende el adulterio? ¿La honestidad? La del culpable no puede ser. La lesión ha de ser de un derecho ajeno." Y continúa: "¿Será la honestidad pública la ofendida por los adúlteros? Tampoco. Lejos de pretender tal cosa aquéllos, todo su empeño, en esta clase de delitos, se suele cifrar en procurar que sus actos no lleguen a noticias de nadie, no por miedo de ofender el *pudor en general*, sino por no perder ellos su propia fama" (5).

En realidad, el legislador español no ha estado afortunado con la inscripción del adulterio en la rúbrica de "contra la honestidad"; pero cabe preguntarse: ¿en qué otra de las *existentes* podría ser incluido?

(4) Así, por ejemplo, el Código penal francés (arts. 377 y sigs.), de Mónaco (arts. 326 y sigs.), de Holanda (art. 241), de Portugal (art. 401). Vid. *Les Codes pénaux européens* (Publicados por el Centro francés de Derecho comparado), t. II, París, 1957, pág. 683; t. III, París, 1958, págs. 1248, 1426 y 1598. De interés la exposición de Mittermaier, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* (Bensond. Teil), t. IV, Berlin, 1906, páginas 90-91, en la que se plantea la cuestión de su distinta comprensión como delito contra la honestidad, contra la institución del matrimonio o contra la fidelidad conyugal, con consideraciones de Derecho comparado. También para los problemas de sistemática legal y exposición de las diferentes actitudes mantenidas por los diversos legisladores sobre este extremo, K. TOEBELMANN, *Angriffe auf die Ehe und Verletzung von Familien- und Unterhaltungspflichten*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. II (Bensond. Teil) (Rechtsvergleichende Arbeiten), Bonn, 1955, págs. 169 y 171.

(5) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. V, Salamanca, 1893, pág. 6. En términos semejantes al antiguo comentarista: JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTON ONECA, *Derecho penal, conforme al Código de 1928* (Parte Especial), 1.^a ed., Madrid, 1929, pág. 255. También Quintano Ripollés estima que se va abandonando la idea de su inclusión en dicha rúbrica. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, vol. II, Madrid, 1946, pág. 302. Del mismo, *Compendio de Derecho penal*, vol. II (Parte Especial), Madrid, 1958, págs. 229 y 261. Recientemente, el mismo autor, le inscribe como "delito contra las relaciones familiares en su aspecto sexual", aunque no desconoce que "vulnerando bienes de tan diversa dimensión como son el vínculo matrimonial y su carácter sacramental en lo religioso y la honestidad como valor abstracto, se comprende que unas veces se haya optado por referir la incriminación al fuero familiar, como ocurrió en las antiguas fuentes romanas y germánicas, y otras a la moralidad, buenas costumbres u honestidad, como es el caso en el derecho español vigente". (*Curso de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1963, página 383). Para Ferrer Sama, el adulterio si bien constituye un atentado contra la honestidad, "no puede desconocerse el hecho de que antes que un atentado a la honestidad se quebranta el orden familiar" (A. FERRER SAMA, *Adulterio*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1950, pág. 424). En parecido sentido E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal conforme al Código penal texto refundido de 1944*, t. II (Parte Especial), 11.^a ed., Barcelona, 1961, págs. 574-575. La opinión de GROIZARD es también recogida por RODRÍGUEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, t. II (Parte Especial), Madrid, 1949, pág. 274.

Expresamente descartan, entre otros, la posibilidad de configurarlo como delito contra la honestidad, DIEGO VICENTE TEJERA, *El Adulterio*, La Habana, 1928, págs. 253-259, y JAGUSCH, *Strafgesetzbuch* (Leipziger Kommentar), t. II, 8.^a ed., Berlín, 1958, pág. 73.

La única que apenas pudiera rozar su *ratio iuris*, a excepción de la de “delitos contra el honor”, es la ya citada, puesto que nuestra legislación no ofrece lugar más idóneo para albergar el adulterio. De aquí que, en consecuencia, necesariamente se haya tenido que adoptar esa posición, desde el momento que recogíendolo en otros títulos a la sazón vigentes hubiera sido más impropio e impropcedente, pues los distintos legisladores españoles, a pesar de las innumerables oportunidades de reforma, parece que todavía no se decidieron a crear una rúbrica de delitos contra la familia, desoyendo, una y otra vez, las innumerables propuestas de la doctrina científica (6). Tampoco ha prestado la menor atención el texto revisado de 1963, que le ha mantenido en los delitos “contra la honestidad”, aunque es de esperar que en la tantas veces anunciada reforma total (7) se consagre, de una vez y para siempre, la expresa protección penal de la *familia*.

Por nuestra parte, debemos abundar en la tesis de que en forma alguna es la honestidad el bien jurídico protegido, sin que nos encontremos vinculados a la sistemática legal. Que el Código utilice una sistemática censurable, no significa que el intérprete deba someterse a ella, quedando su examen condicionado a lo que constituiría un auténtico prejuicio, pues no debe olvidarse que la investigación sobre el bien jurídico obedece más bien a instancias sustanciales que a las puramente formales (8).

Existe, por tanto, una cierta libertad en su busca, siempre y cuando la configuración del mismo sea extraída de los tipos penales —que no de la simple rúbrica—, que en verdad son los únicos que condicionan al intérprete, debiendo ser inexorablemente aceptados por éste.

No se desconoce, sin embargo, que existe una “íntima relación

(6) Extensamente sobre este extremo, M. COBO, *art. cit.*, págs. 223-227, y la bibliografía allí citada, así como para las pertinentes razones en orden al fundamento político-constitucional de su creación: “en nuestro más reducido campo, y prescindimos de otras consideraciones derivadas del mismo razonamiento, solamente podría liberarse nuestro Código del reproche formulado, creando, entre otras rúbricas, una que agrupe y contenga los diversos ataques contra la familia, conforme ha venido apuntando la doctrina española en más de una ocasión. De esta manera, sería normativamente lógico y consecuente comenzando a desaparecer el trasnochado individualismo que informa, las más de las veces, el Código penal vigente”.

(7) El preámbulo del texto revisado de 1963 alude de nuevo a ello, cuando dice: “la revisión parcial ordenada por la citada ley da a entender que anida la idea de emprender una *reforma completa*”. Vid., J. DEL ROSAL, *Esquema de un Anteproyecto de Código penal español* (Discurso), Madrid, 1964, págs. 9 y sigs.

(8) En el mismo sentido, aunque para diferente delito, J. M. NAVARRETE, *La omisión del deber de socorro* (Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal), en Rev. Fac. de Derecho de Madrid, 1959, págs. 422-423, en donde se indica expresamente que “el bien jurídico es algo *sustancial*, que tiene su naturaleza propia y que no puede ser desvirtuado por obra del legislador”. Recientemente, y con virtualidad para la estructura general del delito, se acentúa también el anterior aspecto por el prof. NAVARRETE en *Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito*, Sep. de Anales de la Universidad de Valencia, C. III, vol. XXXVI, 1962-63, págs. 62 y 66.

entre la moralidad pública y la proporción de adulterios" (9), aunque tal afirmación no es suficiente para su construcción como genuino atentado contra la honestidad: que haya, en efecto, una relación, no significa aceptar su relieve como objetividad jurídica, en razón a que el adulterio no implica siempre, forzosamente, un quebranto de la moralidad pública, pues puede realmente verificarse el delito, sin menoscabo de esta última, careciendo, por tanto, de la nota de generalidad que ha de caracterizar el bien jurídico protegido.

3. Se han querido acentuar, por obra de algunos autores (10), otras vertientes interpretativas que, en cierta medida, caen por fuera del área estrictamente familiar.

Así, se ha dicho que, en realidad, aquello que se lesiona con el adulterio es, simplemente, el honor del cónyuge traicionado. El adulterio sería entonces, incluso antes que delito de adulterio, una injuria, en la medida que quebranta el anterior bien jurídico (11), y de acuerdo con las particularidades de su derecho positivo se ha planteado en la literatura alemana la hipótesis del concurso entre ambas entidades delictivas (12).

La anterior consideración no puede ser desconocida dado el decisivo papel que la protección del honor, o si se quiere de la honra, ha venido desempeñando en la legislación penal española.

En inmediata referencia con el adulterio, se ha pensado, que no

(9) Como expresamente dice, MIGUEL E. DE CARMONA, *El adulterio en Derecho civil, canónico, social, penal y procesal*, Barcelona- Madrid, s. f., pág. 251. También Rodríguez Devesa, recientemente, aun reconociendo que es opinión dominante aquella que ve en el adulterio una contradicción a los deberes familiares y a la fe conyugal y, por tanto, al orden propio de los derechos familiares, afirma que, "desde un punto de vista sistemático, siendo cierto cuanto decía Groizard, el legislador ha pensado, sin duda, en la moral colectiva que evidentemente se resiente con estas conductas" (RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (Parte Especial), t. I, Valladolid, 1963, pág. 156).

(10) Vid DE CARMONA, *ob. cit.*, págs. 249-250. Sobre los extremos que a continuación se exponen, NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderer Teils*, Tübingen, 1950, págs. 104-105. También la bibliografía recogida en la nota 13 de este trabajo.

(11) Vid. NIETHAMMER, *ob. cit.*, pág. 105. A juicio de De Carmona el ataque contra el honor del marido si bien "es lógico en la literatura, no es admisible como motivación de una sanción establecida por el Derecho" (*ob. cit.*, pág. 251). De interés la exposición de JOHANNES OBERMANN, *Der Ehebruch im Strafrecht*, Berlín, 1914, pág. 40. También, J. BASTERO ARCHANCO, *La protección jurídica del honor en el Proyecto de Código popular alemán*, Zaragoza, 1945, esp. págs. 7-8, para la concepción del honor en general.

(12) Vid., además de las ya cit., WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, (Eine systematische Darstellung), 7.^a ed., Berlín, 1960, pág. 362. MAURACH, *Deutsches Strafrecht* (Besond. Teil), 2.^a ed., Karlsruhe, 1956, págs. 361-362. MEZGER, *Strafrecht* (Studienbuch) (Besond. Teil), 4.^a ed., München-Berlín, 1954, página 277. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 9.^a ed. München-Berlín, 1959, pág. 692. JAGUSCH, *ob. cit.*, pág. 75. KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 42 ed., Berlín, 1959, pág. 412. O. SCHWARZ-E. DREHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen*, 23 ed., München-Berlín, 1961, página 478, entre otros.

otra cosa significaba el suprimido artículo 428 (13), y con posterioridad, la expresada alusión al número 4 del artículo 8 del Código penal, entre otros, por la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 (14), en orden a la futura resolución de semejantes supuestos.

También cabría decir que la propia colocación sistemática —anterior al texto revisado de 1963—, que situaba al adulterio en el último capítulo de los delitos “contra la honestidad” e inmediatamente antes de los “contra el honor”, abonaba dicha interpretación, por si no fuere suficiente que la protección de la honra en nuestro Código adquiere tal prevalencia que, en algunos casos, disminuye el alto rango que corresponde al bien más cotizado, cual es la vida humana (15). Igualmente, se vería reforzada la presente forma de razonar, desde el momento que, cualquier mediano observador de la realidad social y cultural española concluiría, sin más remedio, que el adulterio es tenido por afrentoso en lo que al marido agraviado se refiere.

Todavía más, y cerrando el ciclo lógico de la argumentación —se diría—, que desde esta perspectiva es explicable perfectamente la prohibición que supone el párrafo segundo del artículo 450 del Código penal, cuando determina que nunca podrá deducirse querrela si se hubiere

(13) De interés, D. V. TEJERA, *ob. cit.*, págs. 185 y sigs. JOSÉ PECO, *El uxoricidio por adulterio*, Buenos Aires, 1929, esp. págs. 139 y 540 entre otras, en referencia con el honor entendido como bien jurídico. También el *Prólogo* de Jiménez de Asúa a la anterior obra (págs. VIII-XVI). Para las distintas posiciones mantenidas sobre el antiguo artículo 428, vid., entre otros, BASTERO-ARCHANCO, *La legítima defensa del honor*, Zaragoza, 1942, págs. 86-90. J. PEREDA, *El uxoricidio*, en ADPCP, 1951, págs. 518-546. QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio como parricidio privilegiado*, en ADPCP, 1955, esp. págs. 7-8. J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *La protección al honor en el Derecho español*, sep. de Rev. Gal. de Legis. y Jurisp. Madrid, 1958, pág. 22. D. MOSQUETE, *La impunidad del uxoricidio legal*, en Rev. Esc. de Est. Peniten., número 150, 1961, págs. 2698-2708. SÁINZ CANTERO, *El uxoricidio por causa de honor y la reforma del Código penal*, separata de la Rev. del Colegio de Abogados de Granada, 1962, esp. pág. 4; y la bibliografía por ellos citada.

(14) Así se interpreta la citada Ley por Sáinz Cantero quien por esta razón la crítica (*art. cit.*, pág. 10). La base octava de la Ley de 1961, decía: “se suprimirá el artículo 428, ya que la finalidad que se propone en este precepto se logra a través del juego de los principios generales de las eximentes primera y cuarta del artículo octavo, o de las atenuantes quinta, sexta y octava del artículo noveno”. La doctrina científica ha estado de acuerdo en la supresión: Vid. E. RUIZ VADILLO, *Contribución al estudio de la reforma del Código penal*, en Rev. de Dcho. Judicial, núm. 9, 1962, págs. 105-106. F. BUENO ARÚS, *La Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 para la revisión y reforma del Código penal y otras leyes penales*, en Rev. de Est. Peniten., núm. 155, 1961, pág. 3384. QUINTANO RIPOLLÉS, *La reforma del Código penal*, en ADPCP, 1961, págs. 458-459. De gran interés sobre este extremo, pues refleja una disparidad de opiniones sobre la bondad de la entonces propuesta de reforma, el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (Sesión de 20-XII-1961), núm. 721, págs. 15247-15250, en donde se recogen las distintas actitudes de los procuradores a Cortes que propusieron enmiendas, y la contestación oral a las mismas.

(15) Vid., por ejemplo, en referencia con el infanticidio las razones ofrecidas en J. DEL ROSAL, M. COBO y G. R. MOURULLO, *Derecho penal español* (Parte Especial), t. I, Madrid, 1962, págs. 290-291.

consentido el adulterio o perdonado a los adúlteros, pues, en ambos casos, la honra, bien de tanta sensibilidad y fragilidad, ha quedado ya mancillada consintiéndolo o perdonándolos.

Sin embargo, las anteriores consideraciones *no* pueden agotar la problemática del bien jurídico, salvo que se peque de unilateral, y solamente deben resaltarse con la finalidad de poner de manifiesto una zona de interés en el entendimiento del presente delito.

Existen una serie de razones que se oponen a la tesis de que sea el honor el auténtico bien jurídico lesionado:

En *primer lugar*, la supresión en el Código penal vigente del antiguo artículo 428 supone un paso firme en la contemplación general del adulterio bajo prisma bien distinto. A pesar de la alusión de la Ley de Bases de 1961 a la legítima defensa (artículo 8, número 4), entendida como legítima defensa del honor (16), no puede concluirse que ello obedezca a la consideración de que el bien jurídico protegido sea, sin más, el honor del marido, por las siguientes razones:

a) Si así fuere, no hubiera sido menester aludir expresamente al número 1 del artículo 8, ni a las atenuantes 5.^a y 8.^a del artículo 9. Sería suficiente con hablar, siempre y únicamente, de legítima defensa del honor para conseguir finalidades incluso más beneficiosas que las previstas por el suprimido artículo 428. Si siempre se lesiona el honor, *todas* las hipótesis que pudieran inscribirse en el anterior artículo 428 serían, en principio, supuestos de legítima defensa del honor, sin necesidad de recurrir a otros preceptos que, empleando la terminología de nuestro Código, eximieran o atenuaran la responsabilidad criminal del marido.

La Ley de Bases, sin embargo, ha utilizado otra eximente y dos atenuantes, y la razón es fácilmente deducible: porque no era suficiente con la legítima defensa, porque ésta no podría ser empleada *siempre*, porque, en definitiva, no *siempre* se lesiona el honor del cónyuge inocente. Es decir: porque no ha afirmado que sea el honor el bien jurídico quebrantado por el adulterio.

b) La citada Ley, por consiguiente, lo único que expresa es, mediante motivación quizá superflua, su indeclinable decisión de suprimir el artículo 428, con vistas a la estricta justicia del caso concreto, recogiendo las *dos* razones que usualmente se han venido dando sobre la fundamentación del precepto, en aquellos singulares supuestos que efectiva y *realmente* (17) se dieran, pero no afirma, simplemente, que el adulterio sea un delito contra el honor. Esto último sólo podrá deducirse si única y exclusivamente se hubiera basado la supresión en la legítima defensa del honor.

c) Fundarse en la Ley de Bases, por lo que a este aspecto se

(16) Vid. Nota 14 de este trabajo.

(17) Así, J. DEL ROSAL, M. COBO, G. R. MOURULLO y B. F. CASTRO, *Código penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid, 1964, pág. 520.

refiere, y llegar a la conclusión de que el honor *es* el bien jurídico del artículo 449, no parece correcto ni decisivo, desde el momento que aquélla, por su carácter instrumental, no vincula totalmente, y mucho menos en un problema de esta clase. Por lo demás, el texto revisado de 1963 se limita a suprimir el artículo 428 del Código de 1944, y ni siquiera en su exposición de motivos se lleva a cabo consideración alguna específica que justifique la actitud del reciente legislador.

En *segundo lugar*, difícilmente puede mantenerse que el adulterio se agote en una simple lesión del honor, pues surgirán una serie de inconvenientes que nacen de la especial naturaleza de un bien tan situacional y problemático, que no se corresponde con las exigencias del actual momento cultural y social, siendo más propio de antiguas concepciones sobre la citada figura delictiva, que vienen siendo abandonadas y silenciadas por la mejor doctrina (18). De ahí, pues, que esta fije su atención en diferente ámbito, para concretar la objetividad jurídica protegida, sin que sea necesario un mayor tratamiento acerca del presente extremo.

4. Es opinión generalizada que el adulterio constituye un genuino delito *contra la familia*. De forma concreta, se ha pronunciado en este sentido, en diferentes ocasiones, la Sala Segunda del Tribunal Supremo (19).

La razón se ha de encontrar, en primer lugar, en el creciente desarrollo de los derechos *sociales* —especialmente los familiares—, en la moderna concepción del Estado (y, concretamente, del Estado social de Derecho) (20), que no cabe por menos que reconocer; en segundo lugar, la evidente realidad que muestra el adulterio, como verdadero ataque contra la familia, que no deja lugar a dudas, puesto que siempre implica, en principio, un trastorno, sea de la índole que fuere, del *status familiar*, desde el momento que un extraño al mismo se interfiere en relaciones exclusivamente conyugales.

Ahora bien: decir que es un atentado contra la familia no es decir todavía cuál sea el bien jurídico protegido, sino tan sólo acotar inicialmente el cuadro sobre el que se ha de mover su concreción. Es, pues, necesario individualizar, en la medida de lo posible, dentro del amplio margen que proporciona la familia, la objetividad jurídica in-

(18) También se critica sea la honra el bien jurídico protegido en la *ob. cit.* en la nota anterior, pág. 521 y la bibliografía allí citada.

(19) Concretamente se alude a la fe o fidelidad conyugal, entre otras, en las siguientes SS. 12 de febrero de 1875, 28 de febrero de 1906, 11 de octubre de 1954; 30 de junio de 1955, etc. Ya VIZMANOS, a mediados del siglo pasado, decía claramente: "Que el adulterio es la violación de la fe conyugal, sábenlo todos" (*Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid, 1848, pág. 367).

(20) Vid. en inmediata referencia con la cuestión, aunque para diferente delito, M. COBO, *art. cit.*, págs. 223-226, y la bibliografía allí citada. De interés el volumen *Matrimonio fondamento della famiglia*, Quaderni di Iustitia, núm. 8, 1956, en donde se recogen las actas del VII Convenio Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos, celebrado en Roma del 3 al 5 de noviembre de 1956 (esp. las ponencias de G. Lercaro, P. Gismondi y D. Barbero).

frinjida, es decir, delimitar qué derecho, o en su caso deber, es el que quebranta dentro del complejo que aquélla supone, o cuando menos, precisar la institución familiar que ha sido elevada a la categoría de bien jurídico, conforme han hecho otros autores.

Aquí es, precisamente, donde radica la disparidad de la doctrina, por cierto muy abundante, y a la que nos referimos de forma esquemática:

a) Antiguamente se sostuvo que la principal razón de incriminación consistía en la *turbatio sanguinis* que implicaba, o sea, que radicaba en la incierta condición de padre. Así, pues, se configuraba como delito que lesiona tanto derechos del padre como de los hijos legítimos, puesto que colocaba a éstos últimos en un plano de igualdad con los adúlteros (21).

Se ha criticado, con razón, fundándose en que, entendido de esa forma, nunca podrían castigarse aquellos casos en que uno de los adúlteros fuese estéril, o se pusieran los medios para evitar la concepción (22), y que, desde luego, no generarían de por sí *turbatio sanguinis* alguna.

El mayor reparo que pudiera formularse, abundando en la crítica, es el de su *unilateralidad*. Ciertamente la tesis comentada ofrece solamente una de las posibles consecuencias del adulterio —dejando a un lado otras muchas que también pudieran darse—, pero carece de la nota de generalidad que debe caracterizar la objetividad jurídica infringida. Muestra, por tanto, un aspecto, una vertiente del adulterio, que se proyecta sobre la prole legítima o sobre la condición de padre, y sin embargo, no comprende la constante que forzosamente debe darse en orden a la configuración del bien jurídico, pues en realidad puede verificarse el delito *sin* que se produzca la denominada *turbatio sanguinis* (23).

b) Un considerable sector doctrinal, principalmente radicado en

(21) Vid. PISAPIA, *Delitti contra la famiglia*, Torino, 1953, pág. 129, nota 1, en la que resume el pensamiento de Carmignani. Sin embargo, Carmignani, posteriormente, al versar sobre la conveniencia de dejar solamente al marido el derecho de acusación afirma textualmente que el adulterio lesiona solamente derechos del marido, lo que, en realidad, le hace ser inconsecuente con su formulación (Vid. CARMIGNANI, *Elementi di Diritto Criminale*, trad. italiana de la 5.^a ed. de Pisa de C. Dingli y 1.^a milanesa revisada y anotada por F. Ambrosoli, Milano, 1863, págs. 430-433, que es la que hemos utilizado). De interés la alusión que hace GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 20. Exposición crítica en MAGGIORE, *Derecho penal* (Parte Especial), vol. IV, (trad. esp. de Ortega), Bogotá, 1955, pág. 187. DE GENNARO, *Dell'Adulterio*, en *Scritti Giuridici en Onore di A. Di Mársico*, vol. I, Milano, 1960, pág. 445. Exposición histórica en J. OBERMANN, *ob. cit.*, pág. 9-34. V. MANZINI, *Scelta di scritti minori*, Torino, 1959, págs. 20-22, 106-113.

(22) Así, MAGGIORE, *ob. cit.*, pág. 187. DE GENNARO, *art. cit.*, pág. 445, entre otros.

(23) Por lo demás dicha tesis ha sido abandonada por los autores, que han parado su atención en aquellos extremos que pueden ofrecer una sólida base para la construcción del bien jurídico.

la dogmática alemana, ha sostenido que el adulterio es un auténtico delito *contra el matrimonio*, con base en la peculiar regulación del Código penal alemán (24).

Así ha dicho, por ejemplo, Mezger que constituye un genuino delito contra el matrimonio (25). En la misma línea, Schönke-Schröder estiman que se protege el matrimonio como fundamento del orden de la familia (26). A juicio de Welzel, se lesiona el matrimonio como institución ético social, y de ahí su configuración como auténtico delito contra el matrimonio (27).

Parecida solución es sostenida por algunos autores italianos, sin duda influenciados por la doctrina penal alemana. Para Manzini, objeto de la tutela penal es el orden jurídico matrimonial (28). Maggiore cree que lo es el orden ético jurídico del matrimonio monogámico que se quebranta con las relaciones extramatrimoniales de uno de los cónyuges (29).

La presente dirección doctrinal supone un evidente desarrollo en la concepción del adulterio, pero no puede aceptarse plenamente si se tiene en cuenta el derecho positivo español, pues su adaptación implicaría un grave extravío metódico que a toda costa se debe evitar. Desde esta perspectiva no existe el menor inconveniente en suscribir las agudas críticas de Pisapia a algunos autores italianos que han configurado el bien jurídico de idéntica manera a la comentada (30).

La comparación entre la fórmula legislativa empleada por el legislador alemán (parágrafo 172) y la de nuestro artículo 449 mues-

(24) El parágrafo 172 que disciplina el adulterio en el Código penal alemán se encuentra enclavado en la rúbrica de "contra el estado civil, el *matrimonio* y la familia". El Proyecto de Código penal alemán de 1962 conserva la rúbrica aunque coloca al matrimonio en primer lugar, después a la familia, y en último al "estado civil" (Personenstand), vid. *Entwurf eines Strafgesetzbuches, mit Begründung* (Bundestagsvorlage), Bonn, 1962, pág. 347. Una visión de conjunto sobre el problema en la literatura alemana de principios de siglo en J. OBERMANN, *ob. cit.*, pág. 37.

(25) MEZGER, *ob. cit.*, pág. 274. También F. WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, München, 1914, pág. 454. H. B. GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, Berlin-Leipzig, 1922, pág. 387. Para OBERMANN se trata de un delito contra el matrimonio como institución estatal (*ob. cit.*, págs. 39-40).

(26) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *ob. cit.*, pág. 690.

(27) WELZEL, *ob. cit.*, pág. 362.

(28) Textualmente dice: "es el interés del Estado de garantizar el orden jurídico familiar y más precisamente el orden jurídico matrimonial" (MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. VII, nueva ed., Torino, 1951, pág. 670). En el mismo sentido, R. DOLCE, *Adulterio*, en Enciclopedia del Diritto, t. I, Milano, 1958, pág. 625.

(29) MAGGIORE, *ob. cit.*, págs. 186-187. A juicio de Saltelli y Romano-Di Falco, el adulterio supone una "ofensa al vínculo matrimonial que impone la monogamia, sin el cual el matrimonio no podría conseguir los fines éticos y sociales que le son inherentes", aunque a continuación aluden, para justificar la actitud del legislador italiano en referencia con la punición establecida, a la "infidelidad conyugal" (SALTELLI y ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice penale* (Parte seconda), vol. II, 5.^a reimp., Torino 1931, pág. 835).

(30) Vid. PISAPIA, *ob. cit.*, págs. 522-524, esp.

tra claramente, y dentro de la presente consideración, la diferencia entre ambos: para nada tiene en cuenta el Código penal español la disolución del matrimonio en referencia con el adulterio, y mucho menos en la forma *condicional* del parágrafo 172. En nuestra legislación, el adulterio subsiste, y es punible con absoluta independencia de los distintos efectos civiles que pueda ocasionar (31). Todavía más: en derecho español el adulterio *nunca puede* implicar la disolución del matrimonio, su ruptura (32).

De aquí, pues, que "adulterio" no signifique ni en nuestro idioma, ni en nuestro Derecho, ruptura del matrimonio (*Ehebruch*), ni tampoco *constitutivamente* lesione el orden *jurídico monogámico* ni el orden *jurídico* matrimonial, y no cabe duda que también le asiste la razón a Pisapia, y a los que como él piensan, de acuerdo con la legislación italiana (33).

La argumentación se ve sensiblemente reforzada si se piensa que ni siquiera la *separación* significa una liberación de los deberes y derechos que dan razón al adulterio: puede existir la primera y *también* producirse el delito; y puede darse este *sin* que necesariamente se deduzca aquella (34).

c) Constituye opinión dominante en la dogmática penal italiana que la objetividad jurídica se debe encontrar, de forma muy precisa, en la *fidelidad conyugal*, que supone un deber de fidelidad, que nace del artículo 141 del Código civil italiano, y al que corresponde un derecho a la exclusividad sexual, que se ven quebrantados con el adulterio. Fidelidad conyugal que se viene entendiendo específicamente, por los autores más recientes, como fidelidad sexual o genital (35).

(31) En modo alguno puede decirse en nuestro Derecho que la pena en el adulterio *depende*, por ejemplo, de la separación, y menos de la disolución del matrimonio.

(32) Sólo figura como simple causa de separación de acuerdo con el núm. 1 del artículo 105 del Código Civil, e igualmente el canon 1.129 del *Codex* le concede idéntico valor de causa de separación, indicando expresamente: *permaneciendo el vínculo*.

(33) Vid. PISAPIA, *ob. cit.*, págs. 522-523, esp. notas 1, 2 y 3, en las que critica las tesis de Manzini, Maggiore y Frisoli, con bastante éxito.

(34) Los efectos de la separación se encuentran formulados en los artículos 73 y 104 del vigente Código civil, y de ninguna forma pierde su vigencia el "guardarse fidelidad" del artículo 56 del mismo texto legal, pues solamente se proyecta su virtualidad en la suspensión de la vida en común (correlativamente al "obligados a vivir juntos" del artículo 56), y en los previstos por el artículo 73 (que no libera a los cónyuges de la recíproca obligación de guardarse fidelidad que queda subsistente).

(35) PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 524. Del mismo, *Adulterio*, en *Novissimo digesto italiano*, T. I., Torino, 1958, pág. 327. G. Battaglini habla de fidelidad conyugal (sexual y genital) en *Fecondazione artificiale e adulterio*, en *Scritti Giuridici* in O. di A. Di Mársico, T. I, Milano, 1960, págs. 22 y 25. También lo fundan en la fidelidad: Carrara, *Programa del Curso de Derecho criminal, dictado en la R. U., de Pisa* (Parte Especial), vol. III, trad. esp. dirigida por S. Soler, Buenos Aires, 1946, pág. 249. Teucro Brasiello, *Il nuovo Codice Penale*. (Parte Speciale), Nápoli, 1932, pág. 188. De interés para las innovaciones introducidas en su día por el legislador italiano, el estudio crítico de

No han faltado críticas fundadas en muy diversos puntos de vista, sobresaliendo, por su importancia técnica, la formulada por Manzini y Maggiore—y contestada por Pisapia—, de que así entendido el bien jurídico, no se explica satisfactoriamente cómo puede éste infringirse por el *extraño* a la relación conyugal (36). En fecha reciente se ha dicho por De Gennaro, que supone una interpretación restringida e incompleta del artículo 559 del Código penal italiano, y que no son equiparables en modo alguno la fidelidad conyugal y la fidelidad sexual, que tienen diferente ámbito y contenido, con lo que, a su juicio, caería por tierra el argumento extraído del artículo 141 del Código civil italiano (37).

d) La tensión producida por las tesis explanadas en b) y c) ha generado una actitud intermedia que pretende salvar los puntos de vista irreconciliables entre una y otra, llegando a posiciones que pudiéramos denominar de integración, en las que se han tenido en cuenta ambas vertientes.

De esa forma se ha podido aludir por Maurach a una solución de compromiso en la que si bien se coloca en primer plano el interés público de la institución del matrimonio monogámico, se contempla también el deber de fidelidad de forma abstracta y general (38).

De parecida forma se dijo en la literatura italiana por Frisoli que

Gennaro Marciano, *Il nuovo Codice penale*, Napoli, 1932, págs. 359-366. También para Zuccalá existe una evidente infracción de la fidelidad sexual, aunque posteriormente se indicará en qué forma es ésta entendida por dicho autor, (Giuseppe Zuccalá, *L'infedeltá nel Diritto penale*, Padova, 1961, pág. 96). Para Antolisei se tutela la obligación recíproca de fidelidad y contemporáneamente el instituto de la familia contra las perturbaciones que normalmente se deriven de su infracción y el interés moral del cónyuge traicionado (F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale* (Parte Speciale), T. I., Milano, 1960, pág. 329). En la literatura alemana, vid. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts* (Besond. Teil), T. I., 2.^a ed., Leipzig, 1902, págs. 220-221. ALLFELD, *Deutschen Strafrechts*, 8.^a ed., Leipzig-Erlangen, 1922, pág. 412 en la que se recoge interesante bibliografía al respecto. En nuestra literatura, Groizard afirmó que en el adulterio “los reos faltan al derecho y a la fe conyugal jurada y, por tanto, al orden propio de los derechos familiares, al quebrantar y menospreciar los deberes aceptados por la esposa o el esposo voluntariamente ante Dios y ante los hombres al celebrar el matrimonio y constituir una familia” (*ob. cit.*, págs. 6-7).

(36) PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 525. La crítica en Maggiore, *ob. cit.*, pág. 187. Manzini, *ob. cit.*, pág. 670. De interés, J. Obermann, *ob. cit.*, pág. 39.

(37) DE GENNARO, *art. cit.*, págs. 442-445, entre otras, en cuyo trabajo se emplean una serie de consideraciones que tienden a descartar la fidelidad (conyugal o sexual) como fundamentadora del bien jurídico.

(38) MAURACH, *ob. cit.*, pág. 360. De interés Jagusch, *ob. cit.*, págs. 73-74. La dimensión social y pública de la tutela de la fidelidad conyugal, fue acentuada por von Liszt en su estudio *Die Privatklage in Osterreich*, recogido en el vol. I de sus *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlín, 1905, pág. 40. Debe tenerse en cuenta que dicho trabajo fue publicado en el año 1877 en la *Gerichtssaal*, T. 29, como reseña el autor al inicio del mismo (pág. 36). De gran interés las distintas razones ofrecidas por Sturm en el seno de la reforma penal alemana, recogidas en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. 8 (Besond. Teil), Bonn, 1959, esp., págs. 364-365,

se lesiona el *status* conyugal, sin que por ello se desconozca la violación de la fidelidad, o que infringiendo ésta, se quebranta igualmente un complejo de bienes que se encuentran implícitos en el matrimonio, como expusiera De Gennaro (39).

5. La delimitación del bien jurídico, a la vista de nuestro derecho positivo, adquiere singular interés en atención a que no existe una específica y expresa protección penal de la familia, y de ahí la necesidad de llevar a cabo, con precisión y rigor, la investigación sobre el mismo.

Puede observarse en el examen antes realizado que la discusión habida en torno a su concreción se ha planteado con un exceso de rigidez y formalismo, pues no debe olvidarse que si admitimos, en principio, que el adulterio lesiona la fidelidad—en la acepción que fuere—, estamos ya aceptando que queda quebrantado un orden, cual supone el matrimonio, en la medida que aquélla se encuentra enclavada dentro de éste.

De la misma forma se ha venido destacando, por los distintos autores, *uno* de los aspectos del matrimonio, público o privado, cuya acentuación, en detrimento del otro, ha condicionado la solución sobre el bien jurídico, perdiendo de vista que aquél, como institución familiar, goza de una particular naturaleza, mixta o intermedia si se quiere (40), debiendo coexistir armónicamente ambas dimensiones, si se pretende llegar a una justa comprensión penal de lo que es el adulterio.

Parece que está fuera de duda que será *en* la familia, y dentro de ella *en* el matrimonio, donde hemos de encuadrar el planteamiento del bien jurídico. En este sentido, el mérito de la concreción se debe atribuir a quienes centran en la fidelidad, con lo que ella implica, el eje sobre el que ha de girar la investigación, aunque quizá en detrimento, en algunas ocasiones, de la dimensión pública del matrimonio.

El Código civil español, en su artículo 56, impone a los cónyuges la recíproca obligación de guardarse fidelidad, y la jurisprudencia

referidas a la exigencia de querrela criminal. También el *Entwurf*, cit., páginas 348-349. A juicio de Vannini, se ofende con el adulterio "tanto el interés de la fidelidad conyugal como el interés relativo al orden jurídico matrimonial" (VANNINI, *Manuale di Diritto penale italiano*. (Parte Speciale), Nueva edición, Milano, 1951, pág. 250).

(39) FRISOLI, *L'oggetto della tutela penale nei reati contro il matrimonio*, Pola, 1942, pág. 63. Una crítica en Pisapia, *ob. cit.*, págs. 522-523, nota 3 y Dolce, *art. cit.*, pág. 624. De Gennaro, *art. cit.*, págs. 445 y 463, entre otras. Para Brasiello se quebranta la fidelidad que a su vez genera la destrucción del vínculo conyugal (*ob. cit.*, pág. 188). En realidad con tales afirmaciones subsisten, en gran medida, las objeciones que formulan los partidarios de la fidelidad conyugal que, sin duda, no quedan satisfechos con la presente concesión, pues aquella pasa a un segundo plano, ocupando un rango inferior. También se estima como delito pluriofensivo por S. SOLER, *Derecho penal argentino*, t. III, Buenos Aires, 1945, páginas 331-333.

(40) Una visión general del matrimonio desde la perspectiva canónica —especial en A. DE FUENMAYOR, *El matrimonio y el Concordato español* (Discurso), 1963, pág. 8 y ss., y la bibliografía allí citada.

no ha dudado en entender, como ya se ha puesto de manifiesto, que la fidelidad conyugal se ve radicalmente quebrantada con el adulterio (41).

Extraemos, por tanto, una conclusión de interés, y que no debe ser olvidada ni un solo instante: la fidelidad nace y tiene su razón de ser *dentro* de la institución del matrimonio, no pudiendo ser jurídicamente exigida por fuera de éste. Se trata, por tanto, de una exigencia con base normativa, que funciona a modo de necesario precedente de la infidelidad, o mejor, de la acción infiel (42).

El problema, sin embargo, será el de determinar hasta qué punto el artículo 56 del Código civil, y concretamente la fidelidad que él impone, se ve reflejada plenamente en el artículo 449 del Código penal, o si, por el contrario, se ha de operar con una idea diferente de la misma, quizá más específica.

El artículo 56 del texto civil ordena que los cónyuges han de guardarse fidelidad, es decir, que no deben traicionarse, y desde luego se trata de una fórmula amplia y genérica que comprende una serie de supuestos que pueden infringir el mandato civil (43).

Por el contrario, sólo se han estimado dignas de represión penal no todas las conductas que quebrantan la anterior fidelidad, sino solamente aquellas que adquieren la forma posiblemente más grave y dramática, como son las descritas por el artículo 449. Es acertada, en consecuencia, la opinión de Castán Tobeñas, cuando afirma que la protección de la fidelidad es por demás imperfecta, ya que la ley sólo toma en cuenta las manifestaciones externas y más graves de la infidelidad conyugal, encarnadas en el adulterio (44).

Ahora bien, si es cierto lo anterior, se está indicando claramente que el mandato civil es más amplio que el contenido en el artículo 449, a pesar de que *sólo* la lesión de este último sea relevante para el Derecho penal, pues la fidelidad del artículo 56 del Código civil supone un principio que ha de informar las relaciones conyugales, y no se limita exclusivamente a las hipótesis con significación penal.

Existen, pues, *dos* nociones que necesariamente deben distinguirse: una, la expresada en la declaración general y programática del artículo 56 del Código civil; otra, la específica idea de fidelidad que constituye la raíz del artículo 449 (45). Que la primera comprende la se-

(41) Vid. la doctrina jurisprudencial reseñada en la nota 19.

(42) ZUCCALÁ afirma que se trata de un estricto "concepto normativo", con validez para una comprensión de la "fidelidad" en general (*ob. cit.*, páginas 8 y 98).

(43) En el mismo sentido por lo que a la legislación italiana se refiere, Maggiore, *ob. cit.*, pág. 187.

(44) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, T. V. (Derecho de familia), v.l. I (Relaciones conyugales), 7.^a ed., Madrid, 1954, pág. 145. También RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (Parte Especial), T. I., Valladolid, 1963, páginas 156-157, cuando afirma: "que la fidelidad conyugal encuentra muy pobre protección en la ley tal como están concebidas las conductas que se reputan punibles".

(45) En contra de la distinción por lo que al derecho italiano se refiere,

gunda, no se pone en duda, pero que ambas coinciden plenamente, es inadmisibles, pues nunca puede sostenerse que con el adulterio se protege el genérico mandato de que los cónyuges se guarden fidelidad, sino el más específico de que sean fieles, en un determinado terreno y de una determinada forma.

Es, por consiguiente, un deber sumamente especial, una muy concreta obligación, y correlativamente *derecho*, que dota de sentido al adulterio: el extraído a través de la selección que supone el artículo 449 del Código penal, que se encuentra dentro de lo declarado por el artículo 56 del Código civil, pero que adquiere autonomía desde el momento que es la *única* forma de atentar contra esa fidelidad genérica, que se sanciona con una pena. El artículo 449 del Código penal desempeña, pues, una función delimitadora y de concreción: precisa y selecciona la amplia declaración del precepto civil, en un concreto aspecto, cuya infracción tiene la relevancia requerida por el primero.

Será, en consecuencia, necesario encontrar el adjetivo que se ha de añadir al sustantivo "fidelidad" al objeto de que alcance la especialidad exigida por el tipo del artículo 449, pues ya expusimos al inicio que solamente éste condiciona la investigación sobre el bien jurídico, en la medida que constituye la descripción de conductas que se declaran prohibidas (46), es decir, que pueden quebrantar la objetividad jurídica protegida.

De ahí que estén más en lo cierto, en una primera contemplación del problema, aquellos autores que propugnan por el entendimiento de la fidelidad como fidelidad *sexual*, en lugar de la expresión, mucho más amplia, de fidelidad *conyugal* (47).

La anterior tesis puede sostenerse perfectamente de acuerdo con nuestro derecho positivo, e incluso de forma más clara que en otras legislaciones (por ejemplo, italiana y alemana), pues el legislador español ha descrito expresamente en qué consisten las conductas: cometen adulterio, dice el párrafo segundo del artículo 449, 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. Es decir: únicamente mediante esa forma de actuar se verá lesionada la fidelidad, por parte de la mujer, que radicará simultáneamente en una especial fidelidad, en una vertiente de la fidelidad conyugal, que bien pudiéramos calificar, con un sector de la doctrina, de *sexual* (fide-

Pisapia, *ob. cit.*, pág. 524, nota 2. A su juicio, en el terreno jurídico, coinciden la fidelidad conyugal y la fidelidad sexual. Disentimos del autor citado en la forma expuesta en el texto.

(46) WELZEL, *ob. cit.*, pág. 48.

(47) Vid. la bibliografía citada en la nota 35 de este trabajo. También para Zuccalá debe entenderse como fidelidad *sexual* (*ob. cit.*, pág. 187). De interés la observación general que lleva a cabo al delimitar la doble vertiente del deber de fidelidad en derecho privado y en derecho penal: "el deber de fidelidad, cuya violación caracteriza la conducta típica, tiene ya operatividad por fuera del ordenamiento penal; pero es de forma *autónoma* como la norma penal configura esta hipótesis de infidelidad" (pág. 234).

lidad *genital* a juicio de otros, aunque usada indistintamente) (48), con lo que se centra a un aspecto de la genérica fidelidad implícita en la institución matrimonial.

Precisada en los anteriores términos la idea de fidelidad que informa el artículo 449 del texto penal, debemos distinguir entre su lesión y las *consecuencias* que puede generar la misma, con la finalidad de evitar algunos equívocos en que ha incurrido parte de la doctrina en la investigación sobre el bien jurídico.

La fidelidad, en la forma antes concretada, se quebranta inexorablemente con la verificación del adulterio, y proporciona la constante que ha de caracterizar el *encuentro* del bien jurídico protegido, que justamente suministra su valor técnico-dogmático. Ahora bien: existen, igualmente, una serie de consecuencias que *pueden*—pero sólo pueden—generarse de esa infracción, y que en modo alguno desempeñan o desplazan la función de éste, aunque sin duda fueron tenidas en cuenta por el legislador en la incriminación de la presente figura delictiva (49).

(48) BATTAGLINI, *art. cit.*, pág. 25 Pisapia, *ob. cit.*, pág. 524 y la bibliografía ya citada.

(49) ZUCCALÁ desarrolla una interesante y aguda tesis en la que niega pueda ser la fidelidad bien jurídico, en general para cualquier delito, y de forma particular (la fidelidad sexual) para el adulterio. A su juicio este es un típico y genuino delito “de infidelidad” (*ob. cit.*, pág. 188), pero no obstante el deber de fidelidad no puede constituir objeto de la ofensa. La fidelidad sexual sería, entonces, como tal deber, lo que caracteriza el hecho típico, en el sentido que da relieve a algunos actos que concurren a integrar la estructura del hecho mismo (pág. 245). Y no la objetividad jurídica infringida, puesto que el deber es una categoría formal que no puede emplearse como criterio idóneo para ofrecer al delito un contenido concreto, que necesariamente implica un *interés* y sería éste y no el primero quien proporciona el contenido al delito (págs. 245, 169, 170, etc.). Por último, estima que el problema del bien jurídico se deberá resolver caso por caso en los delitos de infidelidad (pág. 242).

Un diálogo con el autor italiano conduciría a una revisión de cuestiones generales que exceden de nuestro concreto estudio, tales como “deber”, “bien jurídico”, “fidelidad”, etc., conceptos que por lo demás se prestan a diferente entendimiento. Sin embargo, dentro del examen de la presente figura delictiva, debe tenerse en cuenta:

1. Que no resuelve el arduo problema del bien jurídico en el adulterio, a pesar de que así lo prometía (pág. 242). Cuando hace un elenco de las hipótesis examinadas alude a la “familia” (pág. 246), pero no dice la razón por la que sería el bien jurídico: en el estricto terreno lógico una afirmación, tiene, en verdad, muy escasa fuerza convincente. Que la familia sea el bien jurídico protegido supone una ambigüedad, y cuya real y efectiva lesión pudiera no darse, formulado tan genéricamente.

2. Hubiera sido interesante ver cómo el autor resolvía, por otra parte, el problema del sujeto pasivo, en la medida que éste es el titular del bien jurídico lesionado. Zuccalá quizá ha sido seducido, en este aspecto, por la facilidad con que se movía en delitos militares, contra la seguridad del Estado (según nuestro Código), etc., cuyo esquema general no puede ni debe aplicarse a los de índole familiar: la fidelidad tiene en aquéllos origen y función bien distinta; la posición de los sujetos ante quien *puede* exigírsela también. Nunca debe olvidarse que es en el ámbito *familiar* en donde se han de fijar las cuestiones referentes a los delitos que afectan a la familia, y a través de ella se han de contemplar

La principal nota distintiva entre ellas y la objetividad jurídica infringida, es su carácter *problemático*, al contrario de lo que sucede con esta última, que siempre ha de verse lesionada. Las primeras pueden o no verificarse, y su producción es irrelevante para la existencia del adulterio, que se agotará, satisfaciendo las exigencias del tipo, con la mera lesión de aquélla.

Muestran, en consecuencia, un aspecto más o menos importante del adulterio, pero carecen de la nota de generalidad que constitutivamente va implícita en el bien jurídico protegido. Ejemplos, los tenemos en la *turbatio sanguinis*, en la infracción de deberes asistenciales (también recogidos por el artículo 56 del Código civil), en la tan aireada alteración del *status jurídico*, o de su *orden jurídico* (50) (separación, etc.), y otras muchas más que pudieran pensarse. Sin embargo, no son otros tantos bienes jurídicos que harían del adulterio una figura pluriofensiva, como se ha pretendido (51), sino más bien *posibles*, sólo posibles, consecuencias que pueden producirse por la realización de la conducta delictiva, y que sin duda deberán ser tenidas muy en cuenta para una total comprensión del presente delito, pero que nunca pueden confundirse, ni menos sustituir, al propio y genuino bien jurídico.

los entrecruzamientos de las diferentes relaciones jurídicas existentes entre sus miembros en particular. Que el Estado tiene interés en la conservación y normal desenvolvimiento de la familia, nadie lo duda; que, desde luego, la protege, tampoco; pero afirmar que el bien jurídico protegido en el adulterio sea, sin más, la familia implica un largo camino que no recorre el autor en el discutir de sus razonamientos.

3. Desde otra perspectiva, tenemos: que el deber de fidelidad sexual como categoría formal, normativa, supone siempre un interés —como afirma Zuccalá— no es desconocido si se afirma que la fidelidad ofrece el *quid* para resolver el problema de la objetividad jurídica infringida. Sucede, sin embargo, que cuando se habla de fidelidad sexual conectada al bien jurídico del adulterio, se alude expresa o implícitamente no sólo a un deber (que incumbe a la mujer casada), sino también a un interés a esa fidelidad, que, reconocido jurídicamente, se transforma en un derecho a la exclusividad sexual que pertenece al marido. El quebrantamiento del deber genera inexorablemente la lesión de aquél y su correlatividad puede expresarse así: se infringe un deber de fidelidad sexual y un derecho a la misma, a que la mujer casada sea fiel, o si se quiere, a la exclusividad sexual. La expresión fidelidad, por lo que a nuestro examen interesa, proporciona una doble vertiente: un mandato personal y concreto, que se dirige a la mujer; un derecho que expresa, sin duda, un interés a que aquél se cumpla, y que se atribuye al marido. La fidelidad sexual implica, consecuentemente, la existencia de unas *relaciones* conyugales centradas en el área sexual, o al menos, su exclusiva posibilidad de verificación. Y en esta acepción, ¿no se dan perfectamente los requisitos que el propio Zuccalá exige para configurar el bien jurídico? Quizá el autor radicaliza concretamente la tesis de Pisapia y Battaglini (págs. 188, nota 181 y páginas 244, nota 48), ofreciendo una visión unilateral —sólo referida al deber de fidelidad—, para conseguir una mejor plataforma en la que fundar su posición general sobre el tema de su interesante y bien elaborado trabajo.

(50) De interés, Pisapia, *ob. cit.*, pág. 523, sosteniendo la misma posición cuando critica la tesis de algunos autores italianos.

(51) Así por ejemplo, expresamente De Gennaro, *art. cit.*, pág. 445, y Soler, *ob. cit.*, págs. 331-333; otros como se ha podido ver implícitamente.

Todavía es conveniente, en este proceso de delimitación de la objetividad jurídica protegida, precisar algunos extremos que ofrecen un indudable interés técnico y proporcionan un ángulo visual estimable en la contemplación del adulterio.

Debe tenerse en cuenta, una vez más, que la fidelidad así entendida supone la existencia de un matrimonio, de un *status* jurídico, en sentido amplio, del que nace ese deber y también el derecho a la exclusividad sexual, conforme ha precisado la doctrina (52). Pero adviértase que no es el matrimonio, el *status jurídico*, lo que, sin más, se quebranta, sino ese concreto deber y ese particular derecho en cuanto constituyen un aspecto de la relación conyugal. Más claramente: si el matrimonio implica una determinada situación jurídica, ésta puede verse lesionada, no porque se quebrante el primero, sino por existir una infracción evidente de uno de los derechos-deberes que irradian de aquélla, con independencia de las consecuencias jurídicas y alteraciones que puedan producirse con ese motivo.

Cuanto se viene exponiendo revierte con plena eficacia en el aspecto más importante y crucial del presente análisis. Ambos, derecho y deber, son estrictamente *personales*, lo que les hace tener un carácter radicalmente intransferible. Y, entonces, se preguntaría sin duda, como quedó señalado en anteriores apartados: si así es, ¿qué sucede con el extraño a la relación matrimonial?, ¿qué derecho o deber lesiona si no le afectan, dada su naturaleza puramente personal, las obligaciones matrimoniales?, ¿cómo se explica, en última instancia, que también sea declarada punible su conducta?

Las anteriores preguntas y las objeciones que llevan implícitas a la tesis expuesta han sido contestadas por Pisapia en la forma siguiente: de un lado, el extraño no lesiona la fidelidad y su conducta es punible de acuerdo con los principios generales del concurso de personas en el delito de la legislación italiana; de otro, el adulterio es un delito unipersonal, pero no pluripersonal (*plurisoggettivo*) (53).

Sin embargo, la argumentación de Pisapia no puede sostenerse con fundamento en el artículo 449 del Código penal español, de bien dis-

(52) Vid. PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 524 y la bibliografía allí citada. De interés la construcción del bien jurídico en la bigamia por M. Aldo Colacci, y su repercusión en el adulterio, puesto que a su juicio si la primera supone una ofensa al "vínculo monogámico del matrimonio", en cierta medida comprende también los específicos objetos de protección propios del concubinato y del adulterio. (Marino Aldo Colacci, *Il delitto di bigamia*, Nápoli, 1958, páginas 39-40.)

(53) PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 525. Antes del mismo, *Unità e pluralità di soggetti nella struttura del reato*, en "Riv. it. di dir. pen.", 1952, fasc. 6, y cuya cita se recoge en la nota 1 de la pág. citada. De interés, Petrocelli, *Principi di diritto penale*, Nápoli, 1950, pág. 233. En apoyo de su tesis recoge Pisapia (pág. 511), la opinión de Petrocelli. Una fuerte crítica a la tesis de Pisapia en Rocco Sesso, *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, Milano, 1955, páginas 23 y sigs. También Renato Dell'Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, pág. 183 y sigs. DOLCE, *art. cit.*, págs. 625 y sigs. La cuestión se desarrollará, extensamente, referida también a la doctrina española y alemana, en su correspondiente título.

tinta formulación al artículo 559 del Código penal italiano, y más adelante, al estudiar la naturaleza del adulterio desde el punto de vista de los sujetos, volveremos sobre el citado extremo. Por ahora, interesa apuntar que el precepto que funda la incriminación de la conducta del extraño al matrimonio se debe buscar en el propio artículo 449, y no en los principios generales del libro I del Código penal, y de ahí que subsistan con todo su rigor los interrogantes anteriormente formulados.

La explicación nace de la especial estructura del bien jurídico protegido y de la propia naturaleza del delito de adulterio.

Que el extraño no quebranta deber personal alguno de fidelidad, parece que está fuera de duda, pues se trata de una obligación puramente matrimonial, y de consiguiente, nunca podrá traerse a colación, en este sentido, el artículo 56 del Código civil en la forma que se proyecta sobre los cónyuges. El anterior deber existe y tiene razón de ser en atención a la situación personal e intransferible en que se encuentra la mujer casada.

Por el contrario, el varón distinto al marido, cuando tiene acceso carnal con aquélla, no respeta una de las *relaciones* que se originan de la institución familiar del matrimonio, siendo así que, a juicio del legislador, es tan importante que su infracción es elevada a la categoría de delito, incluso extendiendo éste a personas ajenas al estricto deber personal de fidelidad. Es decir: sobre el extraño al matrimonio no se reflejará la dimensión privada y personal de éste, en suma, familiar, sino más bien su aspecto *público*, ya que su situación se encuentra fuera del área matrimonial, única en la que puede hablarse de fidelidad (sexual).

Planteada así la cuestión, cabe preguntar: ¿qué es, en definitiva, lo que hace el extraño, desde la perspectiva deparada por las relaciones familiares conyugales?

La verdad es que cuando éste verifica la conducta descrita por el artículo 449 lleva a cabo una *interferencia* en uno de los aspectos de las relaciones conyugales. Se interfiere, pues, en esa relación matrimonial, en razón a que solamente es lícito para los cónyuges tener intercambio sexual, exclusivamente, entre ellos. La existencia, por consiguiente, de una interferencia, o si se quiere intrusión, es patente y el problema será el de saber en qué forma su actuación quebranta la objetividad jurídica protegida.

La razón *fundamental* no debe buscarse —como se apunta al inicio— en la legislación civil familiar (art. 56 del Código civil) —aunque sin duda informará, como es natural, el planteamiento y solución del problema—, ya que en un cierto sentido supondría un grave error de perspectiva. Por eso, cuando se pregunta, como hacen algunos autores, ¿qué *deber* de fidelidad une al extraño con el marido?, siempre habrá que contestar que absolutamente ninguno, pues, como hemos visto, aquél se mueve, pura y exclusivamente, en el ámbito matrimonial y afecta tan sólo a los que gozan de la condición de cónyuges, y, en consecuencia, de antemano se encuentra vedada al intérprete la mera formulación de la pregunta. Si se radicaliza el argumento, hasta tal

punto sería cierto lo anterior que, en hipótesis, suprimido el artículo 449 del Código penal, pero subsistiendo el artículo 56 del Código civil, el extraño no haría nada ilícito, no quebrantaría precepto alguno, cuando realizara la conducta descrita por el tipo penal. Lo anterior es correcto, en la medida que del ordenamiento civil no puede deducirse directamente, sin más, un mandato específico y personal que comprenda también al ajeno a la relación conyugal. Más adelante se verá en qué forma debe ser entendida esta afirmación.

Existe para la mujer, recogiendo la opinión antes apuntada, un deber concreto y personal de fidelidad sexual, cuya lesión sanciona penalmente el artículo 449, que si bien se encuentra comprendido en el más genérico del artículo 56 del Código civil, se especifica de forma muy precisa en su proyección penal. Funcionaria, por tanto, el precepto penal como sancionatorio de *una* de las formas más graves de lesionar *uno* de los componentes de la declaración general del artículo 56 del ordenamiento civil.

Sin embargo, por lo que al extraño se refiere, el artículo 449 desempeñaría no sólo una función sancionatoria, como es natural, sino también una función sustantiva, primaria, desde el momento que ofrece, por sí solo, la razón esencial y específica que ha inducido al legislador a castigar la conducta del extraño, además de la genérica, implícita en todo precepto penal, de no realizar aquello que con pena se prohíbe (54).

El artículo 449 presenta un doble aspecto, conectado a la mujer y al extraño, siendo el de este último expresión de un mandato que no se encuentra gravado expresamente en ningún otro precepto jurídico, cual es el de “no desear la mujer de tu prójimo”, que en atención a la posición cultural y religiosa, aceptada por el legislador de 1944, y mantenida por el de 1963, no debe resultar extraño (55). Es decir: el artículo 449 dicta un mandato dirigido genéricamente a todos los que no gozan de la condición de “marido”, en el sentido de que deben respetar un derecho, *juridicamente* reconocido: el de la exclusividad sexual en la forma ya expresada. El legislador ha concedido relevancia penal a aquellas conductas que supongan una negación a ese derecho, en suma, a quienes lo contradigan, desde el punto de vista del ejercicio del mismo.

El artículo 449 presenta, por tanto, una vertiente en la que se consagra *normativamente* la prohibición de no inmiscuirse, de determinada manera, en el normal desenvolvimiento de las relaciones conyugales, o dicho con más exactitud, un mandato de respetar el derecho a la exclusividad sexual que únicamente corresponde al marido. El extraño, en consecuencia, *no debe* interferirse en esa concreta relación

(54) El razonamiento es empleado por Pisapia para el supuesto de la bigamia (art. 556 del Código penal italiano) (*ob. cit.*, págs. 421-422). En el texto del presente estudio se hacen las correspondientes correcciones al mismo, desde nuestro punto de vista.

(55) Vid. en referencia con este extremo, DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2.^a ed., Valladolid, 1953, págs. 168-169. Recientemente, Del Rosal, Cobo, Mourullo, *ob. cit.*, pág. 108.

conyugal, compuesta de un determinado deber de fidelidad por parte de la mujer y de un derecho a la exclusividad sexual del marido, pues su intromisión implica una grave contradicción de este último.

No es, en resumen, que exista un deber de fidelidad que le vincule con el marido, sino más bien que se atribuye, aunque sea momentáneamente, la realización de un derecho que exclusivamente corresponde a éste, haciendo imposible, por su propia naturaleza, el cumplimiento del deber personal de fidelidad sexual que incumbe a la mujer.

Las anteriores consideraciones ofrecen fundamento para obviar, en lo posible, las objeciones (56) que se han hecho a la tesis que fundamentalmente veía en el adulterio un atentado contra la fidelidad sexual, en la medida que se subrayan *otras vertientes* conectadas no exclusivamente a la mujer casada, sino al marido.

Así, puede concluirse de un análisis de la cuestión lo siguiente:

Que el artículo 449 del Código penal no tiene simplemente una función sancionatoria de la declaración de derechos y deberes contenida en el artículo 56 del Código civil, puesto que:

a) La fidelidad que en este último se expresa no coincide exactamente con la que interesa a los efectos del artículo 449 del Código penal. Este, como veíamos, desempeña una función de selección, en cierto sentido autónoma, desde el momento que no tiene idéntico contenido, sino que es mucho más específico. La fidelidad conyugal (del artículo 56 del Código civil) no es idéntica a la fidelidad sexual (del artículo 449 del Código penal): se opera con dos ideas diferentes. Sin embargo, no significa (57) que el deber que comporta no sea calificado de deber *jurídico*, pues la infidelidad que supone el adulterio es *una forma* de ser infiel, pero no la única manera de incumplir el artículo 56 del Código civil, que, consiguientemente, también la comprende. El deber de fidelidad sexual se individualiza como tal deber, y adquiere su destacado lugar, en gracia precisamente al precepto penal que eleva a delito su infracción (58).

b) Exactamente igual acontece con el derecho a la exclusividad sexual, que correlativamente corresponde al marido: el artículo 449 lleva a cabo idéntica función. No coincide, pues, el citado derecho con los derechos dimanantes del pertinente extremo del artículo 56 del Código civil, que, como hemos visto, desde el ángulo de la fidelidad es paralelamente mucho más amplio.

c) Interesa precisar, por último, la relación existente entre a) y b),

(56) Vid. las notas 36 y 37 de este trabajo.

(57) Vid. la nota 37 de este trabajo.

(58) Cuanto venimos exponiendo en orden a la diferenciación, cobrará mayor claridad y evidencia al referirnos en posteriores capítulos al delito de amancebamiento del artículo 452 del Código penal, que en atención a sus particularidades, tratamos en título aparte. Sin embargo, no se extrae por ahora ningún argumento proveniente de dicha figura delictiva, y sí tan sólo de la prevista por el artículo 449.

así como las conexiones que se dan con la situación del extraño en la concreción y solución del problema.

Puede afirmarse, con fundamento en lo expuesto, que en el instante en que la mujer es infiel, en la forma exigida por el artículo 449, deja de ser *exclusivo* el derecho que al marido corresponde. La infidelidad de la mujer casada es incompatible con la existencia de un derecho a la exclusividad sexual: si se verifica la primera, no puede afirmarse el segundo.

Partiendo de la anterior premisa, tenemos:

a') Que la mujer casada, desde su situación personal-familiar lesiona un deber de fidelidad sexual que le une al marido, y que a ella le incumbe únicamente. La infracción de ese deber comporta, simultáneamente, y por la propia naturaleza de la misma, la negación del derecho a la exclusividad referido al marido.

b') Lo expuesto en a'), sólo es posible en la medida que un varón distinto al marido se atribuya *no* un derecho de exclusividad sexual, sino la simple realización de una conducta que, de forma relevante, le contradiga. Es decir: no es necesario que el extraño se atribuya ese derecho con la pretensión de exclusividad que lleva implícita, como si fuera el marido —que supondría cosa distinta—, sino que es suficiente con que, por una vez, lo quebrante real y concretamente. Sobre él pesa el mandato de no verificarlo, dirigido por la norma penal, que subraya y *protege el desenvolvimiento de esa específica relación matrimonial*.

c') El marido, desde su situación personal-familiar ve lesionado el derecho de exclusividad sexual, en la forma ya concretada, como consecuencia de la infidelidad de su mujer y de la interferencia, antes precisada, de un extraño.

De la anterior forma se recoge la doble proyección de los distintos problemas que encierran los delitos denominados “contra la familia”, que tienen un aspecto *privado*, familiar y personal, referido a quienes se encuentran entre sí unidos por el vínculo de parentesco, que genera recíprocos derechos y deberes; y también un aspecto *público* con el que se expresa la terminante protección estatal en orden a la realización de aquellos, sancionando, incluso penalmente, las conductas que significan un grave atentado a los derechos familiares y un obstáculo al cumplimiento de los deberes que específicamente tienen asignados cada uno de los miembros.

El proceso de *concreción*, necesario e indispensable en los llamados “delitos contra la familia”, para la determinación e individualización del bien jurídico, obedece, en resumen, al siguiente esquema (59):

a) El adulterio puede enmarcarse dentro de los auténticos delitos

(59) La presente investigación ha puesto de manifiesto la posición que es mantenida por nuestra legislación, sin hacer alusión, por ahora, a consideraciones de *lege ferenda*.

contra la familia. Es, precisamente en ella, donde se han de delimitar los concretos derechos y deberes que se ven infringidos.

b) Dentro de la familia será en las *relaciones conyugales* o, por mejor decir, *sexuales*, existentes en el *matrimonio*, donde se lleva a cabo la labor de precisión.

c) Más concretamente, el eje sobre el que ha de girar la investigación es el proporcionado por la *fidelidad sexual*, que ofrece sólidos fundamentos para el concreto entendimiento del artículo 449 del Código penal. De esa forma se especifica en:

a') *Deber de fidelidad sexual*, que afecta a la mujer casada y que le vincula al marido.

b') *Derecho a la exclusividad sexual*, que corresponde al marido y que se proyecta sobre la mujer. El citado derecho no es respetado por el ajeno al matrimonio, que indebidamente lo contradice, interfiriéndose en la *relación sexual conyugal*.

c') La anterior *relación*, y su distinta proyección en los sujetos de la misma, como se concreta en a') y b'), ofrece la constante que debe darse en el genuino bien jurídico del delito.

d) Las sucesivas etapas del examen han mostrado, igualmente, que no se desconoce la proyección externa y pública del presente delito, y de sus consecuencias, que, sin embargo, no pueden ser tenidas como otros tantos bienes jurídicos protegidos.