

## EL ADULTERIO

CARLOS ALBERTO LAGOMARSINO

*Al Profesor Dr. Luis Jiménez de Asúa, como reconocimiento por su valiosa labor docente.*

### I. — *Concepto y definición*

Es usual, y más aún, conveniente, en derecho penal, comenzar dando el concepto del delito que se va a estudiar. Pero en materia de adulterio se presentan serias dificultades para comprender en una definición ese concepto, dificultad que deriva, en nuestra legislación por ejemplo, de la redacción del artículo 118, que, como bien dice Gómez, abarca dos delitos distintos: el adulterio de la mujer y el adulterio del hombre.<sup>1</sup>

Sin embargo, si comenzamos por aceptar la definición que Salvagno Campos da de los delitos sexuales y con este autor decimos que delitos sexuales "son todas aquellas acciones que la sociedad de los hombres jurídicamente organizada reprime y castiga por estar constituídas por una actividad o manifestación ilícita del instinto del sexo",<sup>2</sup> ningún inconveniente tendríamos en incluir el adulterio como un delito de este tipo.<sup>3</sup>

En segundo lugar, el adulterio necesita la participación forzosa de dos personas, es decir, que es un delito de doble acción, debiendo ser uno de los dos coautores casados, o serlo ambos. En este orden de ideas es que Jiménez de Asúa en "El Criminalista" lo define como el "ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los dos o ambos casados".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> EUSEBIO GÓMEZ: *Tratado de Derecho Penal*, Comp. Arg. de Edit., 1940, Tomo III, N° 554, pág. 20. Y en el mismo sentido: ALFREDO J. MOLINARIO: *Derecho Penal*, La Plata, 1943, pág. 215.

<sup>2</sup> SALVAGNO CAMPOS: *Delitos Sexuales*, Peña y Cía. Imp. Montevideo, 1940, pág. 9.

<sup>3</sup> Es de hacer notar que este autor no trata el adulterio en su obra, no obstante en opus citada, pág. 16, al hablar de cuáles son las exteriorizaciones sexuales ilícitas, nombra aquéllas que violan la consideración debida a la familia e incluye junto con el rapto y la violación de la mujer casada, el adulterio. Refiriéndose al mismo, dice en una nota de la misma página, que ya ha desaparecido de "nuestra legislación" (la uruguayana) como delito y con razón.

<sup>4</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: *El Criminalista*, T.E.A., Bs. As., 1952, Tomo X, pág. 178.

Por otra parte, la doctrina se ha encargado de establecer, aun cuando hay discrepancias que luego veremos en cuanto a su alcance, la necesidad de "conjunción carnal", que sería el elemento central del delito, es decir, la descripción propiamente dicha de la acción criminal. Y a este respecto los autores sin discusión han excluído la pederastía y el lesbianismo como formas de comisión del adulterio, exigiendo pues que aquella conjunción carnal se realice con persona de otro sexo.

Además, por supuesto, no comete delito quien, como veremos más adelante, no conoce el vínculo matrimonial de la persona con quien yace.

Por último agregamos que definir el adulterio haciendo referencia al bien jurídico tutelado, tal como se encuentra dividida la doctrina al respecto, encierra una petición de principios, no admisible en una definición.

Por todo lo dicho creemos que sin mayores pretensiones es útil para cumplir con aquella conveniencia de que habláramos en el primer párrafo definir el adulterio diciendo que "*es el delito sexual que requiriendo necesariamente la concurrencia de dos personas, una de las cuales debe ser casada o serlo ambas, consiste en la conijunción carnal con persona de otro sexo, que debe conocer el vínculo matrimonial de la otra, exigiéndose a veces ciertas circunstancias especiales.*

La referencia a estas "circunstancias especiales" ha sido hecha para comprender en la definición casos como los que provee nuestro artículo 118, en el cual se determina que para que el hombre cometa adulterio debe tener manceba fuera o dentro del hogar conyugal, o como el Código de Méjico, que exige que el delito haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.<sup>5</sup>

## II. — *Debates sobre la punibilidad del adulterio*

Dos corrientes bien definidas es posible encontrar al estudiar el problema de la incriminación del adulterio. Una que afirma su necesidad y la otra que niega al adulterio la categoría de delito y propugna por ende su desincriminación. Claro es que, además de estas tendencias antagónicas, existen matices que varían infinitamente en cuanto divergen las conclusiones a que arriba cada autor.

Así encontramos a Pacheco, por ejemplo, que no sólo cree que el adulterio es un delito, sino que lo considera un delito

<sup>5</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: Op cit. pág. 190. También en nuestro país, el Proyecto de Villegas Ugarriza y García, introducía una de esas "circunstancias especiales" al determinar que cometía adulterio el marido que viola la fe conyugal "en la habitación conyugal, en casa de prostitución o manteniendo con notoriedad manceba".

grave. Soler, por su parte, es de los que se sustrae a la discusión por considerar que a veces se llega a consideraciones ajenas al campo del derecho penal. En cambio Molinario dedica varias páginas al tema, siendo franco y decidido partidario de su incriminación.<sup>6</sup>

Pero lo cierto es que dos tendencias opuestas y claramente definidas son las que están en pugna, y una y otra han encontrado reflejos en la legislación positiva de los diversos países.

Como suelen aclarar los autores, no debe creerse que la discusión es reciente, puesto que es ya tradicional (y la reproducen casi todos los escritos sobre el tema) la polémica sostenida entre Tissot y Carrara, replicando éste los conceptos vertidos por aquél en favor de la desincriminación del adulterio. Y es posible llegar un poco más lejos en este examen retrospectivo; así Jiménez de Asúa recuerda por ejemplo una opinión desfavorable al adulterio de Cayetano Filangieri,<sup>7</sup> y según acota Soler, "la división de opiniones se hace remontar a Julio Claro".<sup>8</sup>

El problema no es, pues, nuevo, pero no deja por eso de ser interesante y de candente actualidad.

Tras aquellos adalides, Tissot y Carrara, se han ido agrupando una nutrida serie de autores de todas las épocas y latitudes, que agregando nuevos elementos renuevan día a día la polémica y mantienen alerta la atención de los penalistas sobre el tema.

Pero entremos ahora de lleno, concluído este breve análisis de las razones dadas por algunos autores, al estudio de las conclusiones que sobre la incriminación del adulterio han extraído los tratadistas, adelantando desde ya nuestra opinión favorable a la desincriminación del mismo.

Dedicaremos preferentemente nuestra atención a criticar la posición de Molinario, que es sin lugar a dudas el más conspicuo representante de los autores que bregan por la mantención de este hecho en el Código Penal.

Este autor, en efecto, ha abordado la tarea de contestar uno por uno los argumentos que Rivarola, Matienzo y Piñeiro, en ocasión de la redacción de su Proyecto en 1891, habían esgrimido para justificar la desincriminación del adulterio.

Acierta, a nuestro juicio, Molinario cuando cree que se equivocan los autores mencionados al considerar como un elemento favorable a la desincriminación el hecho de que en la práctica las disposiciones sobre adulterio sean "letra muerta" en el Cód-

<sup>6</sup> Op cit. pág. 225 a 239.

<sup>7</sup> Op. cit. pág. 190.

<sup>8</sup> SEBASTIÁN SOLER: *Tratado de Derecho Penal*, "La Ley", Bs. B.s, 1945, Tomo III, pág. 331.

go. Porque, como él, creemos que "razonar así equivale a incurrir en una violenta petición de causa y significa confundir, en una sola, dos cosas muy distintas: la amenaza penal y la ejecución de esa amenaza".<sup>9</sup>

Pero exagera cuando partiendo de la base de que toda incriminación implica un juicio de reprobación social llega a la conclusión de que la desincriminación del adulterio expresa la aceptación de ese hecho. Es fácil advertir que entre no considerar delito un acto humano y otorgarle un premio a quien lo realice hay una gran distancia, que Molinario pretende deliberadamente ignorar.

Concordamos con él cuando afirma que el deber de fidelidad conyugal no es sólo un deber moral sino también un verdadero deber jurídico. Ya Tissot se había expresado en el primer sentido y partiendo de esa opinión, así también lo sostuvieron los autores del Proyecto de 1891, pero como bien dice Molinario, tal afirmación, dentro de nuestra legislación, es inadmisibles ante la presencia de un precepto como el contenido en el artículo 50 de la Ley de Matrimonio Civil en 1889. En efecto, dicho artículo prescribe textualmente en su primera parte: "Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad de uno autorice al otro a proceder del mismo modo...".

Ninguna duda nos puede quedar entonces de que en realidad estamos en presencia de un verdadero deber jurídico; pero de ahí no debe necesariamente inferirse que su violación sea delito, ya que muchos otros deberes jurídicos se hallan suficientemente protegidos con sanciones exclusivamente civiles.

Por eso pensamos que se equivoca este ilustre profesor cuando partiendo de la base de que el deber de fidelidad es un deber jurídico asigna a su violación una sanción penal; en cambio parece más acertada la solución de quienes considerando que el adulterio no debe ser delito ven el divorcio como sanción suficiente.

Por otra parte, creer que al desincriminar el adulterio se correría el riesgo de que los profanos pudieran pensar que se permite el mismo,<sup>10</sup> no es exacto, ya que entre las personas ajenas al derecho y de mediana cultura impera la creencia de que el adulterio no es delito; lo que es lógico y explicable por la falta de jurisprudencia en la materia, la que con respecto a dichas personas obra como medio difusor del derecho, pues al ser co-

<sup>9</sup> Op cit. pág. 231.

<sup>10</sup> Como creía GAROFALO en su obra *D'Un criterio positivo di penaltá*, recordado por ANTONIO FERRER SAMA, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1950, Tomo II, pág. 424.

mentados por la prensa los fallos de la justicia, es recién cuando llega a su conocimiento la ilicitud penal de ciertos hechos.<sup>11</sup>

Por el contrario, y de acuerdo a lo dicho, creemos que la desincriminación del adulterio pasaría inadvertida para tales personas.

Además, en cuanto al argumento de que este hecho ataca al orden de las familias permitiendo la introducción de hijos ajenos al seno de la misma, se puede contestar de dos maneras: 1º) diciendo que esto sólo es cierto en cuanto al adulterio de la mujer, y 2º) que dentro de nuestra legislación positiva al menos, en que por imperio del artículo 73 del Código Penal el delito de adulterio es de acción privada, el mismo ataca "solamente en forma mediata los intereses sociales que puede comprometer",<sup>12</sup> ya que mal puede pensarse en tan grave atentado cuya sanción quede exclusivamente en manos del cónyuge ofendido.

Por otra parte, aleja del pensamiento la posible gravedad de este delito la circunstancia de que el artículo 118 prescribe la benigna pena de un mes a un año de prisión.

Y por último, lo que a nuestro juicio es de vital importancia es preciso aclarar que no se trata de reprobar o aprobar este hecho sino de mantenerlo o no en la legislación penal.

En cuanto a su reprobación social no creemos que pueda haber duda alguna; pero el asunto se centraliza y ahí nacen las divergencias, en traducir esa reprobación en una sanción penal o en una sanción civil. Nosotros, por nuestra parte, creemos, mientras no se nos demuestre lo contrario, de acuerdo a lo antedicho, que la sanción civil es suficiente.

En el divorcio está la penalidad adecuada para este hecho.

### III. — *Reflejos de estas discusiones en la legislación positiva*

La historia penal ha contado siempre al adulterio en el catálogo de los delitos con muy contadas excepciones.<sup>13</sup>

Es particularmente interesante observar cómo en los tiempos antiguos las legislaciones impulsadas por el prurito de encontrar "ejemplificadoras" penalidades recurrían a los medios más extraños de sancionar este hecho; así por ejemplo, en el Código de Manú, cuyas disposiciones recuerda Fontán Balestra, se

<sup>11</sup> Confieso haber hecho comprobaciones de este tipo, auscultando la opinión de un centenar de personas, las que invariablemente contestaban en forma negativa a la pregunta de si el adúltero o la adúltera pueden ser llevados a prisión.

<sup>12</sup> SEBASTIÁN SOLER: Op. cit., pág. 333.

<sup>13</sup> Una de estas excepciones estaría dada en lo que ANTONIO FERRER SAMA, en op. cit., pág. 423, recuerda acerca de que no se castigaba este delito en pueblos en que la prostitución era un deber obligatorio derivado del de hospitalidad.

prescribía para la adúltera la crudelísima pena de ser devorada por perros en un lugar público. El mismo autor menciona que en Atenas consistía la sanción en "arrancar los cabellos a la mujer adúltera y derramar sobre su cabeza cenizas calientes".<sup>14</sup>

En Egipto, según acota Ferrer Sama, se penaba a la mujer adúltera con la mutilación de la nariz, y resulta de interés la mención de Jiménez de Asúa acerca de la utilización de la lapidación como medio de punir a la adúltera entre los aztecas. Este mismo medio es el que habían utilizado los hebreos.

Estos ejemplos, sobre los cuales se podría abundar indefinidamente, nos dan una muestra cabal de cuál era el criterio que orientaba la función punitiva, en tan evidente contraste con las tendencias contemporáneas, que ponen su mirada, agudizada por la experiencia de los siglos, en la misión reeducativa de la misma.

De aquellas cruentas penalidades se ha pasado a través del tiempo, por imperio del desarrollo de nuevas ideas filosóficas, no solo a sancionar más benignamente el adulterio, sino incluso a abolirlo como delito. Así los actuales códigos de Dinamarca, de la Unión Soviética, de Costa Rica, Cuba, Colombia, no lo contienen. En Uruguay, el Proyecto de José Irureta Goyena lo desincriminó, y al ser sancionado este Proyecto como Código de la República Oriental, el adulterio dejó de ser delito en ese país. En España el Código de 1932, que fuera derogado en 1944 por la dictadura que aún perdura en ese país, lo había desincriminado, pero ahora nuevamente se encuentra "enclavado entre los delitos contra la honestidad".<sup>15</sup>

En casi todos los demás países se lo conserva incluido en los Códigos Penales con más o menos similitud a la forma en que lo incrimina nuestro Código.

Pero es evidente que la tendencia actual se acentúa cada vez más en el sentido de quitar a este hecho su ilicitud penal, y no creemos que sea muy aventurado vaticinar que poco a poco se irá excluyendo el adulterio de las leyes penales.

En lo que respecta a nuestro país, el Proyecto de Tejedor incluía a este hecho como un delito, al que definía como "la violación de la fe conyugal, cometida físicamente y a sabiendas"; y no distinguía entre el adulterio de la mujer y el del hombre. Por su parte el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García también lo contenía, introduciendo diferentes situaciones según se tratase de la mujer o del hombre. El Código de 1887 se expresaba en forma similar al Código actual. Por el contrario, el Proyecto de 1891, de Rivarola, Matienzo y Piñeiro, al que ya hemos tenido

<sup>14</sup> CARLOS FONTÁN BALESTRA: *Delitos Sexuales*, Edic. Arayú, Buenos Aires, 1953, pág. 9.

<sup>15</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: *Op cit.*, pág. 188.

oportunidad de referirnos, lo desincriminó. El Proyecto de 1906, por su parte, sólo introduce con respecto al Código entonces vigente, ligeras modificaciones, y el Código de 1922 lo incluye en su artículo 118 con los siguientes términos: "Serán reprimidos con prisión de un mes a un año: 1º) la mujer que cometiere adulterio; 2º) el codelincuente de la mujer; 3º) el marido cuando tuviere manceba dentro o fuera del hogar conyugal, y 4º) la manceba del marido".

Completan el cuadro de las disposiciones que sobre adulterio contiene el Código, los artículos 69, 73, 74 y 76.

En efecto, dichos artículos prescriben:

*Artículo 69.* — "El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el artículo 73. Si hubiera varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás".

*Artículo 73.* — "Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Adulterio...".

*Artículo 74.* — "La acción por delito de adulterio corresponde únicamente al cónyuge ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables, pero no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa del adulterio. La sentencia en el juicio de divorcio no producirá efecto alguno en el juicio criminal. El cónyuge que ha consentido el adulterio o lo ha perdonado no tiene derecho de iniciar la acción. La muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la pena".

*Artículo 76.* — "En los demás casos del artículo 73 se procederá únicamente por querrela o denuncia del agraviado o de sus guardadores o representantes legales".

Pero dejemos para los puntos sucesivos el análisis detenido de todas estas disposiciones.

#### IV. — *El bien jurídicamente protegido*

El delito de adulterio se encuentra en nuestro código como único artículo —118— del Capítulo I, del Título III, de la Parte Especial, que se refiere a los "Delitos contra la Honestidad".

No obstante, aun cuando nuestro Código le da la ubicación antedicha existen fundamentales divergencias doctrinarias al respecto.

Es evidente que este hecho afecta a más de un interés.

Así Tejedor (ya lo expresaba en su definición) consideraba

el bien violado como la fe conyugal<sup>16</sup> y en el mismo sentido se expresa Gómez.<sup>17</sup>

Por otra parte se ha sostenido que quebranta el buen orden de las familias.

La dilucidación de este problema tiene importancia práctica, pues si se lo considera como un delito contra la honestidad será difícil comprender por qué razón no se han incluido los hechos de pederastía. Considerado como delito contra la honestidad no debiera dudarse, por ejemplo, un minuto, en que ciertos hechos, aun sin llegar a la fornicación, configuran y perfeccionan el delito de adulterio. Por el contrario, si se lo considera como un delito contra el buen orden de las familias es evidente que se hará necesario la "inmisio penis" y aun la "seminatio intra vas" para llegar a configurarlo.

Nosotros, por nuestra parte, sin perjuicio de considerar como Soler que este hecho ataca un complejo de intereses, creemos que estamos en presencia de un delito que quebranta la fe conyugal.<sup>78</sup>

#### V. — *Sujetos activos*

Dado que el adulterio es un delito de doble acción, el sujeto activo no existe así, como una unidad, sino que es necesario desdoblado en dos sujetos, los que necesariamente deben ser de distinto sexo. Pero, como ya dijimos anteriormente, es necesario que uno de los dos sea casado.

Solían los autores entrar en discusiones acerca de la situación en que se encontraba la mujer de catorce años y que estaba autorizada por las leyes para contraer matrimonio. Se preguntaban así si era posible que ella fuera sujeto pasivo del delito de adulterio. Hoy la discusión no tendría razón de ser ante la presencia de la Ley N° 14.394, que impide contraer matrimonio a la mujer menor de esa edad. Sin embargo, dicha ley, a la vez que establece que no puede contraer matrimonio la mujer menor de catorce años, declara la inimputabilidad de los menores de dieciséis años. Por lo tanto, como vemos, el problema no ha desaparecido sino que se ha desplazado.

<sup>16</sup> Pero lo incluía entre los delitos contra la honestidad.

<sup>17</sup> Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, en op. cit., pág. 198.

<sup>18</sup> Así, nos parece oportuno traer a colación las palabras de GÓMEZ, consignadas en op. cit., N° 555, pág. 22. "El Código Penal Argentino incluye el delito de adulterio entre los delitos contra la honestidad... Es equivocado este concepto. El delito de que se trata no afecta la honestidad de nadie. No desde luego a la de aquellos que lo cometen, no tampoco a la de terceros, puesto que si le afectara no se concebiría que la acción penal correspondiente estuviera librada, como está, a la iniciativa del cónyuge".

La cuestión ha sido resuelta antes de la ley mencionada, y por lo dicho el razonamiento es válido ahora, determinando que aun cuando el delito exista, por imperio del artículo 36 del Código Penal, la menor es inimputable. Así lo expresan entre otros, Gómez, Jiménez de Asúa y Molinario.

#### VI. — *Sujeto pasivo*

El sujeto pasivo de un delito es por definición quien sufre las consecuencias directas y primeras del mismo.

Podrá serlo pues, tanto la mujer casada con hombre que tiene manceba fuera o dentro del hogar conyugal, como el hombre casado con mujer que comete adulterio.

#### VII. — *El adulterio de la mujer*

El adulterio de la mujer, contrariamente a lo que ocurre con el adulterio del hombre, no se encuentra definido por el Código. En efecto, éste sólo se limita a decir que será reprimida la mujer que cometiere adulterio y el codelincuente de la mujer.

Sabido es que en primer término es necesario que la mujer sea casada y que su casamiento sea válido.

La mujer divorciada únicamente puede llegar a cometer delito de adulterio siendo la manceba de hombre casado, y no lo comete yaciendo con hombre libre.<sup>19</sup>

Esto último no ha sido aceptado por todos los autores sino que Rivarola, citado por Molinario, es contrario a lo expuesto. Para él, el cónyuge divorciado puede cometer delito de adulterio.<sup>20</sup>

De lo dicho se desprende claramente que dos tipos distintos de adulterio, por así decirlo, pueden ser cometidos por la mujer. La primera forma: yaciendo ella con otro hombre que no sea el marido, y la segunda: siendo manceba de hombre casado. Ciertamente además que podríamos encontrar una tercera forma de comisión resultante de la combinación de las dos anteriores y que sería un adulterio doble, que como dice el Dr. Jiménez de Asúa, ya se encontraba previsto en Las Partidas; si esa hipótesis ocurriera, la mujer "sería autora de dos delitos en concurso ideal".<sup>21</sup>

Pero veamos ahora qué situación se plantea ante el silencio de la ley, siendo por otra parte loable ese silencio sobre el acto constitutivo del adulterio. Mientras algunos autores han enten-

<sup>19</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: Op cit., pág. 206.

<sup>20</sup> RIVAROLA R.: *Explicación y Crítica del Código Penal de la República Argentina*, Tomo II, pág. 122.

<sup>21</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: Op cit., pág. 219.

dido que es necesario la "inmissio penis", otros han llegado a afirmar que es necesario la "seminatio intra vas".<sup>22</sup> Por fin sostienen a su turno otros autores que bastarían ciertos hechos no constitutivos de un coito normal para configurarlo.

Nosotros, consecuentes con nuestra idea de que el adulterio viola la fe conyugal, consideramos con estos últimos autores que hechos como el coito bucal, anal o cualquier otra manifestación de extravío en el instinto sexual, pueden ser de por sí, aptos para configurar el delito de adulterio. Y nos parece útil traer a colación una cita de Hafter que hace Jiménez de Asúa cuando dice que los actos contra natura no vulneran menos que la cópula normal la pureza del matrimonio.<sup>23</sup>

### VIII. — *El adulterio del hombre*

"El marido que tuviere manceba, dentro o fuera del hogar conyugal..." Así dice el artículo 118 en su inciso 3º.

Todos los problemas se centrarán entonces en desentrañar el verdadero sentido y alcance del vocablo "manceba".

Por tal debemos entender la mujer que hace vida marital con un hombre (en este caso casado) sin ser su legítima esposa, pero sin llegar a determinar la necesidad de que vivan bajo el mismo techo, siendo suficiente que entre ambos existan relaciones sexuales con una cierta permanencia.

Por otra parte, es indiferente la circunstancia de que el hombre casado mantenga a su manceba. Hágalo o no, si se cumplen los extremos antes expresados, el delito de adulterio se habría configurado.

De esta manera el concepto de manceba viene a identificarse con lo que el lenguaje vulgar denomina "querida", ya que este lenguaje ha sabido encontrar otras designaciones para la mujer que vive a expensas del adúltero. Y viene así a verse claramente la diferencia entre la manceba del lenguaje jurídico y la concubina del léxico popular al no exigírsele a aquélla la cohabitación habitual.

De lo dicho surge claramente una diferencia entre el adulterio de la mujer y el del hombre. Mientras un solo acto perfecciona el delito de la adúltera, es necesario la reiteración en el hombre. Y es por lo tanto un delito colectivo como afirma el Dr. Jiménez de Asúa, discrepando con la opinión de Soler que lo considera como un delito permanente.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Tal la opinión de CARRARA.

<sup>23</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: Op cit., pág. 200.

<sup>24</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: Op cit., pág. 218.

### IX. — *Las condiciones objetivas de perseguibilidad*

El profesor Jiménez de Asúa titula el párrafo 16 de su estudio sobre el adulterio en el tomo X de "El Criminalista": "La condición objetiva de penalidad y el consentimiento".<sup>25</sup>

En este párrafo su autor establece claramente que el adulterio tiene ciertas condiciones objetivas de perseguibilidad que no deben ser consideradas, como erróneamente lo hace gran parte de la doctrina, como cuestiones procesales previas o cuestiones prejudiciales.

Eusebio Gómez también está de acuerdo con esta opinión, porque aun cuando no habla de condiciones objetivas de perseguibilidad, dice refiriéndose al artículo 74 del Código Penal, que "este precepto no crea una cuestión prejudicial. Establece simplemente un requisito para la procedencia de la acción penal por adulterio..."<sup>26</sup>

Vemos entonces que el derecho de iniciar la acción penal por adulterio se encuentra sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos legales que son precisamente esas condiciones objetivas de perseguibilidad, sin cuya concurrencia sería imposible ejercitar aquella pretensión punitiva.

Estas condiciones objetivas serían el divorcio previo, el no haber mediado consentimiento, que el cónyuge ofendido no haya muerto, que no haya mediado perdón y que la querrela sea entablada contra ambos, tanto delincuente como codelincuente.<sup>27</sup>

Recién después de cumplidos todos los recaudos expresados por la ley le sería posible al cónyuge ofendido querrellar a su infiel esposo o esposa.

Sebastián Soler, por su parte, aunque así no lo exprese, viene con su opinión a introducir una nueva condición objetiva de perseguibilidad. En efecto, según este autor "no es admisible una acción por adulterio de la mujer que se ha entregado a uno o más amantes desconocidos, aun cuando haya signos evidentes de la existencia del hecho".<sup>28</sup>

La condición objetiva sería entonces la determinación del codelincuente de la mujer o de la manceba del marido en su caso.

Esta tesis es en verdad insostenible. En efecto, de aceptarla, tampoco sería posible perseguir a la adúltera cuyo codelincuente es inimputable o hubiese muerto.

<sup>25</sup> Pág. 211.

<sup>26</sup> EUSEBIO GÓMEZ: Op cit., pág. 71, N° 585.

<sup>27</sup> Aun cuando el Dr. JIMÉNEZ DE ASÚA no determina expresamente que estas tres últimas sean condiciones objetivas de perseguibilidad, surge del texto, implícitamente, esta calificación, que, por lo demás, es lógica.

<sup>28</sup> SEBASTIÁN SOLER: Op. cit., pág. 334.

Interpretar como el profesor Soler el artículo 74 del Código Penal es no entrever cuál es el verdadero espíritu de la ley al establecer la disposición de que ambos coautores deben ser perseguidos necesariamente, ya que con ella lo que se ha querido es evitar casos de extorsión, los que se dieron con frecuencia en la práctica cuando no existía una norma similar a la que venimos comentando.

Por otra parte, la posición de Soler no es nueva. Ya la sostuvo Silvela en España y sus argumentos fueron rebatidos por Jiménez de Asúa y José Antón Oneca en la obra que ambos escribieron: "Derecho Penal".

En esta obra dicen los autores mencionados que al texto de 1870, que es similar al artículo 74 de nuestro Código, debiera agregarse las palabras "si uno y otro vivieren"; de donde cuando no se dé la condición, no vale el precepto".<sup>29</sup>

Es decir que ambos delincuentes deben ser perseguidos "si uno y otro vivieren" y nosotros por nuestra parte nos permitimos agregar que no sólo uno y otro vivieren, sino cuando ambos fuesen imputables y determinados.

Porque ¿qué ocurriría en el caso de la mujer casada que se entrega a varios hombres si todos ellos pueden ser determinados?<sup>30</sup> En este caso, aun cuando los autores nada dicen al respecto, creemos que mientras la mujer ha realizado repetidamente el mismo delito, cada hombre perfecciona el suyo a su turno.

Quedaría así por aplicar el artículo 74 en cuanto a lo que venimos comentando, tan sólo en el caso de que pudiera ser precisado el codelincuente o la manceba.

Es decir que cometido un adulterio siendo conocidos perfectamente sus autores no sería posible dirigirse contra uno de ellos sino que se debe querellar a ambos. Pero, si por el contrario, uno de ellos es desconocido, o ha muerto, o es inimputable, la acción es perfectamente procedente contra el cónyuge ofensor solamente.

#### X. — *El artículo 76 del Código Penal*

Vinculado con nuestro tema es de recordar lo prescripto en el artículo 76 del Código Penal, artículo éste que fuera objeto de severas críticas por su deficiente redacción. En efecto, el mismo establece que en los demás casos del artículo 73 (delitos de acción privada) se procederá únicamente por querrela o *denuncia* del agraviado. Evidentemente el legislador ha incurrido aquí

<sup>29</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, Edición Reus, Madrid, 1929, pág. 258.

<sup>30</sup> Esta tesis sería distinta a la de SOLER, ya que en el caso hipotético que él plantea, los amantes eran desconocidos.

en un error de técnica que todos los autores se han encargado de resaltar.

Así, el profesor Ramos refiriéndose al tema dice que "se advierte el grave error técnico del Código al haber agregado la palabra "denuncia" en el artículo 76, incompatible con la índole de la acción que autoriza a ejercer el artículo 73".<sup>31</sup>

Es perfectamente apreciable la incongruencia del texto mencionado, ya que únicamente por querrela del agraviado podría intentarse una acción penal por delito de acción privada. La denuncia bastará o será suficiente para impulsar la acción penal en aquellos delitos dependientes de instancia privada, pero sería ineficaz, o mejor aún, inocua para los delitos de acción privada.

No se hubiese deslizado este error si el Código Penal vigente, tal como lo hacía el de 1887, se hubiera abstenido de legislar sobre una materia que es más de incumbencia de las leyes procesales que de las leyes de fondo. Pero ya el Proyecto de 1891 incluyó esta materia y el de 1906 reprodujo en parte esos preceptos.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> JUAN P. RAMOS: *Curso de Derecho Penal*, Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, Tomo IV, N° 585, pág. 444.

<sup>32</sup> Conf. EMILIO C. DÍAZ: *El Código Penal...*; 3ª Edición, Librería "La Facultad", 1928, N° 277, pág. 127.

## BIBLIOGRAFÍA

- CAMPOS, SALVAGNO: *Delitos Sexuales*, Peña y Cía. Imp. Montevideo, 1940.
- DÍAZ, EMILIO C.: *El Código Penal...*; 3ª ed., Librería "La Facultad", 1928.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Delitos sexuales*, Ed. Arayú, Bs. As., 1953.
- GÓMEZ, EUSEBIO: *Tratado de Derecho Penal*, Comp. Arg. Edit., 1940.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *El Criminalista*, T.E.A., Bs. As., Tomo X, 1952.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, y J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1929.
- MOLINARIO, ALFREDO J.: *Derecho Penal*, La Plata, 1943.
- NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA: Francisco Seix Edit., Barcelona, 1950
- RAMOS, JUAN P.: *Curso de Derecho Penal*, Biblioteca Jur. Arg., 1928
- RIVAROLA R.: *Explicación y Crítica del Código Penal de la República Argentina*.
- SOLER, SEBASTIÁN: *Tratado de Derecho Penal*. "La Ley", Bs. As., 1945.