

Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio, (Artículo 449 del Código Penal) *

MANUEL COBO

Subdirector del Instituto de Criminología
de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Observación general.—2. Determinación genérica de las características de los sujetos activos del delito de adulterio (artículo 449 del Código penal).—3. Fijación del problema.—4. Estudio de las diferentes posiciones doctrinales. Conclusiones críticas.—5. Breve síntesis del delito (tipo) pluripersonal y requisitos.—6. Análisis del tipo desde su perspectiva pluripersonal. Afirmación de sus diferentes requisitos en la figura legal descrita por el artículo 449 del Código penal.—7. Solución de acuerdo con su naturaleza pluripersonal de concretos problemas relacionados con la misma. Criterios para una interpretación del artículo 450 del Código penal.

1. *Observación general.*

En diferentes momentos (1) me he ocupado de algunas de las cuestiones planteadas por el examen técnico jurídico de los llamados “delitos contra la familia”, con el propósito, aún perdurable, de finalizar un extenso estudio donde se recojan todas y cada una de las infracciones penales que pudieran ser encuadradas bajo el anterior título. Razones muy variadas, que no vienen al caso, si bien sobresale, entre ellas, la proveniente de la inexcusable obligación de elaborar temas fijados de antemano, como consecuencia del sistema de oposiciones, han hecho que se haya ido demorando, teniéndome que limitar a la redacción de extremos concretos, partes, si se quiere, del título

(*) El presente estudio es un título de un trabajo más amplio, conforme se dice en el texto. Se dedican estas páginas, ya redactadas pero hasta el momento inéditas, a la memoria del profesor Quintano Ripollés, 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.

(1) Vid. M. COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores*, en ADPCP, 1961 (dos artículos). *El bien jurídico en el adulterio* en ADPCP, 1963. *La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto revisado de 1963*, en ADCPC, 1964. Parecida reflexión puede verse en JOSÉ M.^a STAMPA, *Criminología del infanticidio*, en Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al prof. Ignacio Serrano, t. II, Valladolid, 1965, pág. 134, que supone continuidad en una misma línea investigadora.

general que, algún día, se desarrollará en obra orgánica, exhaustivamente. Hasta entonces, han aparecido trabajos parciales que, como el presente, versando sobre un específico punto, muestran, sin duda, la continuidad de una investigación sobre un grupo de delitos poco elaborados y evidentemente interesantes.

Con esta nueva aportación se pretende completar el citado propósito, mediante un examen técnico jurídico del adulterio del artículo 449 del Código penal español, ofreciendo los diferentes problemas que presenta el entendimiento del mismo, de su naturaleza, desde la perspectiva dinámica de los sujetos activos. En definitiva, es un paso más en el lento caminar de la investigación jurídica, de ninguna forma sujeta a improvisación ni, menos, a irresponsable e infructífera producción, de la que, desgraciadamente, en más de una ocasión se ha visto afectada.

2. *Determinación genérica de las características de los sujetos activos del delito de adulterio (artículo 449 del Código penal).*

Los diferentes problemas que plantea el estudio de los sujetos activos del adulterio, su concreción y relaciones con la conducta, son, en realidad, muy debatidos y encierran gran interés técnico. Su importancia se debe, fundamentalmente, a que la distinta actitud que se adopte condicionará la solución de innumerables cuestiones que pueden ofrecerse, además de dotar de una concepción general sobre su *naturaleza* desde esa perspectiva.

Antes de nada debemos precisar que por propias exigencias del tipo, se habla de “mujer casada” y “varón que no sea su marido”, y por consiguiente, queda de antemano prohibida la persecución por adulterio en aquellos casos de relaciones sexuales de la mujer con personas del mismo sexo, conforme apuntamos en anteriores ocasiones (2). A juicio de Pisapia —y no sin razón—, la anterior hipótesis debe ser objeto de reflexión con vistas a una incriminación autónoma, en atención a la frecuencia con que, según afirma, viene produciéndose (3). En ese sentido, la consideración presente no deberá pasar inadvertida en los proyectos de *lege ferenda*; un estudio *real* de tales sucesos lo aconseja (4), así como las consecuencias que, sin duda, pueden producirse en su vertiente políticocriminal.

Por lo que se refiere a los *sujetos activos*, el adulterio se muestra, inicialmente, como sumamente singular. Se expresan términos en su redacción legal, en cierta medida *diferenciados*, desde el momento que el artículo 449 exige unas determinadas características para que las personas puedan llegar a cometer el delito; cualidades que, en el caso de la *mujer casada*, serán, de un lado, naturales —como es per-

(2) Vid. M. COBO, *La supresión cit.*, pág. 68.

(3) Vid. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953.

(4) Vid. R. PELLEGRINI, *Sexuologia*, 2.^a ed. (trad. esp. de Piga), Madrid, 1956, pág. 716.

tenecer al sexo femenino—, y de otro, normativas; como supone su condición de casada, que vendrá determinada por otros ordenamientos jurídicos; y en el del *varón*, estrictamente natural, concretada en el sexo masculino, ya que su condición de distinto al marido quedará embebida en la determinación de que la mujer esté casada con otro: Con tan genérica consideración no prejuzgamos todavía su naturaleza ni como delito especial, ni de propia mano, que será objeto de particular atención en su momento.

3. *Fijación del problema.*

Con lo anteriormente expuesto quizá parezca que no existen grandes inconvenientes, y de esa suerte quedarían simplemente determinados, en su proyección técnico jurídica, los sujetos activos. Pero la cuestión, en la presente figura delictiva, no será tanto la de precisar dicha determinación de los sujetos, aislada, sin la interrelación que les impone la conducta típica, sino más bien estudiar su aspecto *dinámico*, en virtud del cual quedarán enlazados por un específico sinalagma, y si, a pesar del mismo, el tipo puede ser verificado, incluso, por uno tan sólo de los agentes, o si, por último, inevitablemente se requiere, de forma complementaria y simultánea, el concurso de ambos. En otras palabras, técnicamente: si estamos a presencia de un delito *uni o pluripersonal*, con todas las consecuencias que la naturaleza asignada en ese sentido comporta.

Antes de nada, debemos llevar a cabo la observación siguiente: en atención a como ha sido planteada la cuestión, se deriva la existencia de un entrecruzamiento de planos reales y normativos, que ciertamente hacen por demás delicado el desarrollo del tema y a veces pudiera perderse de vista la correcta naturaleza que se le asigne a cada uno en particular. No obstante, es quizá también la anterior consideración la que presenta mayor interés en la investigación, por el riesgo que la misma implica, mucho más si se advierte la ausencia de un específico trabajo sobre este concreto tema.

4. *Estudio de las diferentes posiciones doctrinales. Conclusiones críticas.*

La incidental investigación llevaba a cabo, generalmente en *Manuales*, ha conducido, por su propia naturaleza, a una visión superficial de alguno de los aspectos y soluciones que la misma presenta. Cuando menos, ha faltado la exposición de una línea argumental en la que se descarten o acepten soluciones, o se busquen otras nuevas incurriendo en el defecto de las simples afirmaciones, más o menos dogmáticas, sin el menor valor discursivo.

Si por nuestra parte hacemos un breve recuento de la opinión de los autores, tendremos:

A). *La doctrina española* ha planteado y resuelto la cuestión en los términos siguientes:

Cuello Calón dice que "sujetos activos del delito son la mujer adúltera y su correo. Sin embargo sólo la mujer puede ser sujeto de este delito en caso de fuga o de muerte del correo o cuando sólo ella fuere imputable, como en caso de locura del amante, o si éste fuere menor o se hallare en estado de embriaguez que excluya la imputabilidad. El adúltero puede también, si las mencionadas eximentes concurrieren en la mujer, ser único sujeto del delito" (5). Ferrer-Sama estima que "en cuanto al cómplice del adulterio debemos empezar por hacer constar que tal denominación, que empleamos por respeto al uso común, no es la adecuada, debiendo hablarse más bien de correo, por tratarse de los llamados bilaterales, en los que es necesario el concurso de dos personas, en este caso un hombre y una mujer, sin cuyas conductas concurrentes no surge la figura delictiva" (6). Rodríguez Muñoz y Rodríguez Devesa plantean la cuestión de si "es posible deducir querrela contra uno solo de los culpables cuando el otro sea desconocido aunque se presuma que vive", y terminan sosteniendo la tesis afirmativa (7). Para Quintano Ripollés existe, en definitiva, una "coautoria tipificada en una especie de sinalagmatismo criminal" (8). Por su parte, De Carmona concluye diciendo que "tanto al casado como al amante se les considera coautores materiales del delito, porque dado su carácter bilateral, no puede cometerse sin la correspondencia de ambos" (9).

Por último, en fecha reciente, Rodríguez Devesa se ha pronunciado en términos parecidos a como lo hiciera en la obra en colaboración con Rodríguez Muñoz y Jaso Roldán, planteando asimismo la cuestión desde la perspectiva de la perseguibilidad de la mujer casada aisladamente del varón distinto al marido (10).

Hasta aquí, algunas de las opiniones, escasas, desde luego, que los autores españoles han mantenido, si se tiene en cuenta que los comentaristas, fundamentalmente, se han preocupado de las razones materiales del adulterio, de cuestiones político-criminales, de su procedencia, o no como delito, de su diferenciación con el amancebamiento, etc.; pero han dejado indemne el tratamiento técnico de dicha figura delictiva. El resto de las posiciones, no citadas en el texto,

(5) E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal conforme al Código penal, texto refundido de 1944*, t. II (P. Esp.), 11.ª ed. Barcelona, 1961, pág. 576.

(6) A. FERRER-SAMA, *Adulterio*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1950, pág. 475.

(7) RODRÍGUEZ MUÑOZ-RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, t. II (P. Esp.), Madrid, 1949, pág. 274.

(8) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, vol. II (P. Esp.), Madrid, 1958, pág. 263.

(9) M. E. DE CARMONA, *El adulterio en Derecho civil, canónico, social, penal y procesal*. Barcelona-Madrid, s. f., pág. 255.

(10) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (P. Esp.), 2.ª ed. Valladolid, 1966, págs. 174-175.

abunda en una o en otra actitud, aceptándose, sin mayores problemas, la tesis de alguno de los autores ya reseñados.

Unas *conclusiones críticas* pueden precisarse a la vista de la posición sostenida por la doctrina penal española:

a) En primer lugar, debe destacarse lo que pudiera ser un grave defecto en el que ha incurrido la generalidad de la doctrina, y que recuerda aquella fuerte crítica de Battaglini sobre lo que él llamaba el fenómeno del “manualismo” (11) en el estudio de la estructura del delito: se ha pecado de una actitud de *inercia* tanto en el planteamiento como en la solución de las cuestiones, lo que ha conducido a una serie de tópicos y frases más o menos hechas, acerca del tema que nos ocupa.

b) Asimismo, se ha incidido, con harta frecuencia, en una contemplación unilateral del problema, abordándolo desde un solo ángulo visual, como es lo que pudiéramos llamar su perspectiva *procesal*, deparada por la interpretación del párrafo segundo del artículo 450 del Código penal: se repite tópicamente si, necesariamente, para la sanción del concreto adulterio debe formalizarse querrela y ejercitarse la acción pertinente contra “ambos culpables”, según reza el anterior precepto, o si, por el contrario, en ocasiones, por imposibilidad material, es suficiente con que se dirija contra uno solo de ellos, y se habla en particular de la mujer casada.

c) La doctrina dominante, conforme hemos expuesto, admite un sujeto activo ineludible: la mujer casada; pero hace especial referencia a que el “correo” pueda ser imputable o no, e incluso hasta desaparecido, con lo que éste desempeñaría tan sólo una función instrumental, material, de concurrir al acto, y ello sería suficiente para la existencia del delito. Sin embargo, no se recatan los autores en admitir la reversibilidad de su tesis: así, afirman, por ejemplo, que cuando concurren circunstancias eximentes en la mujer casada, el denominado “correo” será el único castigado (?), con lo que, la verdad, no tiene nada de *especial* la teoría que despliegan en torno al carácter principal y más relevante de la posición de la mujer casada (!). Apurando, pues, el argumento, la tesis dominante podría ser formulada así: suficiencia de su simple concurso material al acto descrito por el tipo. A efectos sintéticos, podría denominarse como la teoría de la “simple concurrencia material necesaria”.

d) De la misma forma, pero empleando tan sólo una diferente terminología, se ha afirmado que se trata de un “delito bilateral”, en el que estaríamos a presencia de una “coautoría tipificada”, en el sentido de que sin el concurso de ambos sujetos no podría surgir la figura delictiva.

e) En sus líneas generales, la posición comentada ciertamente se fundamenta en consideraciones, sin duda elogiables, de sentido común, pero no técnicamente planteadas y resueltas. Por dicha razón, se han entremezclado y confundido diferentes planos que deberían ser dife-

(11) Vid. G. BATTAGLINI, *Diritto Penale* (Parte Generale), 3.^a ed., Padova, 1949, pág. 113.

renciados, en la medida de lo posible: poniendo de manifiesto la función y delimitación de lo que *es* propiamente problema que afecta a la acción típica, a la imputabilidad, a la culpabilidad, e incluso, a una serie de extremos estrictamente procesales, lo que, por el momento, aparece, en verdad, todo ello involucrado, sin precisar técnicamente su justo alcance y situación.

B). Se ha mantenido en la *doctrina italiana*, por un selecto y reducido sector, que el adulterio es delito *unipersonal*. A juicio de Pisapia, por ejemplo, es “un delito (al menos formalmente) monosubjetivo, si bien naturalísticamente plurisubjetivo”, pues “bajo un perfil más estrictamente jurídico no se trata de un verdadero y propio delito plurisubjetivo (y menos aún bilateral) por cuanto el legislador prescinde de toda referencia al deber del otro sujeto, y el adulterio queda configurado como un hecho *exclusivo* de la mujer, que es el único, esencial y típico sujeto del delito” (12). La doctrina dominante, por el contrario, atribuye al delito previsto por el artículo 559 del Código penal italiano, naturaleza pluripersonal (o bilateral), con más o menos identidad en la formulación (13): Según estos autores, sujetos activos son la mujer casada y el varón distinto al marido, siendo, pues, necesaria la cooperación física y material de ambos para que subsista el delito, y configurándose, en general, como delito “*plurisoggettivo*”.

En resumen, puede afirmarse conclusivamente que:

a) Sin duda en la dogmática italiana, debido al mayor desarrollo técnico adquirido, se ha llegado a soluciones, aunque dispares, de gran penetración en los diferentes problemas que se plantean, aceptándose generalmente su naturaleza como delito bilateral o pluripersonal, si bien los distintos requisitos de éste y la función desempeñada por los sujetos activos, así como su naturaleza, no están todavía concordemente admitidos, debido fundamentalmente a su diversa concepción por la teoría general.

b) Excepcionalmente se formula la tesis de que se trata de un

(12) PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 511. Antes, del mismo, *Unicità e pluralità di soggetti nella struttura del reato*, en “Riv. it. di dir. pen.”, 1962, fasc. 6, y cuya cita se recoge en la nota 1 de la pág. citada. De interés, PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1950, pág. 233. En apoyo de su tesis recoge Pisapia (pág. 511) la opinión de Petrocelli. Es conveniente llevar a cabo una observación de carácter terminológico. Se ha traducido la expresión italiana “*plurisoggettivo*” como plurisubjetivo (por ejemplo, en la trad. esp. del *Manual de Derecho penal* (Parte General), de F. ANTOLISEI, por Del Rosal y Torio, Buenos Aires, 1960, págs. 420 y sigs.). Dicha forma, sin embargo, pudiera generar equívocos. Por nuestra parte, preferimos emplear los términos “*pluripersonal*”, o “*bipersonal*”, o “*pluralidad de agentes o de sujetos activos*”, para designar estos supuestos de concurso necesario o participación impropia (o necesaria), aunque en textos entrecuadrados, respetando el idioma originario, se traduzca de la primera forma.

(13) Vid., por todos, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale* (Parte Speciale), t. I, 4.ª ed., Milano, 1960, pág. 331, y de interés la bibliografía citada en la pág. 328, nota 19. Hay 5.ª ed., de 1966, vid. pág. 336 de la misma.

delito unipersonal, con base, sobre todo, en la dimensión normativa (*deber*), que no naturalística, acentuada de forma inevitable, ya que de no ocurrir así sería evidente contrasentido.

c) No obstante, debe advertirse que, en general, se ha incurrido en un exceso de distinciones y subdivisiones, que apenas si tienen alguna operatividad; ha sucedido —cosa impropia en la doctrina penal italiana—, que no se han proyectado prácticamente las soluciones y tesis afirmadas en el terreno dogmático.

C). En la *doctrina alemana* se ha distinguido, desde Freudenthal, entre delitos de *convergencia* y delitos de *encuentro* (14), “y estos últimos —según Maurach— presuponen una pluralidad de partícipes activos, en los que las acciones, ya con coincidente dirección volitiva, ya sin esa coincidencia, se impelen recíprocamente entre sí, de suerte que el *encuentro* de las distintas actuaciones volitivas producen el efecto de constituir el tipo” (15). Se habla, pues, en estos casos, desde la teoría de la participación, de especialidades de la participación impropia o necesaria (*notwendige Teilnahme*) (16). El supuesto del delito de adulterio del parágrafo 172 del Código penal alemán, se ha dicho, sería un delito de *encuentro*, en el que expresamente se castigan los *coautores* (17).

En síntesis, tenemos:

a) Como puede observarse, en el concreto problema que ofrece el adulterio, se ha llegado a cierta uniformidad de pareceres, aunque condicionado, en los específicos aspectos de la cuestión, por la

(14) Vid. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 2.^a ed. (trad. esp. de R. Muñoz), Madrid, 1949, pág. 339, nota 10. R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II (trad. esp. de Córdoba Roda), Barcelona, 1962, pág. 351. BAUMANN, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, 2.^a ed. Bielefeld, 1961, págs. 484-486. MEZGER, *Strafrecht (Allgemeiner Teil) (Studienbuch)*, 6.^a ed. München-Berlín, 1955, págs. 233-234. También MEZGER en *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, t. I, 8.^a ed., Berlín, 1957, págs. 309-310, y la bibliografía por ellos citada. En Italia, Grispigni acepta la distinción como una especie de los delitos “plurisubjetivos”, que es precisada y completada por el ilustre autor. Vid. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*. Vol. II, 2.^a ed. Milano, 1947, pág. 229.

(15) MAURACH, *ob. cit.*, pág. 352. Para Mezger, son los que “requieren conceptualmente la concurrencia de la actividad de otro, esto es, acciones que se corresponden mutuamente, pero que no son equivalentes o que no es necesario que lo sean” (MEZGER, *Strafrecht* cit., pág. 233). A juicio de Grispigni, se caracterizan por el hecho de que las conductas tengan una dirección recíproca, esto es, se mueven una *hacia* la otra, encontrándose. (GRISPIGNI, *ob. cit.*, pág. 231).

(16) Vid., además de la bibliografía citada en la nota 14, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht (Eine systematische Darstellung)*, 7.^a ed., Berlín, 1960, pág. 108. H. MAYER, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, Stuttgart-Köln, 1953, págs. 336-337. A juicio de Binding, no existe participación necesaria, pues puede resultar impute uno de los dos y, sin embargo, subsiste el delito para el otro. Así, en *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts (Besonderer Teil)*. T. I, 2.^a ed., Leipzig, 1902, págs. 222-223. Especialmente también en su *Grundriss des deutschen Strafrechts (Allgemeiner Teil)*, 7.^a ed., 1907, pág. 146. Siempre de interés, el estudio de R. LANGE, *Die notwendige Teilnahme*, Berlín, 1940.

(17) Así, expresamente, MAURACH, *ob. cit.*, pág. 352.

posición mantenida en la teoría general, que no es momento de reproducir.

b) Se ha preferido, en orden a la delimitación de su naturaleza, operar con el tipo (conductas), habiéndose llegado, en abstracto, a planteamientos y soluciones con acertada visión de la realidad, acen- tuándose en el tratamiento de la cuestión tanto aquél como la culpabilidad o, mejor si se quiere, la dimensión volitiva de cada uno de los sujetos.

5. *Breve síntesis del delito (tipo) pluripersonal y requisitos.*

La literatura penal española ha prestado escasa atención a los problemas y tratamiento de los tipos de "participación impropia o necesaria", o si se quiere, conforme desarrollamos en este trabajo, a la naturaleza del delito pluripersonal (18), término que diferencia más claramente el tema de otras cuestiones provenientes de la teoría de la participación delictiva que, por ahora, no son del caso, y al mismo tiempo, más expresivo de las concretas cuestiones que en el terreno de los sujetos activos del delito se plantean sobre ese extremo. Existe, pues, verdadera dificultad en afrontar su estudio y construcción aunque sólo sea en inmediata referencia con una figura delictiva en particular y, por ende, con mínima pretensión. De aquí que, en consecuencia, únicamente se lleve a cabo —con fundamento en la doctrina extranjera—, un breve esquema general para acto seguido centrar el examen en el delito de adulterio, que en atención a su naturaleza, y también a la importancia que la solución implicará en su desarrollo técnico, merece especial y separada reflexión.

Se han venido manteniendo, con fundados argumentos, dos actitudes generales, que perfectamente pueden ser diferenciadas: de un lado, la concepción restringida, que limita el ámbito de la institución a contados casos que solamente pueden considerarse como auténticos y genuinos delitos necesariamente pluripersonales; de otra, un más amplio entendimiento, principalmente basado en consideraciones sustanciales.

(18) También se lamenta Dell'Andro del poco interés que se ha mostrado por la cuestión en la doctrina italiana y alemana. Vid. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurissoggettiva in Diritto penale*, Milano, 1956, págs. 141-142. Posteriormente, vid. A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 2.^a ed., 1964, págs. 267 y sigs., si bien incidentalmente, puesto que, como es sabido, cuando la pluralidad de agentes constituye elemento ineludible del tipo, no son de aplicación las normas del concurso, por lo que la distinción entre *concorso necesario* y *eventual* resulta un tanto impropia, ya que el supuesto adquiere una específica singularidad que le hace autónomo de la institución del concurso, conforme se formulara hace tiempo, con innegable agudeza, por F. GRISPIGNI, *ob. cit.*, págs. 220 y sigs., reproduciendo su artículo *Il reato plurissoggettivo*, en *Annali di dir. e proc. pen.*, 1941. La tesis es también recogida por PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 423, nota 1. Redactado ya este trabajo, se publica el estudio de E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, especialmente págs. 290 y 294-296, referidas a su toma de posición sobre el problema de la participación en delitos especiales.

Los partidarios de la primera han utilizado la "punibilidad", entendida en su dimensión *concreta* o *abstracta* (19), como instrumento para acotar el campo de la "llamada participación necesaria". Así, se ha dicho, que solamente estaremos a presencia de verdaderos delitos con pluralidad de agentes cuando sea imprescindible la concreta y efectiva punibilidad de todos ellos para la existencia del delito (20).

Una mayor extensión supone la postura de quienes exigen la punibilidad, en sentido *abstracto*, de los sujetos activos, pero añadiendo que ésta deberá deducirse de la sola figura delictiva descrita en el libro II del Código, sin necesidad de acudir a las normas de la Parte general que disciplinan la participación y concurso de personas en el delito (21).

Sin embargo, en recientes contribuciones sobre el tema se ha mantenido que, en forma alguna, ha de ser en base a la punibilidad o no (*abstracta* o *concreta*) de los sujetos, donde se resuelva si determinado delito constituye un supuesto pluripersonal (*plurisoggettivo*), e incluso, se pone en tela de juicio por Dell'Andro, la utilidad dogmática de distinguir, con fundamento en aquélla, entre una acepción restringida de los delitos necesariamente pluripersonales y una concepción amplia de los mismos, de acuerdo con que se dé o no la nota de la punibilidad, en los términos antes expuestos (22). Para estos autores, la atención debe centrarse en la figura específica descrita por el legislador en el *tipo*, en las *conductas* que en él se han estampado, en la *lesión* que las mismas comportan, y no en aquellas características que, desde su punto de vista, pueden considerarse accidentales (23).

Resumiendo esta última posición, podrá hablarse de tales casos, siempre y cuando se den las notas siguientes:

a) Que sean *varias* las conductas que componen el *tipo*, para cuya

(19) Vid. un planteamiento de la cuestión con validez tanto para el adulterio como para la bigamia en el Código penal italiano, en PISAPIA, *ob. cit.*, págs. 422 y sigs. y 511. Muy interesantes, en cuanto a su aspecto abstracto y concreto, las consideraciones de B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, en Riv. it. di dir. e proc. pen., 1960, págs. 670 y sigs.

(20) Como expresaba sobre el particular, por ejemplo, BINDING, *Lehrbuch* cit., pág. 223. Del máximo interés, B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1950, págs. 221 y sigs., especialmente pág. 233.

(21) Vid. la exposición desarrollada por PISAPIA, *ob. cit.*, págs. 425 y 511-512, particularmente. De interés, igualmente, la tesis de F. GRISPIGNI, *ob. cit.*, págs. 220 y sigs.

(22) De interés sobre la cuestión, R. SESSO, *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, Milano, 1955, págs. 15 y sigs. DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pág. 159. Por nuestra parte, tampoco podríamos acoger la tesis de quienes exigen la "punibilidad", por el carácter que a la misma le atribuíamos en el concepto y estructura general del delito y parcialmente adelantamos dicha formulación en un trabajo previo al desarrollo de la total tesis, vid. M. COBO, *Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal*, Madrid, 1965, pendiente de publicación.

(23) Así, puede afirmar Dell'Andro: "E soltanto la fattispecie che può essere plurisoggettiva, mai el reato nel significato antiprecettivo e personale del termine" (*ob. cit.*, pág. 157). También R. SESSO, *ob. cit.*, pág. 40, y la abundante bibliografía por ellos citada.

realización se necesite la inevitable contribución de dos o más personas (24).

b) Que se trate de una única figura delictiva y de *un mismo* bien jurídico protegido que solamente *una vez* se vea lesionado, es decir, que sea, desde el punto de vista de la *lesión* que se verifica, un *único delito* (25).

c) Distinción entre el plano típico y lesivo (hasta ahora expuesto) y el disvalor *personal* que implica el delito (26). Son, pues, “*varios*, y no equivalentes, los preceptos que se dirigen a los diversos partícipes” (27), y, por tanto, existe una neta diferenciación entre la dimensión personal del injusto y la dimensión típica y lesiva del mismo, siendo el primero autónomo e *independiente*, pues afecta tan sólo a *cada uno de los sujetos en particular* (28). Consecuentemente, carece de sentido cualquier alusión a la punibilidad (abstracta o concreta) en orden a la presente delimitación, conforme expusimos al inicio.

6. *Análisis del tipo desde su perspectiva pluripersonal. Afirmación de sus diferentes requisitos en la figura legal descrita por el artículo 449 del Código penal.*

Si penetramos en nuestro artículo 449 con el anterior esquema, probaremos dos extremos, por demás interesantes: de un lado, la bondad de las afirmaciones generales expuestas ante un caso concreto de nuestro derecho positivo; de otro, si, consecuentemente, cabe calificar el delito de adulterio como un supuesto que necesariamente exige una pluralidad (al menos dos) de sujetos activos. Así, por el orden lógico utilizado en su descripción, y de forma correlativa, tenemos:

a) Un examen superficial de la descripción típica del artículo 449 lleva a la convicción de que se han descrito *dos* conductas: *comete* adulterio la mujer casada que yace con varón que no es su marido, y *comete* adulterio el varón que yace con mujer casada, sabiendo que lo es, aun cuando después se declare nulo el matrimonio. Se describen, por consiguiente, no una, sino dos conductas, que inequívocamente *constituyen* adulterio, y así, empleando el plural, expresamente indica el tipo *cometen*, significando que tanto la mujer casada como el que tiene acceso carnal con ella pueden ser sujetos activos del delito (29).

(24) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pág. 158. Sesso, *ob. cit.*, pág. 40.

(25) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pág. 165.

(26) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pág. 164. Dentro de esa misma línea, la diferenciación que se ve obligado a realizar R. Sesso entre “sujeto activo del hecho” y “sujetos activos del delito”, cuyo antecedente inmediato debe buscarse en la conocida distinción de Grisigni entre “delito-institución jurídica” y “delito-hecho” (*ob. cit.*, págs. 16 y sigs.). Un resumen de la misma en la recensión que hicimos en ADPCP, 1957, págs. 396-397.

(27) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, pág. 165.

(28) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, págs. 152, 155 y 182.

(29) Aceptando la tesis de Maurach para nuestro derecho positivo, Cór-

No obstante, de un análisis más detallado del párrafo segundo del artículo 449 pudiera, en principio, sostenerse que cuando se dice *cometen*, se ha expresado que la mujer casada y el varón *son*: o sujetos activos de un delito llamado adulterio, o, cada uno de ellos, sujeto activo de un delito con denominación idéntica. Es decir: de la interpretación estrictamente *gramatical* no puede derivarse una solución segura y rigurosa, puesto que la expresión utilizada es, en ese sentido, equívoca, desde el momento que, por el plural empleado, tanto puede haberse aludido a la realización de *un* delito por dos, como a la comisión de *dos* delitos, del mismo nombre, por cada uno. En el segundo supuesto, siempre de acuerdo con la anterior interpretación, subsistirá, cuando menos, la posibilidad de que se trate de *delitos* susceptibles de ser verificados por uno o varios sujetos, con lo que, en verdad, estaríamos en el mismo punto, sin conseguir una argumentación decisiva para pronunciarse sobre su naturaleza pluri o unipersonal. Es, en consecuencia, necesario analizar un plano que pueda sostener, con mayor firmeza, un examen más profundo de la cuestión, que de esa forma queda planteada. La investigación, pues, ha de centrarse en las conductas, y en el contenido de las mismas, según se expuso en el anterior apartado, que deberá tenerse presente en todo momento.

Por lo que se refiere a la *conducta*, constitutiva del tipo, tenemos: Las dos interpretaciones (amplia y restringida) mantenidas sobre la acción en el adulterio —conforme quedó mostrado en otra ocasión— y el entendimiento del verbo “yacer”, en referencia inmediata con el artículo 449, conducen a idéntica solución (30). Ambas concepciones son concordes: para que exista yacimiento y alguien yazca, es inevitable la concurrencia de dos actividades, en sentido amplio, y, consecuentemente, la necesaria y material participación de dos personas. Conseguimos, por tanto, una firme conclusión que coincide con el requisito general exigido, cual es la de que son *varias* las conductas y también *varias* (dos, cuando menos) las personas que concurren a su realización. Sin embargo, la incógnita que la interpretación gramatical planteaba no ha quedado totalmente despejada, y tampoco se ha contestado plenamente a la pregunta de más largo alcance que ella supone, como es la de si el párrafo segundo del artículo 449 contiene *uno* o *dos* delitos (de adulterio), en cierta medida diferenciados, aunque haya quedado en vías de solución el problema, pero necesitado todavía de precisión en algunos extremos.

Así, en un intento de justificar la naturaleza unipersonal del adulterio, negando se trate de una sola figura delictiva en el artículo 449, sino más bien de dos, con un solo sujeto, *podiera pensarse*, que la reiterativa actitud de nuestro legislador aludiendo por partida doble al verbo

doba Roda anota diciendo, “también en Derecho español, según el art. 449, cometen adulterio tanto la mujer casada como el que yace con ella sabiendo que es casada” (*ob. cit.*, pág. 352, nota 2).

(30) Vid., sobre el contenido y desarrollo de dicha conducta, M. COVO, *La supresión*, cit., págs. 65-70, con bibliografía y jurisprudencia al respecto.

“yacer”, referido una a la mujer casada y otra al varón, abona dicho entendimiento. Si hasta ahora únicamente se ha mostrado, se continuaría, que “yacer” exige siempre la participación de otro, y *ésta pudiera ser de cualquier forma*, ¿qué razón tiene la reiteración empleada en la descripción del artículo 449? ¿No podía haber sido utilizada por el legislador una fórmula en que tan sólo una vez fuese mencionado? ¿No indica, entonces, que nuestro artículo 449 o se refiere a dos figuras delictivas o es, en parte, ciertamente superfluo? (31).

Sin embargo, nuestro texto legal no ha sido ni reiterativo ni parcialmente superfluo, ni tampoco ha pretendido describir dos delitos de adulterio, con el artículo 449; afirmaciones que, en principio, pudieran poner en peligro su constancia como delito con pluralidad de sujetos activos: la verdad es que no ha tenido más remedio que emplear esa redacción y ser consecuente, tanto con la propia naturaleza de las conductas típicas como con la del delito de adulterio en general. De esa suerte, para que estemos a presencia del adulterio (tipo) se ha exigido no sólo que yazca la mujer casada con alguien, participando éste en la forma que fuese —lo que ni siquiera ha sido puesto en duda por quienes propugnan su carácter unipersonal (32)—, sino que *necesariamente* este último *también* yazca. De aquí, pues, que cuando se habla de “yacimiento”, por lo que al artículo 449 se refiere, se está ya indicando una *unidad* que implica, forzosamente, la imposibilidad de realización por un solo sujeto; es más, que lleva dentro de sí dos actividades correlativas y equivalentes, inexorables para que se conjugue el tipo de adulterio. Tenemos, como consecuencia, que por propias exigencias del tipo (33) es necesaria no cualquier forma de participación *en* la conducta del otro sujeto, sino única y exclusivamente aquella que se traduzca *en yacer*. Quien “participa” de esa concreta y específica forma en la conducta del otro —en el hecho, si se quiere— se convierte en *autor*, siendo elevado a este rango por expreso y específico imperativo legal, *sin* que para nada tengan que ser empleadas normas de la Parte General.

Ahora bien: lo que da sentido al adulterio es, precisamente, el *encuentro*, la relación, de esas dos actividades —conforme se apuntaba por un sector de la doctrina extranjera—, que debe verificarse de determinada manera (yaciendo), y que mutuamente se complementan, funcionando ambos entre sí como ineludible y necesaria participación para que aquél se produzca.

En resumen, tenemos: no existen dos conductas, con diferente

(31) Vid. los lugares citados en las notas 12, 19, 20 y 21, por lo que a dicha tesis se refiere, en la literatura italiana, que es innecesario repetir.

(32) “Naturalísticamente plurisubjetivo”, como afirmaba Pisapia. Vid. la nota 12 de este trabajo y la referencia bibliográfica en ella recogida.

(33) La cuestión, sin embargo, es más difícil de demostrar en los casos de violación y estupro, no pudiendo ser afirmada sin más, y necesitando para ello una específica interpretación, a la vista de cada uno de los textos legales que describen dichas figuras delictivas.

sujeto, que pueden generar, ya desde ese momento, dos delitos unipersonales de adulterio, en cierto modo diferenciados, sino más bien dos conductas, con sus sujetos correspondientes, que se agrupan y enlazan por el plural empleado, y unificadas en categoría superior (tipo), que sólo se dará en la medida que ambas *necesariamente* se verifiquen y *encuentren* en la forma antes afirmada.

La duda, pues, que podía ofrecer la interpretación gramatical queda desde esta vertiente contestada, sin detrimento, al menos por ahora, de la naturaleza pluripersonal del adulterio.

b) Con lo desarrollado hasta el momento se han sentado las bases para sostener, con cierto rigor, que el adulterio es delito con inequívoca exigencia de pluralidad de agentes. Sin embargo, la bondad de esta afirmación solamente podrá ser aceptada cuando se cumpla otro de los requisitos, quizá el más importante y también controvertido, a saber: si desde el punto de vista *lesivo*, sea una sola vez el mismo bien jurídico el ofendido por esa pluralidad de conductas y sujetos. Igualmente, y de forma paralela, se pone a prueba la construcción que, en estudios precedentes, hemos mantenido acerca del bien jurídico, especialmente referido al extraño a la relación conyugal (34).

Como se recordará, algunos autores (35) sostuvieron, con fundamento en su concepción del bien jurídico, que el adulterio únicamente puede verificarse por un solo sujeto activo (mujer casada), que es quien efectivamente quebranta el primero, quedando el extraño por fuera de la específica incriminación, y siendo necesario operar con las reglas de la Parte General del Código para su punición, con lo que su estimación como *plurisoggettivo* carecería de base en la que apoyarse. No obstante, la anterior tesis —censurada acremente desde diferentes ángulos (36)—, pierde de vista las distintas vertientes que el bien jurídico ofrecía en el presente delito, y que fueron recogidas en su momento, salvándose la afirmación, al menos en principio, de que aquél condicionara sólo y totalmente la solución de tan complejo problema. Si como veíamos el bien jurídico, en este concreto delito, ofrecía un aspecto bifronte —sin dejar de ser único y única la lesión— y se concretaba en ser un deber *de* fidelidad y correlativamente un derecho a la exclusividad sexuales, y éste se proyectaba a su vez extramatrimonialmente, afectando al ajeno a la relación conyugal, no existirá inconveniente alguno en admitir su naturaleza necesariamente pluripersonal (37). Por esta razón, podemos suscribir las palabras de R. Dell'Andro, quien, a pesar de que el Código italiano presenta más dificultades que el nuestro, y tras advertir que las posteriores consideraciones son válidas no sólo para la bigamia, sino también para el *adulterio* y el amancebamiento (“concubinato”), afirma lo siguiente:

(34) Extensamente en M. COBO, *El bien jurídico*, cit., págs. 509-530.

(35) Vid. PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 511, y la bibliografía por él citada al desarrollar su tesis.

(36) Vid., por ejemplo, R. SESSO, *ob. cit.*, págs. 26-37.

(37) Vid. M. COBO, *El bien jurídico*, cit., pág. 530. Muy interesante G. ZUCALÁ, *L'infedeltà nel Diritto penale*, Padova, 1961, especialmente pág. 188.

“la bigamia es tan *uno y solo* delito que cada una conducta esencial, considerada aisladamente, no es capaz de cualificación alguna autosuficientemente lesiva”, y “solamente del conjunto de las dos conductas esenciales la figura de bigamia asume relevancia penal: exclusivamente de la síntesis de las citadas conductas resulta lesionado, y *una sola vez*, el bien protegido” (38).

De la misma forma, aceptada la tesis apuntada, y concretándola al presente supuesto, inevitablemente se deberá concluir que, en el adulterio, es *uno* el bien jurídico, y *una* la lesión del mismo, y, necesariamente, deberán concurrir *dos* conductas y *dos* sujetos para que aquélla se ocasione, de acuerdo con la exposición verificada en *a*), desde el momento que no sólo se trata de que una conducta, aislada, carezca de eficacia lesiva, sino todavía más: que no puede llevarse a cabo el tipo en la medida que siempre son necesarias *dos* acciones, cuyo “ayuntamiento” es el que las circunscribe como típicas de adulterio.

c) Por último, en el adulterio es distinta la posición personal (39) de los sujetos activos ante la norma, lo que constituye afirmación cierta de una de las características fundamentales exigidas por la doctrina en estos supuestos, es decir, que exista *unitariedad* en cuanto a lo desarrollado en *b*) (plano estrictamente lesivo), pero *pluralidad* en lo que afecta al concreto disvalor personal de cada uno de ellos. Así, quedaba precisado, al estudiar el bien jurídico, que los mandatos dirigidos a los sujetos eran distintos, y tenían un carácter eminentemente personal e intrasferible, sin posibilidad alguna de confusión, e incluso eran también diferentes, en cierto modo, las instancias normativas en las que tenían su origen y fundamento (40). En el adulterio, quizá todavía más claro que en cualquier otra hipótesis de la misma naturaleza, puede observarse ese personalismo e independencia de cada una de las posiciones de los sujetos: uno (mujer casada), ligado al marido por una relación y deber estrictamente personal, de fidelidad; otro (extraño), que se atribuye el derecho del marido, dimanante de esa relación, sin que inexorablemente tenga que existir entre éste y el segundo la menor vinculación en el plano del cumplimiento de determinados derechos-deberes personales.

La dimensión personal es, por tanto, *autónoma e independiente*, sin que afecte a uno de los sujetos la del otro, puesto que corresponde, en forma muy concreta, a cada uno en particular. Es obvio, por consiguiente, que en referencia con la “concreta o abstracta *punibilidad*” de los autores produce la anterior comprobación efectos inmediatos y contundentes: no deberá darse, de manera inevitable, como preten-

(38) DELL'ANDRO, *ob. cit.*, págs. 183 y 192.

(39) Concretamente, LANGE, *ob. cit.*, págs. 34 y sigs., alude al adulterio como caso específico de esta distinta posición, haciendo particular hincapié en dicha cuestión.

(40) Vid. nota 37 de este trabajo y la bibliografía allí citada.

dieron algunos, la "punibilidad" (abstracta o concreta) (41) en nuestro caso, de los dos sujetos, para que exista adulterio.

7. *Solución de acuerdo con su naturaleza pluripersonal de concretos problemas relacionados con la misma. Criterios para una interpretación del artículo 450 del Código penal.*

Una vez precisada su naturaleza y entendimiento como delito pluripersonal se ofrecen, conforme veíamos (42), tanto por la doctrina como por la práctica, una serie de problemas evidentemente relacionados con la anterior cuestión, y que, fundándose en ella, pueden tener justa solución, consiguiéndose al mismo tiempo criterios del máximo interés interpretativo en orden a la comprensión del artículo 450 que, como es sabido, tiene vigencia para el delito previsto en el artículo 449 y para el del artículo 452, por expreso mandato del último párrafo de este precepto.

Con la finalidad de obtener mayor claridad, verificamos la exposición de las distintas cuestiones de forma analítica:

a) Desde el punto de vista estrictamente material y físico —por decir así— se ha planteado, un tanto impropiamente, la hipótesis de que si bien existiendo la certeza real de la verificación del tipo, sin embargo, no fuese posible dirigir querrela contra uno de los sujetos activos, por desconocerse o no hallarse el otro, o bien formalizada ésta contra ambos, después acontece su desaparición, y entonces, ¿qué solución cabe? ¿Estamos o no a presencia de delito, si éste exige inexorablemente una pluralidad de sujetos activos? ¿Cómo se explica el párrafo segundo del artículo 450 del Código penal?, se ha preguntado la doctrina.

A nuestro entender, el presente problema debe ser situado de acuerdo con la anterior formulación, desde dos momentos: *primero*, que la desaparición o el desconocimiento de la concreta persona sea o se produzca con anterioridad a la interposición de la querrela; o, *segundo*, que ello acontezca una vez formalizada ésta, habiéndose presentado ante la autoridad judicial correspondiente. Desde esa perspectiva dos órdenes de consideraciones pueden hacerse: *una*, referente a las concretas cuestiones que se suscitan en relación con el requisito procesal de la querrela (43); *otra*, relativa a la posible afirmación o negación de la propia existencia del delito, a la vista de la naturaleza *sui generis* asignada.

(41) Vid., de interés, el examen que lleva a cabo Dell'Andro de los casos en que uno de los partícipes necesarios no es concretamente castigado (*ob. cit.*, págs. 154 y sigs.).

(42) Vid. las opiniones de los autores españoles recogidas en el apartado 4 de este trabajo.

(43) En otro momento se estudiará la función específica que desempeña la querrela en este concreto delito, y los diferentes obstáculos que pueden impedir su procedencia.

En ese sentido, tenemos:

a') Por lo que se refiere a la concreta formalización de la querrela, el artículo 450, en su párrafo 2.º, impone la expresa obligación de que el marido agraviado no podrá deducirla sino *contra ambos culpables*, y al ser uno de ellos ignorado o ausente, existe la imposibilidad material de que se precise en la misma o se fijen los requisitos para su localización de acuerdo con la exigencia del número tres del artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, como es sabido, el mismo precepto procesal ofrece margen para que se supla el dato que pudiese faltar al respecto (44), y a mayor abundamiento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado que la no determinación del nombre del querrellado —o en su caso, los datos de su vecindad— no es defecto que impida la admisión de la querrela (S. 4-2-1886, por ejemplo). Por esa razón, si bien la querrela deberá dirigirse contra ambos al no poderse determinar uno de ellos, y respetándose dicho mandato legal, deberá ser interpuesta contra el conocido y determinado y aquella persona que “resultare” ser autor o expresando su constancia como ausente (45), una vez salvado el requisito previsto por el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a la previa demanda de conciliación, que ya de por sí constituirá un instrumento para investigar, con anterioridad a la propia interposición de la querrela, la fijación de los requisitos personales y domiciliarios del presunto querrellado. Sin embargo, deberá advertirse que en aquellos casos en que se deduzca la querrela solamente contra uno de ellos, ésta será necesariamente inadmisibile, por defecto de forma, a la vista del tenor imperativo del párrafo segundo del artículo 450, a excepción de que uno de los sujetos activos hubiese fallecido. La razón de dicha actitud legislativa debe verse en la igualdad y correlación que, en todo momento, existe en el presente delito, hasta el punto de que incluso en los supuestos en que no sea conocido o hallado uno de los autores, también deberá deducirse la querrela genéricamente contra él para que no se cierran las puertas a su *posible* incriminación y enjuiciamiento en casos de que fuese hallado o conocido, con lo que resalta, hasta sus máximos

(44) El artículo 277, número tres, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dice: “La querrela se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado. Se extenderá en papel de oficio, y en ella se expresará: 3.º El nombre, apellidos y vecindad del querrellado. *En caso de ignorarse estas circunstancias se deberá hacer la designación del querrellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer.*” (Hemos subrayado.) La misma solución es propugnada, de forma expresa, por FERRER SAMA, *Adulterio, cit.*, pág. 427, cuando dice: “una solución práctica al problema apuntado puede encontrarse en el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, y a continuación transcribe el texto legal que hemos subrayado.

(45) La misma posición es mantenida ininterrumpidamente por la doctrina jurisprudencial. Vid., por ejemplo, SS. 17-I-1889, 24-X-1894, 31-XII-1912, 21-XII-1913, 12-I-1928, 27-X-1928, 7-VI-1951, 5-VI-1962, etc., etc.

límites, la paridad en que el legislador ha querido colocar a ambos autores del delito.

b') Si la desaparición se produce con posterioridad a la formalización de la querrela, y salvados los requisitos formales para la admisión de la misma, no existe el menor problema de carácter particular y la cuestión se regirá por las normas procesales de orden general previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para tales casos, sin que sea necesario llevar a cabo consideración alguna al respecto.

c') Por lo que se refiere a la posible afirmación o negación de la propia existencia del delito, el hecho de la desaparición o no conocimiento de uno de los autores, ya sea antes o después de la formalización de la querrela, en modo alguno afecta a la configuración del adulterio como delito, siempre que exista la constancia real de que se ha producido el yacimiento, en la forma ya expuesta, núcleo del tipo previsto por el artículo 449 del Código penal. De esa manera, el delito existirá con independencia de la "punibilidad concreta" de uno de los autores, pues no es necesario, de ninguna forma, la simultánea punición de ambos sujetos activos para la existencia del mismo, dándose la fehaciencia de la verificación del tipo. En consecuencia, puede castigarse a uno y no al otro, ya sea porque uno de ellos no ha sido hallado, o bien porque no haya podido ser determinado, o por la razón que concretamente se presente (46). Su naturaleza pluripersonal no supone el menor obstáculo en atención a que ésta, única y exclusivamente, se ha contraído a la exigencia de dos o más personas que, inevitablemente, deben concurrir para que pueda ser realizado el tipo, y en esas hipótesis no se niega lo anterior, sino que, por el contrario, se afirma la participación de dos sujetos activos y su mútua concurrencia, aunque posteriormente uno de ellos no haya sido encontrado o las pesquisas de la acusación particular o las derivadas de la instrucción no diesen resultado en ese sentido, sin que ello suponga, en ningún momento, la negación de la naturaleza que se le ha conferido a este delito, sino más bien de cuestiones de carácter puramente funcional —pudiéramos decir—, de la instrucción del sumario y concreta averiguación del delincuente, que nada tienen que ver con la presencia y existencia del hecho delicto.

b) En el caso de que uno de los sujetos activos sea declarado *culpable* y el otro no, bien porque sea inimputable, bien porque desconozca la existencia del vínculo matrimonial, o por la razón que en concreto se presente, su exoneración de ninguna forma alcanza a quien *personalmente* carece de ella, de acuerdo con la autonomía e independencia conferidas en los delitos pluripersonales a esta concreta dimensión, sin que ello suponga obstáculo alguno para el entendimiento del adulterio como tal delito (47). Ahora bien, desde la perspectiva depa-

(46) En el mismo sentido, expresamente, la doctrina del Tribunal Supremo, vid., entre otras, especialmente, SS. 24-X-1894, 27-X-1928, 7-VI-1951, etc., etc.

(47) Vid., además de las sentencias ya citadas, que abundan genéricamente en dicha posición, la muy reciente de 6-IV-1965, que supone un resumen de la

rada por la vigencia del artículo 450 del Código penal, sin duda se dirá lo siguiente: si para la parte agraviada —concretamente en este específico supuesto el marido—, existe la plena, *objetiva* e íntima, convicción de la inculpabilidad de uno de los sujetos activos (y lo mismo da sea la mujer casada o el extraño), y dado que el aludido artículo 450 se expresa, de forma muy precisa, empleando el término “culpables”, al no serlo más que uno, parece que la imperativa obligación de dirigir la querrela contra “ambos” carecerá de fundamento y la acusación privada tan sólo deberá formalizar querrela contra *el* “culpable”, y no contra quien no lo es, alejándole, de entrada, de la situación de querrellado, con todo lo que ello comporta en orden a que sobre él no gravite procedimiento criminal alguno no siendo culpable. La anterior forma de razonar encontraría apoyo en consideraciones que pudiéramos denominar políticocriminales, a la vista de las relaciones familiares, por demás hipersensibles, y sin duda existentes entre querellante y querellada en este delito. No obstante, son, en definitiva, razones de certeza las que obligan a negar la admisión de dicha tesis, interpretando el “culpable” del artículo 450 como vocablo no sujeto solamente a la libre apreciación y determinación del presunto querellante, sino más bien condicionada su valoración a la decisión judicial correspondiente (48), puesto que, de lo contrario, se correría el peligro, por demás evidente, de que una de las partes se erigiese en juez de cuestión tan delicada y debatible como es la culpabilidad de uno de los sujetos activos, perdiéndose así de vista la concreción y exquisitez que debe presidir el enjuiciamiento criminal en su dimensión de apreciación y valoración de las pruebas. En ese sentido, el mandato que supone el párrafo 2.º del artículo 450, en orden a la

tesis jurisprudencial en orden a la distinta suerte que pueden correr los sujetos activos, y declara la siguiente doctrina: “la omisión en los hechos que se declaran probados, respecto a la indentificación del varón con quien la procesada cometió el adulterio no es causa del quebrantamiento de forma que se alega, cuando en esas premisas de *facto* se dice que no ha podido determinarse quién fuera el varón que tuvo relaciones carnales con ella” y “si es cierto que en la sentencia recurrida no se determina concretamente quién fuera el varón con el que la procesada tuviera el yacimiento, por no haber podido ser identificado, la realidad y certeza de la cópula carnal, no puede ponerse en duda, puesto que dio a luz un niño... es incuestionable que la procesada tuvo que yacer con varón distinto a su marido y, por consiguiente, cometió el delito de adulterio, por el que tiene que ser sancionada, y si, como en el presente caso, no ha podido concretarse quién fuera el amante de la adúltera se cumple con la exigencia del artículo 450 del Código penal, dirigiendo la querrela contra la esposa infiel y contra quien resultare ser el hombre con el que tuviese o hubiese tenido relaciones carnales, aunque en el curso de la investigación no hubiera podido identificarse la persona coautora.” Del máximo interés general para los distintos problemas planteados en el núm. 7 de este trabajo.

(48) Acentuadamente sobre el extremo del texto, aunque en su dimensión positiva, QUINTANO RIPOLLÉS, *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*, en Homenaje a N. Pérez Serrano, t. II, Madrid, 1959, pág. 441, cuando dice: “Este es tal (culpable) porque el juez así lo afirma en la sentencia, hasta tal punto que, mientras no lo haga, la idea de culpabilidad puede flotar difusa en el ambiente, como el agua de futuras lluvias en las nubes lejanas, pero sin virtualidad ni vida propias en lo jurídico.”

necesidad de deducir querrela contra ambos sujetos activos, no sufrirá la menor merma por la palmaria constancia de la inculpabilidad de uno de ellos, exigiéndose también en este caso la formalización de aquélla, de forma inevitable, contra quiénes han realizado, sin más, la conducta de yacer al margen de otras instancias valorativas reservadas a la decisión judicial (49).

c) La única excepción a la exigencia de deducir querrela "contra ambos culpables", cabe extraerla del pasaje expresamente reseñado por el artículo 450: *si uno y otro vivieren*. De esa suerte se pone de manifiesto, indubitadamente, que salvo muerte de uno de los sujetos activos, la querrela *siempre*, invariable siempre, tendrá que dirigirse contra ambos. Sólo en la hipótesis de absoluta imposibilidad para así hacerlo, libera la ley de tan radical exigencia. Pero, ¿se ha querido decir *algo más* con ese pasaje legal?, ¿se trata solamente de afirmar una cosa que de por sí es obvia?, ¿no es evidente por demás que no cabe formalizar querrela contra un difunto?, ¿no parece absurda, en esa línea de pensamiento, por supérflua, la fórmula legal del artículo 450, en lo que a este extremo se refiere?

Las anteriores preguntas quedarán, sin duda, contestadas planteada la cuestión desde el siguiente ángulo: ¿qué sucede si verificado el tipo fallece uno de los sujetos activos *antes* de la interposición de la querrela por el marido? (50), ¿podrá perseguirse criminalmente, mediante la debida querrela, al sujeto activo superviviente?, o por el contrario, ¿fallecido uno de ellos, no existe posibilidad de incriminación para el otro?

Como presupuesto necesario, incluso para poder afrontar el problema, no deberá olvidarse que la muerte del sujeto activo de un delito extingue la responsabilidad criminal, como es de suyo obvio, pero de ninguna forma hace desaparecer el delito; las causas descritas por el artículo 112 del Código penal no inciden, en manera alguna, sobre uno de los elementos del delito, para negarlo, sino más bien suponen ya la existencia del delito mismo, su afirmación plena (51). Independientemente de las variadas razones que pueden ser es-

(49) No entramos en el estudio de los distintos problemas que cabría plantearse en régimen de autoría mediata, y que serán objeto de atención detenida en su oportuno lugar sistemático.

(50) Si muere uno de los querrelados, *admitida* a trámite la querrela, la cuestión se rige por las reglas generales del enjuiciamiento criminal, conforme sucedía con la posterior desaparición expuesta en el texto a), b'), es decir: si fallece uno, sigue la causa para el otro. Implícitamente declarado, sin lugar a dudas, en S. 18-IV-1966.

(51) En contra de la opinión que sostenemos, vid. DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español*, t. II, Valladolid, 1948, pág. 427, cuando afirma que las causas previstas por el artículo 112 del Código penal, niegan un elemento del delito que sería la "punibilidad o la posibilidad de aplicar la pena", siguiendo en esto la tesis desarrollada por G. Battaglini. Del mismo, en idéntico sentido, *Derecho penal español*, t. I, Madrid, 1960, págs. 204-205 y t. II, Madrid, 1960, págs. 86-87, recogiendo el artículo 112 del Código penal dentro del epígrafe "causas extintivas de la penalidad". Para Córdoba Roda, "el or-

grimidas en favor de esa tesis, en principio es suficiente con tener en cuenta lo que a continuación se expresa: el texto del artículo 112 del Código penal afirma que “la responsabilidad penal se extingue”, y, desde luego, no se llega a comprender cómo puede extinguirse algo, sin que antes haya existido, sin que antes haya nacido, y la única forma posible para que nazca y surja responsabilidad criminal es, inexorablemente, mediante la afirmación del delito, es decir, que el susodicho precepto no dice que “exime” de responsabilidad criminal, o que “impide” que ésta tenga nacimiento, sino, simplemente, que, una vez afirmada, se extingue; en suma, que el delito ya ha existido, ha pasado, si se quiere, pero ni ha desaparecido, ni se ha negado.

Precisado lo que antecede, y contestando al específico problema apuntado, sucedería que muerto uno de los sujetos activos del adulterio, el delito subsistiría con autonomía plenamente (52), no siendo imprescindible la deducción de querrela contra ambos, sino solamente dirigida contra el supérstite, como veíamos, pero al mismo tiempo se está afirmando la posibilidad —siempre en este caso— de incriminar a uno sólo, y así, en el aspecto de la interrelación pluripersonal, sería suficiente con la simple constancia del hecho material, al margen de la concreción o actual existencia del otro sujeto activo, sea cual fuese de ellos.

Ahora bien: de la misma forma, cuando el artículo 450 se expresa en el sentido de que *no podrá deducirla (querrela) sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren*, está poniendo de manifiesto la radical bilateralidad y equivalente paralelismo que debe reinar en el tratamiento de los sujetos activos, hasta el punto de que sólo si uno deja de existir queda rota naturalmente esa paridad, lo que significa que, en condiciones normales, viviendo uno y otro, siempre podrán correr en el terreno de las posibilidades la misma fortuna. Pero lo que no puede ser deducido del texto comentado, salvo que el precepto peca de supérfluo —como al comienzo se preguntaba—, es que la prohibición “no podrá deducirla sino contra ambos culpables”, sea sinónima de “no podrá deducirla sino sólo contra ambos culpables”, y justamente creemos que lo que da sentido al cuestionado pasaje— que sería absurdo *per abundantiam iuris* si se acepta la identificación—, es la imposibilidad de dicha equiparación. Con lo anterior se pone de manifiesto la falta de consistencia de la interpretación que ha extraído argumentos de la expresión legal comentada para con-

denamiento español distingue entre prescripción del delito y de la pena, al tratar las causas que extinguen la responsabilidad penal. Una y otra especie de prescripción se encuentran reguladas en los artículos 112-116 del Código penal. La inclusión de la característica de la *penalidad* en la noción legal de delito, formulada en el artículo 1.º del Código español, da lugar a que en nuestro Derecho, a diferencia del alemán, no pueda admitirse una consideración procesal de la prescripción” (*ob. cit.*, pág. 625, nota 5).

(52) Idéntica solución es mantenida por la jurisprudencia, vid., por ejemplo, la S. de 16-IV-1948, en la que incluso se admite que, fallecida la adúltera *antes* de la interposición de la querrela, el adúltero no deja de ser por ello impune. La tesis de la disociación *personal* no puede ser más clara y palmaria.

cluir afirmando, tenaz y férreamente, que es imposible ejercitar querrela por el marido, concretamente, contra los cómplices, según se expresara la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 3-VI-1876, que sostuvo tan restrictiva tesis (53). Si bien no es este el momento para tratar la cuestión de la participación en este delito, sin embargo, y con independencia del resultado que arroje la investigación en su correspondiente lugar sistemático sobre su relevante posibilidad o no, debe quedar bien sentado, desde ahora, que con fundamento en el artículo 450, y específicamente en el texto legal aludido *no* podrá extraerse la menor razón en su favor o en su contra, puesto que, como se ha mostrado, se refiere a cuestión completamente distinta, que nada prejuzga sobre ese particular (54).

d) Por último, y de forma conclusiva, deberá ponerse de manifiesto la indiferenciación y *disociación* que en orden a los sujetos activos, mujer casada y varón distinto al marido, preside el *tratamiento legal* del adulterio. Dicha consideración, conseguida en el presente apartado, adquirirá su desarrollo dogmático en el concreto epígrafe, objeto de estudio separado, referido a sí y hasta qué punto estamos a presencia de un *delito especial o de propia mano*, o incluso, de un *delito especial de propia mano*, o, por el contrario, se trata de una figura sumamente particular, con peculiares perfiles en cuanto atañe a ese extremo.

(53) Posición muy criticada por la doctrina española, conforme expondremos detenidamente en su lugar sistemático. No obstante, debemos precisar lo siguiente: Quintano Ripollés afirma que la restrictiva y censurada tesis jurisprudencial "fue iniciada por los comentaristas ALVAREZ y VIZMANOS" (*Comentarios al Código penal*, 2.^a ed. Madrid, 1966, pág. 822), lo que tan sólo en parte es cierto. Tomás María de Vizmanos, que es quien suscribe el comentario al título de los "delitos contra la honestidad", se muestra un tanto titubeante sobre el particular, puesto que si bien es cierto que comienza afirmando "que no hay complicidad en este delito", acto seguido dice que "el adulterio es un delito de naturaleza especial, y no consiente la aplicación de las reglas prescritas en el artículo 13 para declarar la complicidad: *es, por lo menos, necesario que concurren circunstancias muy difíciles de reunir para considerar a un tercero como cómplice del delito de adulterio*". (*Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid, 1848, págs. 368-369). Como puede verse, y en su momento desarrollaremos, la cuestión no es tan tajante en Vizmanos, por el fundamento que ofrece, entendiendo el adulterio como delito *especial* y, por tanto, "incompatible" (?) con normas de la Parte general del Código, y no cerrándose definitivamente a la admisión de la complicidad, aunque exija que "concurran circunstancias muy difíciles" (?).

(54) En parecido sentido ya expusimos en otra ocasión, que "se ha partido en la fundamentación de la tesis restringida, de un error de planteamiento, que nuestro Tribunal Supremo debiera corregir definitivamente. La explicación, a nuestro entender, es la siguiente: el artículo 450 lo que prescribe no es simplemente que *sólo* pueda dirigirse la querrela contra los adúlteros, sino más bien que nunca podrá deducirse acción criminal *contra uno* de ellos, es decir, que deberá interponerse *contra los dos* culpables, y jamás contra uno solamente, pues de lo contrario se prestaría a evidente injusticia" (Vid. DEL ROSAL. COBO, MOURULLO, CASTRO, *Código penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid, 1964, págs. 560-561). Sobre el fondo de la cuestión, volveremos con detenimiento en su lugar sistemático.