

Aniceto Masferrer, *El adulterio en la codificación penal española: contribución del Tribunal Supremo y su doctrina legal a su proceso configurador (1870-1978)*, Editorial Aranzadi La Ley, Las Rozas de Madrid, 2024, 298 pp. [ISBN: 978-84-10308-43-5]

Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Valencia, Aniceto Masferrer ha sumado un título más a su cualitativa y cuantitativamente fecunda bibliografía: *El adulterio en la codificación penal española: contribución del Tribunal Supremo y su doctrina legal a su proceso configurador (1870-1978)*, que le publica la Editorial Aranzadi La Ley (Las Rozas de Madrid, 2024) incorporándolo a The Global Law Collection, en cuyo fondo no constituye ni mucho menos un primerizo aporte: ahí cuentan ya, verbigracia, en 2020 y como autor, *De la honestidad a la integridad sexual. La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental* o, como coordinador, los colectivos *Estado de Derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo: una aproximación multidisciplinar histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica*, de 2011, *La codificación española: una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, de 2014, *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador (parte general)*, de 2017, *Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española (partes especial)*, de 2020, *Los delitos contra la honestidad en España (1870-1978): contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su configuración jurídica*, de 2023, *La jurisprudencia penal en España (1870-1978): contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, de 2023.

Producto culminante, por ahora, de un ir a más en una investigación sucesiva, «la presente obra es [...] un desarrollo de mi estudio titulado “La prueba en el delito de adulterio en España: Un análisis jurisprudencial (1870-1978)”» (p. 14), acogido este dentro del penúltimo volumen entre los recién puestos en inventario, un estudio que a su vez venía a entroncarse *al capítulo tercero de mi monografía sobre los delitos contra la honestidad* (la mencionada de 2020), hoy por hoy devenidos en atentatorios a una insolvente *integridad sexual*. A lo largo de tres centenares de páginas, nos cartografía en ella el itinerario seguido por los delitos de adulterio y amancebamiento durante ese siglo largo de su acceso a la casación, con apoyatura, pues, preferencial sobre las sentencias resultantes de este recurso extraordinario que no superpone tercera instancia, metodología no solo la más eficaz y satisfactoria en cuanto al derecho efectivamente aplicado, sino además la que mayor laboriosidad o esfuerzo exige para su tratamiento o manejo científico, conforme sugerirá a cualquiera el tan nutrido como minucioso «Listado de sentencias del Tribunal Supremo utilizadas y citadas en la presente obra» (pp. 283-291), de entre una estadística acerca de la materia abordada —*doctrina legal variada, extensa y cuantiosa* (p. 275)— que tampoco deja de desplegar su artífice con el orden y la expresividad convenientes (pp. 52, 282-283): en síntesis, «entre 1870 y 1978 llegaron al Tribunal Supremo alrededor de medio millar de recursos de casación por el delito de adulterio, entre los cuales casi la mitad fueron resueltos en las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado. A este respecto resultan evidentes los efectos del cambio de paradigma moral en general y del movimiento de liberación sexual en particular en ese momento histórico de la cultura occidental» (p. 52), con mucho de violento viraje. Sin embargo, la adecuada apuesta instrumental no le lleva a soslayar, en modo alguno, o a dar por sabida la imprescindible descripción diacrónica del marco normativo (pp. 17-26) ni,

compendiosamente, los posicionamientos doctrinales en torno a la rúbrica y al específico articulado (pp. 27-52).

El estudio del bien jurídico protegido y de la horquilla o gradación punitiva conforme a las circunstancias modificativas de la responsabilidad nos sumerge propiamente en el acervo jurisprudencial disponible (pp. 52-75), para continuar atendiendo a la conducta delictiva, el ejercicio de la acción penal y el resto de aspectos integrantes del delito de adulterio (pp. 75-187). El de amancebamiento, con su correspondiente doctrina penal, recibe acto seguido paralela atención aparte (pp. 189-237), con sus peculiaridades de modalidad que retiene —por la orientación y la traza de su tutelaje— no poca autonomía distintiva. Otro epígrafe se abre para examinar el deslinde entre ilícito moral e ilícito penal a tenor de la jurisprudencia recaída (pp. 239-257). A continuación, rondando terrenos ya *de lege ferenda*, se aborda un jugosísimo balance de la despenalización de ambas transgresiones sin eludir el sopesaje de un replanteo reversivo (pp. 259-271) no por metajurídico de un interés menor; con todo, se echa de menos alguna específica mirada sobre la variable escandalosa —ofensiva de la moral comunitaria en su torcida pedagogía antes que a costa del gazmoño melindre—, más inherente de suyo al amancebamiento (y solo por esto ya, contra el uso en la justicia humana, de mayor reprobabilidad o en mayor discordia con el orden divino), pero eventual en el adulterio y, en ambos supuestos, merecedora, si no de trato diverso (que es lo que queda por debatir), sí al menos de exploración y diagnosis separada, toda vez que el bien jurídico acusa un evaluable corrimiento. Tras este punto, comenzado con las reformas de la más temprana *Transición* (1976-1978) para volvérsenos ético y prospectivo, hacia el cierre, en su desarrollo, solo cabía recalar ya en las pertinentes conclusiones finales (pp. 273-277), demandantes de que se les haga el indispensable mérito, extractándoles un algo de su enjundia.

Armado Masferrer de exhaustividad y perspicacia en la pesquisa, según lleva dadas durante el último cuarto de siglo tan firmes muestras, luego de «[...] analizar hasta qué punto la Sala Segunda del Tribunal Supremo optaba por aferrarse escrupulosamente a la legalidad o, por el contrario, se dejaba influir por vaivenes de índole política, cultural o social», llega a verse en condiciones de ponernos de relieve cómo «el presente estudio muestra a las claras que nuestro máximo órgano jurisdiccional tendió más bien a lo primero» (p. 15), siendo solo así, ceñida a semejante perímetro de complementariedad, «[...] que la doctrina legal del Alto Tribunal contribuyó en buena medida al proceso de configuración de unos tipos delictivos cuya regulación normativa apenas varió a lo largo de un siglo y medio (1848-1995)» (p. 13): si bien, ciertamente, sus «[...] preceptos penales [...] establecieron los elementos esenciales del tipo delictivo, la doctrina legal tuvo que complementar ese régimen jurídico al aplicar esos preceptos *ad mentem legislatorem* en los casos concretos, algunos de ellos difícilmente previsibles por el legislador penal», mas siempre cautelosa de no sobrepasar, en un aplomado *ir más allá de lo establecido por el precepto legal*, las funciones de *clarificar, desarrollar y completar*, siempre, por ende, *procurando respetar el principio de legalidad* (p. 274), con prudente cuidado «[...] también a la hora de aplicar preceptos que podían resultar ajenos a la coyuntura social o cultural del momento» (p. 277). Tal podría ser *la tesis principal —entonces todavía hipótesis—* (p. 13) encarada y sometida a contraste.

Ahora bien, una última cuestión reclama su espacio en esta apresurada reseña: por mucho que «la fidelidad conyugal ha sido siempre un principio fundamental del

cristianismo, y la Iglesia no parece haber visto con malos ojos la conveniencia de su penalización en el pasado» (p. 270), con todo y con ello, «esto no significa, como algunos parecen sostener, que el adulterio se haya castigado penalmente en Occidente por el mero influjo de la Iglesia» (p. 271), entre otras cosas, porque «[...] se ha venido haciendo desde la Antigüedad —con anterioridad al cristianismo—» (p. 265). Mas pese a esa no afectación de su virtuosa influencia en el plano normativo, sí que sanamente «[...] ha ejercido un mayor o menor influjo moral en el contenido de unas leyes penales cuya aprobación corresponde al poder secular», entre ellas —repetimos— las que rigieron «[...] castigando penalmente el adulterio [...] siempre por parte del propio poder temporal o secular —más o menos influido por la moral cristiana—» (p. 267), que por lo menos fertilizó el mantillo en que pudieron mantenerse arraigadas (con las innegables instrumentalizaciones para cohonestar apegos en defensa del patrimonio o el honor y tal cual vez venganzas) algunas leyes que la desmoralización laicista de la sociedad ha arrumbado con discutible acierto en su vuelco destipificatorio, sobre todo por depresivo de los valores aceptos a la comunidad. Precisamente, si «[...] el adulterio ya se castigaba antes del cristianismo, en el antiguo imperio babilónico, en los hititas, en el mundo judío, en Grecia y en Roma» (p. 270) es porque todas estas culturas y civilizaciones compartían unas coincidentes o propincuas coordenadas tradicionales, ese tallo común tronchado por la no tan racional como racionalista modernidad. De ahí que, pues «[...] una sociedad se sustenta en la confianza» (p. 269) y, por pura armonía o equidad, «carecería de sentido salvaguardar más los acuerdos mercantiles o comerciales [...]» (pp. 264-265), a ojos del propio investigador, «sería un error interpretar la conveniencia de no penalizar el adulterio como una renuncia a la tutela jurídica de la fidelidad conyugal y de la familia», que bien pudiera encomendarse con eficiencia a «otras ramas del Derecho (civil, laboral, administrativo, etc.) [...], sin renunciar quizá en algunos casos a alguna medida sancionadora (no penal)», de curso gubernativo entonces (p. 269), acaso pensando —no lo sé— en el concurso de ese grave escándalo conturbativo y empobrecedor de la convivencia sobre el que arriba he puesto un acento de reprochabilidad. Comoquiera, tal ejercicio de decantación entre la conculcación penal y el yerro o extravío moral nos lo resuelve, ante las conductas de referencia, en esa regenerativa y valiente —por inusitada su formulación— toma de postura en pro de un amparo de la fidelidad conyugal externalizado, sí, del *ius puniendi* (para respetar su aconsejable rango de *ultima ratio*), pero sin admitirlo en absoluto ausente ni aun exojurídico.

El autor confiesa en privado, *sottovoce*, que la germinal idea de esta línea de trabajo se le representó ante algunas aseveraciones erradas, vía telefónica, de quien esta recensión ahora escribe: yo ignoro al cabo si fueron tales en realidad —exponentes de un adocenado mimetismo entre ideológico y gregal— o si pudo intermediar tal cual distorsión a cuenta de mis deficiencias expresivas, mas, comoquiera, bendito sea Dios, que, de desaciertos o torpezas, permite derivar frutos tan provechosos y sazonados como los que nos sirve en este su último libro el profesor Masferrer, enderezando a sombra de Aquel mis renglones torcidos.

Julián Gómez de Maya
Instituto de Estudios Sociales, Políticos y Jurídicos