

La sentencia 738/2016 de la Sala Constitucional y los artículos 394 y 395 del Código Penal ¿Se eliminó la discriminación por el sexo o se creó otro problema?

Oscar RIQUEZES CONTRERAS*

Sumario

Antecedentes 1. Marco conceptual del adulterio 2. El adulterio como causal de divorcio 3. El tipo penal del adulterio 4. Los bienes jurídicos protegidos, ¿cómo quedan? Nota final

Antecedentes

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, el día 11 de agosto pasado, declaró la nulidad de los artículos 394 y 395 del Código Penal, en su sentencia 738/2016, en virtud de la demanda en que se pide la nulidad parcial de la norma mencionada, en primer término, por infringir el derecho a la igualdad y no discriminación, reconocido en el artículo 21 constitucional y, además, por la adecuación de la semántica gramatical (*sic*) del articulado referido al adulterio al precepto constitucional, pues es la condición de casados lo que lo configura, sin importar si es el hombre o la mujer quien lo comete. Posteriormente, dicha Sala incluyó en el asunto al artículo 395 del mismo Código.

Esta demanda de nulidad, a su vez, tuvo como antecedente la acusación penal que la accionante incoó contra dos ciudadanos por los delitos previstos en los

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, Profesor Asistente de Derecho Romano I, Derecho Civil I (Personas) y Derecho Civil II (Bienes y Derechos Reales). **Universidad José María Vargas**, Especialista en Derecho del Trabajo.

artículos 394, 395 y 397 del Código Penal, que culminó el 28 de octubre de 2013, por sobreseimiento dictado por el Tribunal Vigésimo Quinto de Primera Instancia en función de Juicio, en virtud de su falta de cualidad por ser mujer. Esta decisión fue confirmada el 8 de julio de 2014, por la Sala número 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. Esto obligó a la acusadora a ejercer una acción de amparo constitucional, que fue declarada improcedente *in limine* el 17 de diciembre de 2014 por la Sala Constitucional –con voto salvado de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán–.

1. Marco conceptual del adulterio

Dijo la Sala que el artículo 394 del Código Penal no define al adulterio, lo que hace pertinente fijar un marco conceptual y evocar los principios de taxatividad, tipicidad, legalidad, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, así como las exigencias de *lex certa* y *lex stricta*, fundamentales en un Estado de Derecho y de justicia.

Si bien es cierto que el Código Penal no define al adulterio, esa omisión no debe consternarnos en virtud del aforismo *omnis definitio in iure periculosa est*. Pero cabe destacar que nuestra doctrina sí ha elaborado un concepto de adulterio, que refleja la influencia secular de las normas romanas y canónicas. Para los romanos, el adulterio es el acto sexual ilícito ejecutado por una *matrona*: una mujer casada, ingenua –no sometida a esclavitud– y honesta –de buenas costumbres–, como afirma MODESTINO¹ y concuerda PAPINIANO, quien agrega que recibe ese nombre por el hijo que nace de otro hombre *ex-altero*². El adulterio puede cometerse desde la pubertad³, por su propia naturaleza es deshonoroso⁴ y su ejecución debe ser voluntaria y consciente, por lo que ante la ausencia de dolo, no existe⁵. Esta definición es seguida por los canonistas, para quienes el adulterio es:

¹ D.48.5.35 (34).1.

² D.48.5.6.1.

³ D.48.5.37 (36).

⁴ D.50.16.42.

⁵ D.48.5.40 (39), ídem D.48.5.12.12.

... un quebrantamiento de la entrega debida en exclusividad al otro cónyuge, deberá ser, en primer término, una entrega a persona distinta de éste. En segunda lugar, en acto generativo, puesto que hablamos de amor consumado. Por fin, habrá de ser una entrega total, psico-física, ya que decimos que el adulterio nace del acto de voluntad de quien se propone violar la obligación de exclusividad debida al otro cónyuge (...) Cumpliéndose las tres condiciones dichas, se da el adulterio en sentido canónico⁶.

Con estos antecedentes la doctrina venezolana ha dicho:

... La mujer se ha casado grávida por obra de otro varón, sin saberlo el esposo (...) éste podrá desconocer la prole (...) pero ¿deberá continuar viviendo con una mujer que tan deslealmente le ha engañado? Nadie podrá contestar afirmativamente. Pero ¿qué causa podrá alegar para pretender el divorcio? No será el adulterio porque la mujer ha cometido la falta antes del matrimonio...⁷.

PIETRI lo define como la dolorosa violación de la fe conyugal mediante el ayuntamiento carnal con una persona distinta de la del cónyuge⁸. Por su parte, DOMÍNGUEZ GUILLÉN afirma que tradicionalmente se define al adulterio como la unión carnal o sexual íntima entre un hombre y una mujer, que no son cónyuges entre sí, cuando al menos uno de ellos está casado⁹.

Ese ayuntamiento carnal con un extraño debe realizarse consciente y voluntariamente, lo que, en criterio de CARRILLO ARTILES, debe presumirse hasta que

⁶ CAREAGA, Ignacio: *La ruptura conyugal. Estatuto separatorio del matrimonio en España*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1971, pp. 107 y 108.

⁷ SANOJO, citado en: *Código Civil de Venezuela, artículos 184 al 196*. UCV. Caracas, 1976, pp. 140 y 141.

⁸ PIETRI, Alejandro: *El Código Civil de 1916 y sus diferencias con el de 1904 e indicación de los artículos correspondientes en este y en el de 1896*. Litografía del Comercio. Caracas, 1916, p. 52.

⁹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. TSJ. Caracas, 2008, p. 155.

se demuestre lo contrario¹⁰. Esto es relevante porque si la cópula se produce contra la voluntad de uno de los involucrados o de manera inconsciente –demencia, hipnosis, etc.–, no hay adulterio, lo que aún refleja la opinión de ULPIANO: «... la que sufre violación no puede ser condenada por un estupro o adulterio»¹¹.

También es fundamental para configurar el adulterio su naturaleza heterosexual, lo que se explica porque la represión del adulterio buscaba impedir la entrada de extraños a la familia, a través del embarazo de la esposa. Por este motivo, MODESTINO califica las prácticas homosexuales como estupro¹². En sentido similar se pronuncia AZZOLINA, para quien:

... ningún contacto o lascivia sexual entre hombre y mujer, distinto del coito, puede configurar el adulterio, el cual exige la *corporis traditio ad actus per se aptos ad prolis generationem*¹³, que concluye con la *seminatio intra vas*¹⁴ (...) opinar de manera distinta se encontraría de frente con el objetivo nada fácil de instituir una clasificación y una graduación de las distintas formas de erotismo que pueden verificarse entre personas de sexo distinto (...) cuya gama –desde la caricia hasta el beso– debería ser analizada para establecer cuándo ocurre adulterio y cuándo no. Está claro que colocar la cuestión en estos términos equivaldría a no poder resolverla sino sobre la base de criterios del todo arbitrarios y quizás falaces¹⁵.

¹⁰ CARRILLO ARTILES, Carlos Luis: «El adulterio como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica al erróneo tratamiento jurisprudencial y doctrinal». En *Libro homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Temas de Derecho Civil*. Tomo I. TSJ. Caracas, 2004, p. 342.

¹¹ D.48.5.14 (13).7.

¹² D.48.5.35 (34).1. En igual sentido VOLTERRA, Edoardo: «*Per la storia dell' accusatio adulterii iure mariti vel patris*». En: *Scritti giuridici*. Vol. I (*Famiglia e Successioni*). Antiqua, 57, Jovene Editore. Napoli, 1991, p. 221.

¹³ La entrega del cuerpo a actos de suyo aptos para la generación de la prole.

¹⁴ La emisión de semen en el vaso de la mujer.

¹⁵ AZZOLINA, Umberto: *La separazione personale dei coniugi*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1948, pp. 45 y 46.

La sentencia de la Rota Romana descartó como adulterio «las amistades ilícitas, los actos de lujuria no consumada e incluso tampoco los mismos actos de lujuria consumada que no posean la naturaleza de cópula perfecta»¹⁶, la cual se produce cuando el miembro viril se introduce en el vaso correspondiente de la mujer y emite en él semen masculino¹⁷.

En Venezuela opinan así PIETRI¹⁸, DOMÍNGUEZ GUILLÉN¹⁹ y LÓPEZ-HERRERA, quien afirma que el acto carnal homosexual puede considerarse una injuria grave²⁰. No obstante, DOMÍNGUEZ GUILLÉN considera que separar la sodomía del adulterio, es interpretar muy limitadamente la expresión «ayuntamiento carnal»²¹.

La regulación nacional de los efectos del adulterio sigue fielmente el modelo inaugurado por el emperador Augusto, con su Ley Julia de Represión de los Adulterios –*lex Iulia de adulteriis coercendis*–: es una causal de divorcio²² y es un delito.

Se desprende de esta exposición que ya existe en nuestro país el marco conceptual reclamado por la Sala para su análisis. En todo caso, las fuentes citadas en el fallo comentado solo corroboran esta afirmación.

¹⁶ Sent. del 06-12-29, reseñada en MANS, Jaime: *Legislación, jurisprudencia y formularios sobre el matrimonio canónico*. Vol. II (jurisprudencia). Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1951, p. 174.

¹⁷ Sent. del 28-05-21, reseñada en MANS: ob. cit., p. 112.

¹⁸ PIETRI: ob. cit., p. 52.

¹⁹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y RIQUEZES CONTRERAS, Oscar: «Algunas consideraciones sobre el adulterio como causal de divorcio (especial referencia a los antecedentes históricos)». En *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 2. Caracas, 2013, p. 284.

²⁰ LÓPEZ-HERRERA, Francisco: *Derecho de Familia*. Tomo II. 2ª, UCAB. Caracas, 2008, p. 189.

²¹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), p. 156. En idéntico sentido, CARRILLO ARTELES: ob. cit., p. 338, quien agrega que esto excluiría la posibilidad de hablar de adulterio, en caso de relaciones homosexuales.

²² A partir de la introducción del divorcio vincular en la reforma del Código Civil de 1904, pues antes solo justificaba la separación conyugal de lecho y mesa, sin disolución del vínculo.

2. El adulterio como causal de divorcio

La regulación del adulterio en nuestros códigos civiles no ha sido menos polémica que su tratamiento penal, pues se entremezcla con otros temas sensibles, como la disolubilidad matrimonial y el papel social de la mujer.

Desde el siglo XIX, el tratamiento legal dispensado al matrimonio osciló desde una posición conservadora²³ hasta una posición liberal, que consideraba que debía disolverse por voluntad de los cónyuges. La primera posición privó en la Comisión Revisora del Proyecto de nuestro primer Código Civil, como consta en su informe del 24 de abril de 1862²⁴:

1. Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio, que se trata de contraer o se ha contraído, así como sobre las causas de su disolución. 2. La religión católica es la religión de los venezolanos, quienes no se creerían casados si no interviene la Iglesia. 3. A diferencia de los partidarios de MONTESQUIEU, de VOLTAIRE y de la Francia revolucionaria, la Comisión cree que la filosofía da excelentes razones para defender la indisolubilidad del vínculo. 4. El divorcio es contemporáneo del despotismo tiránico del marido sobre la mujer, pues aquel podría desconocer un matrimonio inoportuno, como consecuencia de su «derecho de propiedad». 5. La mujer no gana nada con el divorcio, ya que por principio general, al disolverse un contrato, las partes deben ser restituidas al estado anterior a la celebración del contrato, pero la mujer «ya ha perdido en el contrato lo que jamás podría recuperar».

Por tal razón, en el texto promulgado ese año se lee:

El juicio de divorcio pertenece a la autoridad eclesiástica. Los efectos civiles del divorcio, esto es, todo lo que concierne a los bienes de los

²³ Que estimaba que era la Iglesia la institución llamada a regirlo, lo que en consecuencia hacía del matrimonio una unión indisoluble.

²⁴ Reseñado en: *La codificación de Páez*. Tomo II. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. Caracas, 1975, pp. 534-539.

cónyuges, a su libertad personal, a la crianza y educación de los hijos, son regulados privativamente por las leyes y los tribunales civiles²⁵.

El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges. Acerca de las demás causas de disolución del matrimonio, toca a la autoridad eclesiástica juzgar, y la disolución pronunciada por ella produce los mismos efectos que la disolución por causa de muerte²⁶.

La segunda posición comenzó a ganar terreno al instaurarse el matrimonio civil en 1873; sin embargo, para sus partidarios aún faltaba su complemento: el divorcio vincular. Por tal motivo, DOMINICI dice:

Nada más conforme a la institución del matrimonio civil que su disolución por el divorcio. Ante la ley el matrimonio no es sino un contrato bilateral, que crea derechos y obligaciones como los demás contratos civiles, y está sujeto a las mismas reglas generales de ellos (...) Cuando uno de los consortes infringe los deberes que contrajo da al otro el derecho de pedir la disolución del matrimonio (...) La indisolubilidad del matrimonio contradice esas reglas que son de legislación universal...²⁷.

Por su parte, URBANEJA declara:

Sostenemos la necesidad de establecer en Venezuela la moralizadora institución del divorcio radical, porque hemos observado que el remedio ó paliativo que nuestros legisladores introdujeron en el Código Civil, bajo el nombre de «separación de cuerpos», ha resultado infructuoso, pues, en vez de sanar al enfermo, ha recrudecido la enfermedad (...) Con la separación de cuerpos, hemos disuelto, en el hecho, el matrimonio; pero también hemos abierto la puerta á la inmoralidad:

²⁵ Libro primero, título III, capítulo cuarto, sección I, artículo 61.

²⁶ Libro primero, título III, capítulo cuarto, ley III, artículo 1.

²⁷ DOMINICI, Aníbal: *Comentarios del Código Civil venezolano (reformado en 1896)*. Tomo I. Ediciones Juventud Católica Venezolana. Reproducción foto-offset de la primera edición de 1897. Caracas, 1951, p. 223.

hemos establecido el concubinato y dado ansias al adulterio de los cónyuges separados...²⁸.

Inspirados por estas opiniones los diputados Mijares, Gabiras, Lander, Quevedo, Iturbe y Rivero Saldivia, miembros de la Comisión Revisora del Proyecto de reforma del Código Civil, dijeron en su informe del 16 de marzo de 1904²⁹:

1. El divorcio moderno no es el repudio antiguo, cuando la mujer era considerada como «instrumento de placer y esclava del hombre».
2. El divorcio conduce a la igualdad del hombre y la mujer, al dar a ésta el medio de defenderse de la rapacidad, de la sevicia, de la indiferencia u odio del marido, así como del mandato de los padres que ven en el matrimonio de sus hijas, el medio de pagar sus deudas o satisfacer su vanidad.
3. La separación de cuerpos sancionada por el Derecho Canónico, es una confesión de la necesidad del divorcio.

Llama nuestra atención este pasaje del informe, que destaca por su arrogancia:

El proyecto no establece el divorcio con toda la latitud que exige la civilización moderna, sino que lo limita á las tradicionales causas de separación de cuerpos aceptadas por la Iglesia Católica. Es ello una concesión al espíritu intolerante y refractario que anima á una reducida parte de nuestra sociedad...³⁰.

De esa manera, el Congreso de 1904, compadeciéndose de la resistencia de los zafios a transitar la senda del progreso, aprobó el divorcio y cerró una etapa en nuestra historia jurídica, al excluir toda la materia matrimonial del ámbito eclesiástico.

²⁸ URBANEJA, Alejandro: *Comentarios a la Sección 10ª, título IV, libro 1º del Código Civil de 1904. Del divorcio y de la separación de cuerpos*. Imprenta Bolívar. Caracas, 1904, pp. 21 y 22.

²⁹ *Ibid.*, pp. 37-41.

³⁰ Reseñado en *ibid.*, p. 42.

Ya que tanto partidarios como detractores del divorcio justificaban sus posiciones en el régimen francés, consideramos pertinente desviar un poco nuestra exposición y revisarlo someramente.

Si bien es cierto que en Francia, antes de y durante la revolución, hubo grandes discusiones filosóficas y legislativas sobre el matrimonio, el divorcio no ocupaba un lugar primordial en el trabajo de la constituyente de 1789, cuyos miembros en su gran mayoría seguían vinculados a los principios de la tradición jurídica del antiguo régimen, protectora de la familia y, por ende, no estaban dispuestos a hacer disoluble el matrimonio, solo querían resaltar su carácter contractual, libre de toda consideración religiosa³¹. Por otra parte, su adopción por la Asamblea legislativa de 1792 fue un ejemplo de puro pragmatismo, pues:

Para mover a la Asamblea legislativa a modificar su actitud respecto al divorcio, fue necesario el agravamiento de la situación política, la guerra extranjera y la jornada del 10 de agosto, que sustituyó la revolución jacobina a la revolución constitucional y liberal de 1789. Impresionada por estas circunstancias, deseando conservar el favor popular, ella tomó partido por adoptar las medidas extremas que antes le repugnaban...³².

Por último, la presencia del divorcio en el Código Napoleón es una fórmula de transacción, ante las posiciones encontradas de los legisladores: se le conservó, pero sometido a estrictos controles.

Los revolucionarios también pensaban que un régimen de libertad en la familia regeneraría las costumbres³³, pero la aplicación de la ley de divorcio de 1792 produjo el fenómeno contrario, que fue denunciado como «poligamia sucesiva», pues los franceses gracias a las grandes facilidades a su disposición, rompían un matrimonio para inmediatamente contraer nuevas nupcias.

³¹ GARAUD, Marcel: *La révolution française et la famille*. Presses Universitaires de France. Manuscrito actualizado y completado por Romuald SZRAMKIEWICZ. París, 1978, p. 69.

³² *Ibid.*, p. 70.

³³ *Ibid.*, p. 81.

Esto llevó a la eliminación del divorcio en 1816, con el retorno de la monarquía y solo se reinstauraría en 1884.

Puede verse que nuestro Congreso, so pretexto de progreso, copió una fórmula de compromiso política francesa. A esto cabe agregar que por lo que respecta a la regeneración de las costumbres, que propiciaría el divorcio, no hemos encontrado información alguna, aunque no nos parece aventurado decir que en este campo se reprodujo el fracaso francés.

No obstante, es cierto que en nuestro país se consideraba a la mujer como un objeto de intercambio, por su sumisión a la autoridad masculina y eso reflejaba una arraigada costumbre social, que llevó a la Iglesia caraqueña a protestar en 1856 que: «... si vemos a muchos padres preferir la virtud al interés (...) vemos otros muchos también hacer del casamiento de sus hijas un negocio de lucro. Negocian sin el consentimiento y noticia de su hija su suerte y su vida...»³⁴. Para las venezolanas de provincia las cosas no eran mejores, como expone MORA-GARCÍA:

La mujer tenía en la práctica un valor de uso y de cambio; su único sentido en la vida era casarse y procrear hijos. Esta situación propició que la mujer fuera utilizada como un objeto que podía ser solicitado por el mejor postor; por eso los padres «negociaban» con el novio según sus intereses; casi siempre económicos...³⁵.

La denunciada tiranía doméstica también ocurría en Francia y, por tal motivo, el legislador de 1792 privó a los esponsales de toda validez, porque eran una manifestación de la autoridad despótica del padre de familia, quien podía comprometer a sus hijos de corta edad, sin tener en cuenta su simpatía, ni darles aviso³⁶.

³⁴ DI MIELE MILANO, Rosalba: *El divorcio en el siglo XIX venezolano: Tradición y liberalismo (1830-1900)*. Fundación para la Cultura Urbana. Caracas, 2006, p. 153.

³⁵ MORA-GARCÍA, J. Pascual: «La mujer tachirenses de Los Andes venezolanos, siglo XIX». En: *Fermentum*. N° 41. ULA. Mérida, 2004, p. 582, <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/20592/2/articulo7.pdf>.

³⁶ GARAUD: ob. cit., p. 43.

Sin embargo, el divorcio no equiparó la mujer al hombre en Venezuela, pues la norma aprobada (artículo 152 del Código Civil de 1904) estableció:

Son causas legítimas de divorcio: 1ª El adulterio de la mujer, en todo caso; y el del marido cuando mantiene concubina en su casa, ó notoriamente en otro lugar, ó si hay un concurso de circunstancias tales que el hecho constituya una injuria grave hacia la mujer...

Esta regla hace especialmente gravoso para la mujer demostrar el adulterio de su marido, lo que no ocurría a la inversa. Es paradójico que DOMINICI, quien abogó por el divorcio como tributo a la modernidad, no tuviera reparo en justificar ese desequilibrio con razones coincidentes con las que dio 600 años antes Alfonso X en las *Partidas*³⁷:

Aunque los deberes morales de los cónyuges sean iguales en el matrimonio (...) es innegable que (...) el adulterio del marido no se considera deshonoroso para la mujer, mientras que el de la mujer mancha con razón ó sin razón el nombre del marido; y (...) puede ocasionar el gravísimo inconveniente de introducir hijos extraños en el matrimonio (...) fuera de que la mujer adúltera cae ordinariamente bajo la dominación de su cómplice y se sustrae á la autoridad y gobierno del marido³⁸.

La señalada discriminación llevó a URBANEJA a escribir con amargura:

La mujer no tiene contra su marido acción de divorcio por faltas momentáneas á la fidelidad debida entre cónyuges. Se necesita que el

³⁷ Partida VII, título 17, ley 1: «... del adulterio que hace el varón con otra mujer no nace daño ni deshonor a la suya; la otra porque del adulterio que hiciese su mujer con otro, queda el marido deshonorado (...) y además porque del adulterio que hiciese ella puede venir al marido muy gran daño, pues si se empañase de aquel con quien hizo el adulterio, vendría el hijo extraño, heredero en uno con sus hijos, lo que no ocurriría a la mujer del adulterio que el marido hiciese con otra. Y por ello, pues que los daños y deshonras no son iguales, conveniente cosa es que el marido tenga esta mejoría, que pueda acusar a su mujer de adulterio si lo hiciere, y ella no a él...», http://www.pensamientopenal.com.ar/alfonso_x_el_sabio_las_siete_partidas.pdf.

³⁸ DOMINICI: ob. cit., p. 227.

marido lleve su desvergüenza hasta el cinismo y el escándalo (...) Los distingos que hace la ley cuando se trata del adulterio del marido ó de la mujer, son injustos y atávicos. Proviene de la tradición histórica. El hombre no ha podido separar todavía del concepto «matrimonio», la idea de propiedad sobre la mujer. La mujer sigue siendo su cosa, su propiedad, desde el día del vínculo matrimonial...³⁹.

URBANEJA ACHELPOHL combatió ese trato discriminatorio en 1937, cuando se dirigió a la Comisión Codificadora Nacional diciendo:

Soy de opinión, que tanto el adulterio del marido como el de la mujer, sean causa de divorcio, sin la tradicional diferencia que trae el actual Código Civil (...) Ello es contrario a las nuevas enseñanzas del Derecho Civil; en uno y otro caso, hay violación del deber de fidelidad que ha de haber entre los cónyuges...⁴⁰.

Pero, al discutirse en el Senado el proyecto de Código Civil, privó la mentalidad sectaria y así consta en el acta de la sesión del 17 de junio de 1942:

... pidió la palabra el senador París para expresar que estuvo a punto de sumarse a la proposición Benítez, pero que cuando fue formulada llegó a la conclusión de que (...) no puede seguirlo. En la forma en que el proponente redacta el artículo, bastaría el adulterio accidental del marido para que pudiera invocarse el divorcio, y eso no es lo que quiere la ley. Si la redacción dejara establecido simplemente que es causal de divorcio el adulterio notorio, habría votado por la proposición Benítez⁴¹.

Por voluntad de los hombres que redactaron el Código Civil de 1942, quienes en definitiva podían determinar qué es «lo que quiere la ley», la causal de divorcio por adulterio conservó su carácter desequilibrado, hasta que en los debates parlamentarios de 1982 se optó por eliminarlo definitivamente.

³⁹ URBANEJA: ob. cit., pp. 60-62.

⁴⁰ Reseñado en: ob. cit. (*Código Civil de Venezuela...*), p. 59.

⁴¹ Reseñada en: ibíd., p. 84.

Motivo por el que puede afirmarse que las discusiones relacionadas al género fueron superadas por la reforma del Código Civil y que cualquier norma subsistente, que sostenga tal discriminación, presenta vicios de inconstitucionalidad⁴².

3. El tipo penal del adulterio

Nuestro legislador siempre ha dado cumplimiento al principio de legalidad penal, disponiendo de manera expresa y mediante una *lex praevia* cual es la conducta punible, pero eso no es óbice para señalar que también ha descrito y castigado de manera discriminada, los delitos contra el buen orden de las familias. Ejemplo de esto es el llamado uxoricidio por causa de honor, previsto en el artículo 423 del Código Penal de 1964⁴³, que establecía una rebaja de pena para el marido, porque su acto era producto de un impulso irreflexivo, pero la mujer que asesinase a su marido en circunstancias similares, no habría gozado de un pena reducida.

El Código Penal de 2005 tipificó el adulterio con la misma visión parcializada del Código anterior, que a su vez copiaba la estructura del Código Civil de 1942. A esto hay que agregar la pena sensiblemente menor para el marido adúltero, comparada con la de la esposa adúltera, como se aprecia:

Artículo 394.- La mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años. La misma pena es aplicable al coautor del adulterio.

⁴² DOMÍNGUEZ GUILLÉN y RIQUEZES CONTRERAS: ob. cit., pp. 290 y 291.

⁴³ «Artículo 423.- No incurrirán en las penas comunes de homicidio ni en las de lesiones, el marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer y a su cómplice, mate, hiera o maltrate a uno de ellos o a ambos. En tales casos las penas de homicidio o lesiones se reducirán a una prisión que no exceda de tres años ni baje de seis meses. Igual mitigación de pena tendrá efecto en los homicidios o lesiones que los padres o abuelos ejecuten, en su propia casa, en los hombres que sorprendan en acto carnal con sus hijas o nietas solteras». Por su obvia discriminación, esa norma fue anulada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en 1980, aunque de manera inexplicable reapareció en la reforma del Código Penal de 2005 (artículo 421).

Artículo 395.- El marido que mantenga concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella, si el hecho es notorio, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses. La condena produce de derecho la pérdida del poder marital. La concubina será penada con prisión de tres meses a un año.

Resalta que la diferencia de ambos tipos se basa, exclusivamente, en el sexo de los cónyuges. Por esta razón y considerando la eliminación de toda referencia sexual de la causal de divorcio por adulterio, que guarda similitud con lo planteado, la Sala pudo ordenar que las normas impugnadas se interpretaran en el sentido pedido por la accionante o, en su defecto, exhortar al Legislativo a reformarlas del modo indicado.

Pero aquella decidió algo «distinto» a lo pedido: anuló esos artículos, lo que nos permite decir que la demanda de nulidad «parcial» –y esto no debemos olvidarlo– del artículo 394 del Código Penal, extendida luego al artículo 395 *iusdem*, permitió al Tribunal Supremo de Justicia concretar una vieja aspiración: despenalizar el adulterio. Es pertinente recordar aquí que en el 2004 el entonces magistrado de la Sala de Casación Penal, Alejandro ANGULO FONTIVEROS, presentó un Proyecto de reforma del Código Penal⁴⁴ en el que sin dar la más mínima explicación, no figuraba el delito de adulterio.

Seguidamente, nos enfocaremos solo en algunas de las razones expuestas por la Sala⁴⁵:

i. El adulterio ha sido despenalizado en varios países –Chile, Argentina, Colombia y Brasil–. Vale destacar que la Sala menciona que esto fue decisión del Poder Legislativo de esos países, lo que presupone una valoración amplia de las circunstancias históricas propias y de razones de oportunidad y conveniencia del mantenimiento del tipo penal, que forma parte del juego de las

⁴⁴ Cuya publicación fue patrocinada por el propio Tribunal Supremo de Justicia.

⁴⁵ Dado lo farragoso de su texto y de sus abundantes citas textuales, algunas de hasta 6 páginas de extensión, como es usual en todos sus fallos.

fuerzas políticas representadas en el mismo y no equivale a su declaración judicial de inconstitucionalidad.

Lo anterior, en nuestro criterio, no puede invocarse como un dato de Derecho comparado, que sustente el dispositivo del fallo, pues esa ola de despenalizaciones en todo caso podría haber movido a las fuerzas políticas que hacen vida en nuestro Parlamento a revisar la pertinencia de conservar el carácter punible del adulterio, así como revisaron en 1982 la correspondiente causal de divorcio.

ii. Luego agregó que:

... los artículos 394 y 395 del Código Penal venezolano (...) deben ser examinados a través los principios de utilidad social de la intervención penal, mínima intervención del Derecho Penal, y, concretamente, del principio de subsidiariedad, en virtud del cual el Derecho Penal ha de ser la *ultima ratio*, es decir, el último recurso que se debe emplear a falta de otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo (...) pues existen otros medios de control social formal e informal que tienen y pudieran tener mayor eficacia y proporcionalidad en la protección de la fidelidad conyugal, del matrimonio y de la familia como célula fundamental de la sociedad.

El Derecho Penal es, en criterio de la Sala, una especie de «último recurso» para lidiar con el problema del adulterio, pues primero hay que agotar otros mecanismos de control menos lesivos. Aquí creemos pertinente hacer una simple pregunta: ¿cuáles son tales mecanismos? No lo dice⁴⁶. Consideramos que cuando se trata de un tema tan delicado como juzgar la constitucionalidad de una norma, el juez constitucional no puede basar su fallo en pronunciamientos implícitos como el aludido.

⁴⁶ Y debemos agregar que simplemente no podemos siquiera imaginar, de qué manera podría restringirse la esfera jurídica de los adúlteros mediante normas de Derecho Administrativo.

Otra declaración interesante fue afirmar la casi exclusividad del Derecho Civil en el control social formal y fáctico del adulterio. Ahora bien, ¿es eso cierto? Creemos que no, porque aquel solo aborda sus efectos sobre el matrimonio, en tanto causal de divorcio, que el Legislador complementó con sus consecuencias penales, independientemente de las críticas que pueden hacerse al tipo punible. Como puede entenderse de nuestro comentario, tampoco creemos que el dispositivo del fallo pueda apoyarse en lo antes expuesto.

iii. Además, dijo la Sala:

Finalmente (...) los artículos 394 y 395 del Código Penal son disposiciones que (...) han quedado casi inalterados a partir del Código Penal de 1863 (...) aun cuando ello probablemente responda a las escasas reformas verdaderamente exhaustivas e integrales del Código Penal, a la relatividad en cuanto a la valoración socio-penal de tales comportamientos, a la preponderancia de ciertas tendencias criminológicas contemporáneas, a que esas normas prácticamente han caído en desuso por el devenir del tiempo y los cambios de paradigmas sociales que buscan el reconocimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer, a la casi exclusividad del Derecho Civil en el ejercicio del control social formal y fáctico de tales conductas, así como también al consiguiente y aminorado interés en tales tipos penales, lo cual se hace patente en las últimas décadas, sin que ello desmerite la cardinal trascendencia de algunos valores que han perseguido protegerse a través de la referida institución jurídica penal...

Debemos declarar que nos produce estupefacción que la Sala diga que las normas represoras del adulterio han caído en «desuso», por la grave ignorancia que subyace en esa afirmación⁴⁷. El desuso o *desuetudine* solo puede

⁴⁷ Pues desconoce uno de los principios cardinales de nuestro ordenamiento, concretamente establecido en el Código Civil: «Artículo 7.- Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean».

predicarse respecto del Derecho consuetudinario, que no es el caso del Derecho Penal venezolano, como dice ARTEAGA SÁNCHEZ:

Evidentemente, no cabe la posibilidad de que a través de la costumbre se creen delitos o penas. A ello se opone el principio de legalidad (...) De la misma manera, no puede aceptarse que una costumbre derogue la ley y elimine un delito o una pena, ni que puede tener eficacia alguna la no aplicación por la costumbre de una norma...⁴⁸.

Así como solo es punible la conducta previa y expresamente señalada por el Legislador, la norma que contiene esa prescripción –por razones de seguridad jurídica– será válida y de obligatorio cumplimiento hasta que sea derogada expresa o tácitamente, o se abroge por un referendo, o hasta que se cumpla el término señalado en la misma o desaparezcan las circunstancias, que justificaron su nacimiento⁴⁹. Todo lo anterior también vale para el supuesto «desinterés» en esos tipos penales.

4. Los bienes jurídicos protegidos, ¿cómo quedan?

Desde el punto de vista histórico, la represión del adulterio formó parte de la política moralizadora del emperador Augusto. En el marco de la misma, la aplicación conjunta de las leyes *de maritandis ordinibus* y *de adulteriis coercendis* buscaba dirigir la actividad sexual de los romanos hacia la reproducción dentro del matrimonio, el adulterio –por consiguiente– es incompatible con el proyecto augusteo. Al afán moralizador debe añadirse el temor a la introducción en la familia o hijos, que no sean del marido y que de no mediar desconocimiento, pueden participar en la división de la herencia junto a los hijos legítimos.

Con el paso de los siglos y el advenimiento del cristianismo, a lo anterior se sumó el ataque al matrimonio, que supone el adulterio, pues infringe el deber

⁴⁸ ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto: *Derecho Penal venezolano*. 10ª, McGraw-Hill Interamericana, Bogotá, 2006, p. 41.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 55.

de fidelidad conyugal. Pero esta enumeración de bienes jurídicos fue ampliada en la sentencia comentada:

En razón de ello, aun cuando llegase a imperar en algún momento, por ejemplo, la tesis de la despenalización del adulterio, la misma no suprimiría *per se* el carácter de ilícito civil del adulterio (...) previsto en el Código Civil (...) esta Sala no debe obviar la relevancia histórica y sobre todo actual de la finalidad que habrían de perseguir esas normas, cual es proteger a la familia como institución fundamental de la sociedad, y al matrimonio, a la maternidad y a la paternidad como elementos de especial importancia para aquella que, como se sabe, reviste especial significación para la tutela de los derechos de niños, niñas y adolescentes, de los derechos de los adultos mayores, de las personas en situación de vulnerabilidad y, en fin, para la protección de los derechos de todas las personas, tal como lo reconoce, de manera inédita la Constitución...

Puede verse que ya no se trata solo del buen orden de las familias, sino que el adulterio afecta al matrimonio, la maternidad, la paternidad, los derechos de niños, adolescentes, adultos mayores y personas en situación de vulnerabilidad. Esto significa que el adulterio tiene un amplio impacto social, porque es una conducta ilícita por su propia naturaleza *per se*. Sobre este último punto cabe mencionar que la Sala, tal vez sin saberlo, estaba refiriéndose a una de las características romanas del adulterio: por su propia naturaleza es deshonoroso⁵⁰.

Esta circunstancia nos impele a invocar la sentencia 794/2011⁵¹ de la propia Sala Constitucional, en la que expuso que hay delitos que afectan no solo a la víctima, sino también a amplios sectores sociales y dio como ejemplo al delito económico⁵², que es ilícito por su propia naturaleza *per se*. Esta circunstancia impide al Legislador ejercer su potestad de eliminar el tipo penal, pues:

⁵⁰ D.50.16.42.

⁵¹ Acerca de esta sentencia remitimos al lector a nuestros comentarios contenidos en RIQUEZES CONTRERAS, Oscar: «El caso de los procesados por la crisis bancaria de 2009. Una aproximación hermenéutica a la sentencia 794/2011 de la Sala Constitucional». En: *Politeia*. Vol. 36, N° 50. UCV. Caracas, 2013, pp. 1-26.

⁵² Cuyas distintas manifestaciones están contenidas en el artículo 114 constitucional.

Asumir otra posición interpretativa, resultaría contraria a la naturaleza de los valores, principios y derechos que informan la Constitución, por cuanto en el presente caso se procedería a despenalizar una conducta lesiva *per se* (...) cuya legalización o deficiente penalización, desconocería el derecho de la sociedad, y de los afectados (...) lo que inexorablemente incidiría, como se ha señalado, en el normal desarrollo de la sociedad.

Consideramos que es paradójico que la Sala Constitucional aplique soluciones distintas, para casos iguales: el delito económico y el adulterio son ilícitos *per se*, afectan a extensos sectores sociales, el primero a los usuarios del sistema financiero y la economía nacional y el segundo, según sus propias palabras, a las familias, al matrimonio, la maternidad, la paternidad, los derechos de niños, adolescentes, adultos mayores y personas en situación de vulnerabilidad, pero aunque en el primer escenario prohíbe al Legislador eliminar el tipo, a pesar de que tiene potestad constitucional para hacerlo, en el segundo es ella quien lo despenaliza, con lo que infringe su propia jurisprudencia y evidentemente desconoce el derecho de la sociedad, a la protección de esos bienes jurídicos.

Si la Sala buscaba con esta sentencia –que como dijimos anteriormente, no se corresponde con lo pedido por la accionante–, la equiparación de los sexos en virtud de la norma constitucional que proscribe la discriminación, creemos que lo hizo pero en un sentido negativo, pues ahora los adúlteros –hombre y mujer– son iguales en la impunidad.

Nota final

Los tiempos cambian y las sociedades también, por eso es necesario revisar periódicamente las normas de nuestro ordenamiento⁵³, pero esa revisión y adecuación a los cambios puede lograrse con mayor provecho social si la

⁵³ Como lo hacía hasta 1942 la Comisión Revisora de los Códigos Nacionales del Congreso.

hace el Poder Legislativo, que acoge distintas voces que pueden aportar elementos para tomar la mejor decisión posible, especialmente en temas tan sensibles como la familia, el matrimonio y los delitos que los afectan. La Sala Constitucional, erigida hoy más que nunca en un «legislador negativo», debe ser el último recurso para lograr ese fin porque, como demuestra la sentencia comentada, a veces, so pretexto de interpretar la Constitución toma decisiones que afectan a toda la sociedad, con razones que no pasan de ser el cumplimiento de un requisito formal de las sentencias.

* * *

Resumen: El autor retorna a examinar un tema de palpitante interés como es el adulterio; en este caso, se enfoca principalmente en el tipo penal y el reciente fallo de la Sala Constitucional que declara la nulidad de los artículos 394 y 395 del Código Penal. Para ello se pasea por sus antecedentes históricos, los razonamientos de la decisión y su crítica. **Palabras clave:** Sala Constitucional, delito de adulterio, causal de divorcio. Recibido: 13-07-17. Aprobado: 31-07-17.