

# Algunas consideraciones sobre el adulterio como causal de divorcio (especial referencia a los antecedentes históricos)

María Candelaria Domínguez Guillén\*  
Oscar Riquezes Contreras\*\*

## Sumario

### Introducción

**1. El adulterio en Roma** 1.1. *Cambios introducidos en el régimen familiar romano* 1.2. *Concepto del adulterio* 1.3. *La pena del adulterio* 1.4. *La prueba del adulterio* 1.4.1. Prueba testimonial 1.4.2. Confesión 1.4.3. Interrogatorio con tormento de los siervos (*Quaestio de servo*)

---

\* **Universidad Central de Venezuela**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Doctora en Ciencias, Mención “Derecho”. Profesora Titular. Jefe del Departamento de Derecho Privado. Jefe de la Cátedra de Derecho Civil I Personas. Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado. El presente ensayo surge a raíz de haber sido Jurado Principal del excelente trabajo de ascenso a la categoría de asistente del profesor Oscar Riquezes titulado “**El adulterio y su prueba**”. Confieso que nunca he sido propensa al estudio del Derecho Romano a pesar de ser la base del Derecho Civil al que me he dedicado, así como a la historia del Derecho en general, pero sin lugar a dudas, la lectura de una obra enjundiosamente exhaustiva a nivel bibliográfico, escrita en forma extremadamente amena permitiéndole al lector pasearse por los antecedentes del Derecho actual, el cual tampoco descuida, fomentó en mí el deseo de difundir la historia del adulterio como causal de divorcio. Es por ello que decidimos hacer un artículo conjunto en el que el profesor Riquezes muestra la evolución del instituto en Roma, completado por la visión actual del mismo en Venezuela como causal de divorcio, que ya con anterioridad he referido en el **Manual de Derecho de Familia**.

\*\* **Universidad Central de Venezuela**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogado. Cursante del Doctorado en Derecho. Profesor Asistente, Profesor de Derecho Romano I, Derecho Civil I Personas y Derecho Civil II Bienes y Derechos Reales.

- 2. El adulterio como causal de divorcio** 2.1. *El divorcio y el carácter taxativo de las causales contenciosas* 2.2. *El adulterio*  
2.2.1. Noción y requisitos 2.2.2. Tratamiento igualitario  
2.2.3. Prueba

## Introducción

El adulterio, amén de un delito de escasa incidencia forense, se constituye como causal de divorcio y de separación de cuerpos, ambas de carácter contencioso. Mediante las siguientes líneas pretendemos ofrecer un panorama del adulterio con especial atención a sus antecedentes históricos en Roma; ello lo consideramos en un primer capítulo, para en una segunda parte exponer una breve referencia a la figura desde la perspectiva del Derecho de Familia.

### 1. El adulterio en Roma<sup>1</sup>

#### 1.1. *Cambios introducidos en el régimen familiar romano*

Con la Ley Julia de Represión de los Adulterios (*Lex Julia de adulteriis coercendis*) del emperador Augusto, se inauguró un modelo que por 2.000 años seguirán los ordenamientos jurídicos adscritos al sistema romanista: el tratamiento del adulterio como causal de divorcio y como delito. Esta ley representó además un cambio en el régimen familiar romano, pues originalmente correspondía al *paterfamiliae* castigar el adulterio de las mujeres sometidas a su potestad. A partir de ahora, corresponderá a un tribunal denominado *quaestio de adulteriis*, a cargo de un Pretor<sup>2</sup>, conocer la acusación presentada contra la adúltera por su marido, su *paterfamiliae* o por cualquier interesado

<sup>1</sup> Las siguientes líneas constituyen un resumen de: Riquezes Contreras, Oscar: **El adulterio y su prueba**. Trabajo presentado para el ascenso a la categoría de “Asistente” (Tutor: Francisco Delgado Soto). Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, 2012 (defendido el 05-02-13).

<sup>2</sup> Kunkel, Wolfgang: **Historia del Derecho Romano**. Ariel, (Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miquel). Barcelona, 2003, p. 74.

y aplicar el castigo correspondiente. Con el paso del tiempo, tal función pasó al Prefecto de la Urbe<sup>3</sup> y al Gobernador en las provincias.

No obstante, el *paterfamiliae* podrá matar a su hija adúltera y a su cómplice, si les sorprende en su propia casa o en la de su yerno; aunque es de esperarse que no proceda así en todos los casos. Por otra parte, el marido ya no podrá matar a la esposa adúltera y si lo hiciere, será considerado homicida, pero no sufrirá pena de muerte pues “...es muy difícil contener el justo arrebató y se le debe castigar por el exceso más que porque no debiera tomar venganza...”<sup>4</sup>. Este trato diferenciado obedece a que “generalmente la piedad paterna es favorable a los hijos, en tanto debe frenarse el acaloramiento y arrebató de un marido que se precipita en sus decisiones”<sup>5</sup>.

El marido, sin embargo, podrá matar impunemente a quien ejerza violencia para cometer estupro en él o en alguno de los suyos<sup>6</sup>; a un esclavo sorprendido en adulterio<sup>7</sup>; a los adúlteros libres que sean alcahuetes, actores, cantantes, bailarines, condenados en juicio público, cuya fama no haya sido restituida o libertos suyos o de su familia<sup>8</sup>, en caso contrario, podrá hacerlo si los adúlteros se defienden con armas<sup>9</sup>. Si el marido decide no matar al adúltero o no puede matarlo lícitamente, puede retenerlo hasta por 20 horas, para buscar testigos; sin embargo, durante ese lapso puede infligirle malos tratos<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> D.1.12.1.

<sup>4</sup> D.48.5.39 (38).8. Ídem D.48.8.1.5. Esta disposición puede identificarse como el antecedente más remoto del llamado “uxoricidio por causa de honor”, previsto en nuestro Código Penal de 1964 (artículo 423); anulado por la Corte Suprema de Justicia en 1980, por inconstitucional, a pesar de lo cual reapareció en la reforma de dicho Código en 2005 (artículo 421).

<sup>5</sup> D.48.5.23 (22).4.

<sup>6</sup> D.48.8.1.4.

<sup>7</sup> D.9.2.30.

<sup>8</sup> D.48.5.25 (24). De lo contrario cometería homicidio, según la Ley Cornelia de Sicanos y Envenenadores.

<sup>9</sup> D.4.2.7.1.

<sup>10</sup> Puliatti, Salvatore: “Lenocinii Crimen”. En: **Il Diritto Giustiniano fra Tradizione Giuridica e Innovazione**. Atti del convegno a cura di Fabio Botta. Cagliari, 13-14 ottobre 2000. Università di Cagliari. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. Serie I (Giuridica), 65, Giappichelli Editore. Torino, 2003, p. 205.

Otro cambio fue la obligación de divorciarse de la adúltera; es decir, ya el marido no podrá perdonarla, conservándola como *uxor* y por el contrario, debe divorciarse inmediatamente si la descubre en flagrante adulterio o desde el momento en que conoció el adulterio, si no ha habido flagrancia, so pena de ser reo del crimen de lenocinio y castigado en la misma forma que la adúltera<sup>11</sup>. Igual castigo se le aplicará si no la acusa formalmente en los lapsos prescritos en dicha ley.

### 1.2. Concepto del adulterio

¿Qué es el adulterio? Según las fuentes clásicas es el acto sexual ilícito ejecutado por una “matrona”, es decir, una mujer ingenua y honesta con quien no es su cónyuge. Están fuera del ámbito de aplicación de esta ley las esclavas<sup>12</sup>, las libertas y las mujeres de ocupaciones despreciables, como las prostitutas<sup>13</sup>. La matrona debía estar casada, como afirma Modestino<sup>14</sup> y concuerda Papiniano, quien agrega que el adulterio se llama así por el hijo que nace “ex-altero”, es decir, de otro hombre<sup>15</sup>. Como excepción tenemos el caso de la mujer desposada, cuya situación era una expectativa de matrimonio, que no debía violarse<sup>16</sup>. El adulterio puede cometerse desde la pubertad<sup>17</sup>, por su propia naturaleza es deshonoroso<sup>18</sup> y su ejecución debe ser voluntaria y consciente, por lo que ante la ausencia de dolo, no existe<sup>19</sup>.

Aunque su definición es clara, resalta en las fuentes que también se denomina adulterio al acto sexual ilícito, ejecutado por mujeres no casadas, como las doncellas, las viudas o las concubinas. Esto obedece, según Arangio-Ruiz, a que “...la ley no fue dictada en defensa de la sola fidelidad conyugal, sino

<sup>11</sup> Puliatti: ob. cit., pp. 197 y 199.

<sup>12</sup> C.9.9.23 (año 290).

<sup>13</sup> C.9.9.22 (año 290).

<sup>14</sup> D.48.5.35 (34).1.

<sup>15</sup> D.48.5.6.1.

<sup>16</sup> D.48.5.11 (10).3.

<sup>17</sup> D.48.5.37 (36).

<sup>18</sup> D.50.16.42.

<sup>19</sup> D.48.5.40 (39). Ídem D.48.5.12.12.

para la tutela en general de las buenas costumbres. Por ello la expresión *adulterium* está entendida en el sentido más amplio...”<sup>20</sup>.

Sin embargo, a fin de mantener la claridad terminológica, se dirá con Modestino que el acto sexual ejecutado con una mujer no casada e incluso con un joven, constituye estupro<sup>21</sup>. Esta última mención pone sobre el tapete un punto interesante: la naturaleza heterosexual del adulterio, es decir, para este jurista clásico la sodomía –entendida como homosexualidad masculina– no es adulterio<sup>22</sup>. Se comprende esta distinción pues difícilmente se engendrará un hijo ex-altero, mediante la sodomía.

### 1.3. La pena del adulterio

La pena del adulterio aparece mencionada en las *Sentencias de Paulo*<sup>23</sup> y consiste para la mujer, en la pérdida de la mitad de su dote y la tercera parte de sus bienes y su relegación a una isla; para su cómplice, en la pérdida de la mitad de sus bienes y su relegación a una isla. Ambos deben permanecer en islas distintas<sup>24</sup>.

La relegación a una isla se extingue sólo con el perdón del emperador (*restitutio*), que implica el retorno del reo a su provincia, la restitución a su rango, derechos e incluso propiedades<sup>25</sup>; no así con su muerte, por tal motivo, no se puede trasladar su cadáver para enterrarlo en otro lugar, si no lo permite el príncipe<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Arangio-Ruiz, Vicenzo: “La Legislazione”. **Scritti di Diritto Romano**. Vol. III. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Camerino, Jovene Editore. Napoli, 1977, p. 260.

<sup>21</sup> D.48.5.35 (34).1. En igual sentido Volterra, Edoardo: “Per la Storia dell’ ‘accusatio adulterii iure mariti vel patris’”. **Scritti Giuridici** (Famiglia e Successioni). Vol. I. Antiqua, 57, Jovene Editore. Napoli, 1991, p. 221.

<sup>22</sup> Sólo hemos visto en la jurisprudencia canónica que se asimilen ambas figuras, a pesar de las opiniones discordantes.

<sup>23</sup> Obra posclásica atribuida al jurista Julio Paulo, que nos llegó a través de la *Lex Romana Visigotorum* (año 506).

<sup>24</sup> Libro II, título XXVI, 14. Reseñada por Girard, Paul Frédéric y Senn, Felix: **Textes de Droit Romain**. T. I, 7<sup>a</sup> édition par un groupe de romanistes, Dalloz. Paris, 1967, p. 308.

<sup>25</sup> Así se desprende de C.9.51.1.

<sup>26</sup> D.48.24.2.

Algunos autores sostienen que la pena del adulterio era sólo pecuniaria, siendo la relegación a una isla un agregado posterior<sup>27</sup>. Otros, que la relegación fue una práctica de los *patresfamiliarum*, consistente en enviar a sus hijos a una propiedad familiar o a otro lugar<sup>28</sup>. Una tercera corriente sostiene que este castigo se relaciona con el sistema de represión penal del Principado: la *cognitio extra ordinem*, que buscaba la eficiencia en la persecución de los crímenes y la defensa del orden, permitiendo una configuración más elástica del hecho criminoso, así como aplicar penas que correspondan mejor a su gravedad, tomando en consideración el estrato social del reo<sup>29</sup>. Independientemente de su origen, el historiador Dion Casio menciona que la relegación a una isla específica se hizo obligatoria, a partir del año 12 d.C.<sup>30</sup>.

#### 1.4. La prueba del adulterio

##### 1.4.1. Prueba testimonial

Al examinar las fuentes clásicas notamos que los romanos consideraban que el adulterio podía demostrarse por medio de testigos, que hubiesen descubierto a los adúlteros durante la cópula, así como mediante aquellos llamados por el marido para “atestiguar el hecho”, quienes declararían a su favor en la acusación<sup>31</sup>.

El único testimonio válido es el del hombre libre. La mujer también puede declarar en juicio, excepto si ha sido condenada según la Ley Julia sobre los

<sup>27</sup> Arangio-Ruiz, Vincenzo: **Historia del Derecho Romano**. Instituto Editorial Reus, (Traducción de la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Iváñez). Madrid, 1943, p. 314. Brasiello, Ugo: **La Repressione Penale in Diritto Romano**. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1937, p. 95.

<sup>28</sup> Cohen, Sara: “Augustus, Julia and the Development of Exile Ad Insulam”. En: **Classic Quarterly**. N° 58.1, 2008, p. 209, <http://www.journals.cambridge-saracohen.pdf>, (consulta: 22 de marzo de 2009).

<sup>29</sup> Pugliese, Giovanni: “Diritto e Processo”. En: **Diritto e Processo Nella Esperienza Romana**. Atti del Seminario Torinese (4-5 Dicembre 1991). In memoria di Giuseppe Provera, Università di Torino, Casa Editrice Jovene. Napoli, 1994, pp. 24 y 25.

<sup>30</sup> Citado por Cohen: ob. cit., p. 207.

<sup>31</sup> D.48.5.26 (25).5.

adulterios<sup>32</sup>; sin embargo, no toda persona podía dar testimonio: No podían hacerlo los enajenados mentales (*furiosi*) o los impúberes<sup>33</sup>. Tampoco el reo de un juicio público, ni el menor de 25 años<sup>34</sup>. El padre no puede ser testigo respecto al hijo, ni el hijo respecto al padre<sup>35</sup>. Tampoco se puede ser testigo en causa propia<sup>36</sup>. Los libertos no pueden declarar contra sus patronos y si son citados al tribunal, no pueden ser compelidos a comparecer<sup>37</sup>.

Por lo que respecta al conocimiento del testigo, cabe señalar que podía obtenerlo de manera directa, por haber sorprendido en el acto a los involucrados o incluso, de manera referencial, cuando era llamado por el marido para “atestiguar el hecho”. Si bien en nuestros tiempos no se admite un testigo referencial, debe recordarse que la mentalidad de Augusto era sancionar a los adúlteros, privándolos de cualquier medio de evasión del castigo, como sería la falta de pruebas.

La valoración del testimonio se dejaba a la libre apreciación del juez; sin embargo, durante la era posclásica la prueba testimonial sufrió los embates de la desconfianza social, causada por la tendencia de los testigos a mentir<sup>38</sup>. También se rechazó la declaración del testigo único<sup>39</sup>.

#### 1.4.2. Confesión

En materia civil la confesión basta para terminar la controversia, pues dice Paulo que al confeso se le tiene por juzgado, porque en cierto modo, se condena por

<sup>32</sup> D.22.5.18.

<sup>33</sup> Pugliese, Giovanni: “La Preuve dans le Procès Romain de l’Epoque Classique”. **Scritti Giuridici Scelti**. Vol. I. Diritto Romano. Jovene Editore. Napoli, 1985, p. 380.

<sup>34</sup> D.22.5.20.

<sup>35</sup> D.22.5.9. Tampoco pueden declarar unos contra otros (C.4.20.6, año 294).

<sup>36</sup> D.22.5.10. En idéntico sentido C.4.20.10 (año 376).

<sup>37</sup> C.4.20.12 (año 423).

<sup>38</sup> Scialoja, Vittorio: **Procedura Civile Romana. Esercizio e Difesa dei Diritti**. IVS, xv, Anonima Romana Editoriale. Roma, 1936, p. 281.

<sup>39</sup> D.48.18.20. Dando así origen a la máxima *testis unus, testis nullus*, que rigió en nuestro país hasta bien entrado el siglo xx.

su misma sentencia<sup>40</sup>; sin embargo, en materia criminal la confesión no tiene la misma efectividad, como dice Ulpiano: “No siempre se debe creer al que confiesa espontáneamente un delito, pues algunas veces la confesión es por intimidación o por otra causa, y hay una epístola de los emperadores hermanos (Marco Aurelio y Vero) [...], en la que se dice que se debe liberar al que hubiere confesado contra sí mismo pero cuya inocencia se hubiera probado después de haber sido él condenado...”<sup>41</sup>.

Ya que un hombre puede mentir por varias razones, Septimio Severo dispuso que la confesión no debe tenerse como prueba de un crimen, cuando no consta para el juez ninguna otra<sup>42</sup>. Por tal razón, en esta materia, la confesión es sólo una más de las pruebas, que en definitiva, debe valorar el juez para emitir su fallo.

#### 1.4.3. Interrogatorio con tormento de los siervos (*Quaestio de servo*)

Este tipo de interrogatorio destinado a los esclavos podía utilizarse para la investigación criminal o también, en asuntos relacionados con herencias. Seguidamente reseñaremos los principios que lo gobernaban:

No puede someterse a interrogatorio con tormento a un hombre libre<sup>43</sup>. Tampoco puede interrogarse con tormento al menor de 14 años<sup>44</sup>. Los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla dictaron que no puede interrogarse a un hermano contra otro hermano<sup>45</sup>. Tampoco puede interrogarse con tormento a quien fue deportado a una isla<sup>46</sup>; ni a un testigo, a menos que se trate de demostrar su participación en el delito<sup>47</sup>. Los libertos no pueden ser interrogados en juicio capital, contra sus patronos<sup>48</sup>.

---

<sup>40</sup> D.42.2.1.

<sup>41</sup> D.48.18.1.27.

<sup>42</sup> D.48.18.1.17.

<sup>43</sup> D.48.18.16.

<sup>44</sup> D.48.18.10.

<sup>45</sup> D.48.18.1.10.

<sup>46</sup> D.48.18.9.2.

<sup>47</sup> D.48.18.18.

<sup>48</sup> D.48.18.1.9.



El interrogatorio con tormento no se admite en casos de estupro<sup>49</sup>, por lo que cobra importancia su diferencia con el adulterio, pues para éste sí se admite<sup>50</sup>. Además, en los casos de adulterio pierde vigencia el principio según el cual, los esclavos no pueden declarar contra sus dueños, incluyendo las personas a quienes sirve de buena fe aunque no sean sus propietarios<sup>51</sup>.

También se permite interrogar con tormento al esclavo que el reo tenga en usufructo, pues aunque no sea de su propiedad, lo que más interesa es la relación de servicio<sup>52</sup>. Además de los esclavos, se puede interrogar con tormento a los enemigos, aunque teniendo en cuenta que tienden a mentir<sup>53</sup>.

El emperador Trajano dispuso la forma de interrogar al siervo: "...no debe preguntar[se] concretamente si Lucio Ticio cometió el homicidio, sino, en general, quién lo cometió, pues lo otro es más propio del que quiere sonsacar una declaración que del que quiere averiguar la verdad..."<sup>54</sup>.

Al interrogatorio pueden asistir las partes y sus abogados, quienes tienen derecho de interrogar al esclavo<sup>55</sup>. El propietario no puede interrogar al siervo<sup>56</sup>.

Por lo que respecta al valor de la *quaestio de servo*, es necesario mencionar que no es definitiva para la demostración del delito, pues sólo es uno más de todos los elementos que debe valorar el juez, ya que los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero dijeron que no debe fijarse la verdad por el interrogatorio de un solo esclavo<sup>57</sup>. Otros emperadores mostraron aún más desconfianza, al disponer que ni debe creerse, ni dejar de creer siempre lo declarado por los sometidos a tormento, porque se trata de una prueba insegura, peligrosa y que

---

<sup>49</sup> D.48.18.17.1.

<sup>50</sup> D.48.18.5.

<sup>51</sup> D.48.18.1.8.

<sup>52</sup> D.48.5.28 (27).8.

<sup>53</sup> D.48.18.1.24 y D.48.18.1.25.

<sup>54</sup> D.48.18.1.21.

<sup>55</sup> D.48.5.28 (27).7.

<sup>56</sup> C.4.20.8 (año 294).

<sup>57</sup> D.48.18.1.4.

puede ocultar la verdad<sup>58</sup>. No obstante esta desconfianza, la *quaestio de servo*, continuó usándose en investigaciones de adulterio.

Antes de concluir queremos destacar que las pruebas que examinamos en los siglos siguientes a la caída del Imperio se convertirán en el modelo a seguir por los ordenamientos jurídicos moldeados sobre el derecho romano, para la demostración de un hecho tan delicado para la institución familiar como el adulterio. Las únicas diferencias que se pondrán de manifiesto, serán consecuencia de las nuevas concepciones sociales, jurídicas y políticas.

## 2. El adulterio como causal de divorcio

### 2.1. *El divorcio*<sup>59</sup> *y el carácter taxativo de las causales contenciosas*

El divorcio se traduce en la disolución del vínculo matrimonial por sentencia<sup>60</sup>. Nuestro ordenamiento se adhiere a la concepción según la cual el matri-

---

<sup>58</sup> D.48.18.1.23.

<sup>59</sup> Véase sobre el tema en general: **Código Civil de Venezuela, Artículos 184 al 185-A**. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1998 (actualización del tomo: María C. Domínguez G.); Domínguez Guillén, María Candelaria: “El divorcio en Venezuela”. En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año IV, N° 11. La Ley, Argentina, 2012, pp. 81-123; Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de Derecho de Familia**. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 20. Caracas, 2008, pp. 145-212; López Herrera, Francisco: **Derecho de Familia**. T. II. 2ª, Universidad Católica Andrés Bello – Banco Exterior. Caracas, 2006, pp. 165 y ss.; Grisanti Aveledo de Luigi, Isabel: **Lecciones de Derecho de Familia**. 5ª, Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1991, pp. 279 y ss.; Sojo Bianco, Raúl: **Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones**. Edit. Mobil Libros. Caracas, 1990, pp. 171 y ss.; Bocaranda Espinoza, Juan José: **Guía Informática Derecho de Familia**. T. I. Tipografía Principios. Caracas, 1994, pp. 589 y ss.; D’ Jesús, Antonio: **Lecciones de Derecho de Familia**. Paredes Editores. Caracas, 1991, pp. 74 y ss.; Viso, Luis René: **Derecho de Familia**. Impresora Petrolandia. Cabi-mas, 1985, pp. 131 y ss.; Rodríguez, Luis Alberto: **Comentarios sobre el Derecho de Familia**. Librosca, Colección Hammurabi N° 5. Caracas, 2006, pp. 297 y ss.; Rodríguez, Luis Alberto: **Comentarios al Código Civil Venezolano: el divorcio**. 2ª, Librosca, Colección Hammurabi N° 3, Caracas, 2003; Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: **Dere-**

monio constituye una institución de orden público<sup>61</sup> y por tal debe preservarse, por lo que su extinción por divorcio acontece estrictamente bajo los supuestos taxativamente previstos por el Legislador. Éste ha dispuesto dos formas de divorcio, a saber, no contencioso o de jurisdicción voluntaria y por contrapartida el contencioso o contradictorio. Este último tiene lugar por las causales taxativamente indicadas en el artículo 185 del Código Civil, siendo que la primera, viene dada por el “adulterio”. También configura causal de “separación de cuerpos contenciosa” de conformidad en el artículo 189 *eiusdem*, aunque la incidencia de este último ciertamente es menor que el divorcio ya

---

**cho de Familia.** Universidad del Zulia, Ediciones del Vicerrectorado Académico. Venezuela, 2010, pp. 379 y ss.; González Fernández, Arquímedes: **Matrimonio y Divorcio.** Ediciones Liber. Caracas, 2003; Perera Planas, Nerio: **Causas de divorcio.** Ediciones Magón. Caracas, 1972; Espinoza Melet, Manuel Antonio: **El divorcio y sus nuevas tendencias en Venezuela.** Trabajo especial de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, noviembre 2008. (Tutora: María Cristina Parra); Núñez Alcántara, Edgar: **Normas procesales sobre el divorcio y la separación de cuerpos en el nuevo Código de Procedimiento Civil de 1987.** Vadell Hermanos, Colección Movimiento Humberto Cuenca N° 2. Valencia, 1987; Hernández Bretón, Eugenio: “Jurisdicción en materia de divorcio en la Ley de Derecho Internacional Privado”. En: *Revista de Derecho.* N° 1. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2000, pp. 249-258, Madrid M., Claudia C.: “Eficacia Extra Exequátur de las resoluciones de nulidad, separación de cuerpos y divorcio en Venezuela”. En: **Estudios de Derecho Procesal Civil Libro Homenaje a Humberto Cuenca.** Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 6. Caracas, 2002, pp. 499-517; Mizrahi, Mauricio Luis: **Familia, Matrimonio y divorcio.** Edit. Astrea. Buenos Aires, 1998; Monroy Cabra, Marco Gerardo: **Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia.** Edit. Temis. Bogotá, 1979.

<sup>60</sup> Que incluiría la del Juez de paz o comunal. Véase. Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.913 de 02-05-12), su artículo 8 ord. 8 señala que el Juez comunal si no existen menores es competente para “Declarar sin procedimiento previo y en presencia de la pareja, el divorcio o la disolución de las uniones estables de hecho cuando sea por mutuo consentimiento”...

<sup>61</sup> Por lo que no aplica la autonomía de la voluntad o más precisamente la voluntad sólo entra en juego cuando la ley así lo dispone, como es el caso del divorcio no contencioso. Véase: De Freitas De Gouveia, Edilia: “La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural”. En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.* N° 1. Caracas, 2013, p. 117, nota 232, y pp. 124 y 125.

que el interesado prefiera acudir directamente a éste. En Venezuela el matrimonio sólo se extingue por muerte o divorcio (Código Civil artículo 184)<sup>62</sup>, pues la “ausencia” no extingue el vínculo aunque, a nuestro criterio, puede subsumirse en la causal de abandono<sup>63</sup>. El divorcio supone a diferencia de la nulidad un matrimonio válido. De allí que configura una causa sobrevenida de disolución de un matrimonio válidamente contraído<sup>64</sup>.

## 2.2. Adulterio<sup>65</sup>

### 2.2.1. Noción y requisitos

El adulterio se define jurídicamente<sup>66</sup> como la unión carnal o sexual entre un hombre y una mujer que no son cónyuges entre sí, siendo que al menos uno

<sup>62</sup> La nulidad ya sea absoluta o relativa, no la ubicamos dentro de las causas de extinción del matrimonio, porque la figura pretende privar de validez o borrar del mundo jurídico el vínculo matrimonial en razón del incumplimiento de algunos de los requisitos de ley. Por lo que la extinción (ya sea por muerte o divorcio) supone un matrimonio válido, en tanto que la nulidad supone la declaración formal de que dicho vínculo no llegó a constituirse válidamente. Por ello algunos la ubican dentro de las causas de perturbación del matrimonio además del divorcio y la separación de cuerpos. Véase: Peñaranda Quintero: ob. cit., p. 379, refiere que algunos autores incluyen la nulidad dentro de las causas de perturbación del matrimonio aunque de operar la nulidad se considera como que nunca existió; D Jesús: ob. cit., p. 77; Domínguez Guilén: **Manual...**, p. 150.

<sup>63</sup> Véase nuestro trabajo: **El procedimiento de ausencia**. Trabajo presentado para optar al escalafón de profesora “Titular” ante la Universidad Central de Venezuela. Caracas, julio 2012 (defendido el 24-10-12). En cambio véase: Serrano Alonso, Eduardo: **Manual de Derecho de Familia**. Edisofer. Madrid, 2007, p. 105, en el ordenamiento español el matrimonio se extingue por muerte, divorcio y declaración de fallecimiento; Albaladejo, Manuel: **Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia**. T. IV. 11<sup>a</sup>, Edisofer. Madrid, 2008, pp. 76 y 77.

<sup>64</sup> Albaladejo: ob. cit., p. 78.

<sup>65</sup> Véase: Carrillo Artilles, Carlos Luis: “El adulterio como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica al erróneo tratamiento jurisprudencial y doctrinal”. En: **Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley**. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, 2004, pp. 327-352 (también en: [www.carrilloartilles.net/wp-content/uploads/2012/02/Adulterio.pdf](http://www.carrilloartilles.net/wp-content/uploads/2012/02/Adulterio.pdf)); Riquezas Contreras: ob. cit., (*in totum*); López, Nemecio A.: **El adulterio en sus efectos penales y civiles**. Imprenta Bolívar. Caracas, 1925; Sarmiento

de ellos está casado<sup>67</sup>. Constituye una unión sexual ilegítima que se configura con un solo acto sexual fuera del matrimonio sea ocasional o permanente<sup>68</sup>.

---

Polo, Juliana y Eusebio Andrés Carbo: **Las relaciones sexuales extramaritales y sus efectos en la legislación civil**. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, 1991; López Herrera: ob. cit., pp. 188-190; D' Jesús: ob. cit., pp. 80 y 81; Sojo Bianco: ob. cit., p. 174; Bocaranda Espinoza: ob. cit., pp. 605-611; Grisanti Aveledo: ob. cit., pp. 289 y 290; Rodríguez: **Comentarios sobre el Derecho de Familia...**, pp. 300 y 301; González Fernández: ob. cit., p. 37; Peñaranda Quintero: ob. cit., pp. 387-393; Mazuera Arias, Rina: **La separación conyugal en el Derecho venezolano y español**. Librería y Galería Sin Límite. San Cristóbal, 2009, pp. 112-128; Juárez, John: **Adulterio como causal de divorcio**. <http://www.monografias.com/trabajos29/adulterio/adulterio.shtml>.

<sup>66</sup> Véase: Uriarte, Jorge Alcides: “Adulterio”. En: **Enciclopedia de Derecho de Familia**. T. I (A-Div). Editorial Universidad. Buenos Aires, 1991, p. 168, una acepción ordinaria de la voz *adulterium* significa de manera figurada viciar o falsificar una cosa, mientras que en el lenguaje jurídico siempre importó una ofensa a la fe conyugal.

<sup>67</sup> Véase respecto a la noción: Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Amazonas, Sent. 12-02-10, Exp. 5.452, <http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/febrero/40-12-5.452-5.452.html>; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 19-01-05, Exp. KP02-F-2003-000549, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/enero/653-19-KP02-F-2003-549-.html>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 14-03-12, Exp. KP02-F-2009-000545, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2012/marzo/651-14-KP02-F-2009-545-.html>: “el adulterio es la relación sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 30-06-10, Exp. F06-4228, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/junio/2117-30-AH12-F-2006-000004-.html>: “Ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge...”; Juez Unipersonal N° 1, de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 28-02-11, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/521-28-16837-126.html>: “es la relación sexual, de un cónyuge con una persona distinta a su cónyuge. Según la Doctrina es la violación más grave del deber de fidelidad conyugal. De igual forma la doctrina también ha definido el adulterio como la unión sexual o ayuntamiento carnal entre un hombre y una mujer siendo uno de ellos, o ambos, casados”.

<sup>68</sup> Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A.: **Manual de Derecho de Familia**. 3ª, Astrea. Argentina, 1992, p. 344, es la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge.

Y representa la máxima violación al deber de fidelidad conyugal, siendo precisamente el divorcio por adulterio la sanción a su incumplimiento en el ámbito matrimonial<sup>69</sup>. Aunque se aclara que el incumplimiento de la fidelidad no comprende necesariamente adulterio pues aquella es más amplia<sup>70</sup>, y podrá ser subsumido en la causal de injuria. Por lo que la causal bajo análisis queda reducida a un supuesto concreto de infidelidad: el de la realización efectiva del acto sexual.

De la referida noción se extraen sus requisitos<sup>71</sup>:

a. La realización del acto sexual o cópula. Para que se configure el adulterio se precisa la realización del acto sexual. Por tal se ha interpretado que los actos previos o distintos propiamente a la relación sexual, no constituyen adulterio y deben ser reconducidos por la causal de injuria<sup>72</sup>, la cual se traduce en una ofensa a la dignidad del cónyuge. Algunos señalan que siguiendo la orientación en materia penal el sexo oral o anal debería configurar adulterio<sup>73</sup>, a lo que vale observar que a todo evento este último –no obstante la dificultad– de su prueba bien podría considerarse porque sería inmoral que ante la prueba evidente de la realización del acto o de la penetración se pretenda desvirtuar la acción con base a dicho argumento.

b. Supone la unión sexual entre un hombre y una mujer. La relación heterosexual es componente necesario del concepto de adulterio, por lo que se

<sup>69</sup> Véase: Belluscio, Augusto César: **Manual de Derecho de Familia**. T. I. 7ª, Edit. Astrea. Buenos Aires, 2002, p. 388.

<sup>70</sup> Mazuera Arias: ob. cit., p. 113.

<sup>71</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua. Maracay, Sent. 09-01-07, Exp. 43.859-04, <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/221-9-43859-.html>; Domínguez Guillén, María Candelaria: **Diccionario de Derecho Civil**. Panapo. Caracas, 2009, p. 18.

<sup>72</sup> Véase sobre los hechos que configuran injuria: Domínguez Guillén: **Manual...**, p. 174, alguno de los cuales coincide con los referidos en: **Código Civil de Venezuela**: ob. cit., pp. 158 y ss.

<sup>73</sup> Véase en este sentido: Carrillo Artilles: ob. cit., pp. 338 y 339; Rodríguez: **Comentarios al...**, p. 79.

ha interpretado que la relación homosexual no configura técnicamente adulterio y al igual que en el caso anterior, debe ser reconducida por la causal de injuria<sup>74</sup>. No es correcto incluir toda violación a la fe conyugal en el concepto de adulterio ya que se precisa la unión sexual, sin perjuicio de que otras infidelidades queden comprendidas en la causal de injurias graves<sup>75</sup>. Así por ejemplo, se ha considerado que el adulterio no resulta probado por la circunstancia de que la mujer entre a un hotel con otro hombre distinto a su marido<sup>76</sup>, o comparta la casa de habitación con otro individuo o se realicen frecuentes llamadas telefónicas a otra persona<sup>77</sup>, pues

- <sup>74</sup> Véase: López Herrera: **Derecho de Familia**..., p. 189; Sojo Bianco: ob. cit., p. 174; Viso: ob. cit., p. 140; Rodríguez: **Comentarios al...**, p. 78, “las relaciones de uno de los cónyuges con una tercera persona de su mismo sexo, son actos de homosexualidad, en ningún caso adulterio, aun cuando desde luego, son constituyentes de la causal de injuria grave”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Sent. 09-01-07, Exp. 43.859-04, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/221-9-43859-.html>; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 01-12-03, Exp. 03-5179, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2003/diciembre/99-1-03-5179-.html>. En sentido contrario: Carrillo Artiles: ob. cit., p. 339.
- <sup>75</sup> Belluscio: ob. cit., pp. 442 y 443; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 01-12-03, citada *supra*, “De allí que lo que no logró demostrar la demandada reconviniente, es precisamente la materialización o consumación de la relación sexual de su consorte con la ciudadana[...] siendo que la demostración de este elemento real es necesaria, ya que no basta el simple *flirt* o la infidelidad moral, para hablar de adulterio, ya que debe forzosamente existir la realización del acto sexual mismo y a través de las documentales presentadas, las mismas no se relacionan en forma alguna para probar lo alegado por la parte promovente, referente al adulterio, así como tampoco arrojan las testimoniales, elementos de convicción que puedan demostrar lo reconvenido por la parte demandada. Y así se declara”.
- <sup>76</sup> Véase: **Jurisprudencia de los Tribunales de la República**, Vol. IV, T. II, Sent. 08-01-54, p. 94, no queda demostrado el adulterio de la mujer con la sola declaración de los testigos de haberla visto en actitud sospechosa entrando al dormitorio de un señor que no era su marido, pues el hecho íntimo del adulterio escapa a la percepción de sus sentidos.
- <sup>77</sup> Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 26-07-05, <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/128-26-1429-999.html>: “Por otra parte, no está probado el adulterio alegado, por cuanto, para quien esta causa decide, no basta

ello configuraría “injuria”<sup>78</sup>. También se señala a falta de la prueba directa del adulterio que hacer vida marital con otra persona<sup>79</sup>, dado el alejamiento del hogar común e incumplimiento de deberes conyugales configuraría la causal de “abandono”<sup>80</sup>.

---

que una persona se pasee por el jardín en ropa interior (que por lo demás, no fueron suficientemente descritas, toda vez que hasta un traje de baños puede ser catalogado como ropa interior), para que se repunte incumplido el derecho deber de fidelidad, o que permanezca dentro de la casa de habitación otra persona del sexo opuesto, por cuanto para que se declare con lugar el divorcio con base en la causal de adulterio, es necesario que se demuestre que hubo relaciones sexuales entre uno de los cónyuges y un tercero distinto a su pareja, lo que no ocurrió en el presente caso. No son tampoco demostraciones de la causal de adulterio las llamadas telefónicas que uno de los cónyuges pudo haberle hecho a otra persona, independientemente del número de veces que pudieron ocurrir, porque no hay forma de tener relaciones sexuales a distancia, telefónicamente. Cuando menos no es eso lo que tipifica el legislador como infidelidad; sin embargo, se trata de hechos que sí pueden ser considerados injuria grave que hacen imposible la vida en común”.

<sup>78</sup> Véase: **Jurisprudencia de los Tribunales de la República**, Vol. II, Sent. 14-05-52, pp. 57 y 58, la circunstancia de haber visto los testigos a la demandada besándose y acariciándose con un elemento distinto de su marido; entrar con ese elemento en lugares de dudosa reputación; haber manifestado la demandada que como su marido no podría darle un hijo a ella lo tendría como fuera, y la grave presunción que surge de los exámenes de laboratorio y declaraciones medicas examinadas, demuestran plenamente que la demandada ha venido observando una conducta no consona con su estado civil y gravemente ofensiva a la dignidad y honor de su marido, capaz de hacer imposible la vida en común, y que, por ende, la acción, con fundamento en la causal tercera, ha prosperado en derecho; **Jurisprudencia de los Tribunales de la República**, Vol. I, Sent. 14-06-51, p. 179, El hecho de vivir la demandada con sujeto distinto de su marido, así no esté plenamente probado que haga vida sexual con esa persona, unido a las manifestaciones de esa misma demandada en el sentido de que no quiere a su esposo sino a otro hombre, dan margen a suspicacias y comentarios que gravemente hieren el honor, buen hombre y reputación del demandante y que, consiguientemente, encajan dentro de la causal tercera del artículo 185 del Código Civil.

<sup>79</sup> Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 24-11-06, Exp. 9361-05, <http://trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2006/noviembre/1611-24-9361-05.html>: “considera este juzgador que en el caso de marras, no quedó suficientemente demostrado el adulterio alegado por la parte actora, toda vez que si bien es cierto los testigos promovidos en la presente causa señalaron en sus declaraciones, que la ciudadana



c. Se precisa el matrimonio de al menos uno. Por tal, no existe adulterio si la relación tiene lugar entre personas unidos por un vínculo concubinario, no obstante la equiparación de efectos que realiza el constituyente en su artículo 77.

d. La unión sexual debe haber operado en forma libre y espontánea. Quien haya realizado el acto sexual contra su voluntad o forzado a ello no queda incurso en adulterio. De allí que vale excepcionarse en caso de que no medie el libre consentimiento<sup>81</sup>.

La doctrina distingue respecto de tales requisitos la concurrencia de un elemento material representado por la cópula o acto sexual y otro elemento intencional que viene dado por el acto se ejecute voluntariamente<sup>82</sup>.

---

[...]hace vida marital con otro señor y que la misma tiene un hijo fuera de su matrimonio, no es menos cierto, que los mismos no señalan haber sorprendido a dicha ciudadana en plena realización del acto carnal, razón por la cual considera este juzgador, que al no haber prueba directa del adulterio alegado, tal causal de divorcio debe ser declarada sin lugar en la parte dispositiva del presente fallo”. Sin embargo, la decisión declara con lugar el divorcio con base en la causal 2ª del artículo 185 del Código Civil.

<sup>80</sup> Véase: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 15-11-04, Exp. 14.032, <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/1125-15-14.032-.html>; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Estado Lara, Sent. 19-01-05, Exp. KP02-F-2003-000549, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/enero/653-19-KP02-F-2003-549-.html>; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 18-04-05, Exp. 03528, <http://aragua.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/1024-18-3528-1.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 18-04-06, Exp. 05-6839-CF, <http://apure.tsj.gov.ve/decisiones/2006/abril/803-18-05-6839-CF-06-04-34.html>; Sala 4 del Despacho del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 31-05-05, Exp. 04652, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2005/mayo/524-31-4652-69.html>.

<sup>81</sup> Véase: López Herrera: **Derecho...**, p. 188 (violación, demencia e hipnosis); Sojo Bianco: ob. cit., p. 174; Grisanti: ob. cit., p. 289; Viso: ob. cit., p. 140.

<sup>82</sup> Véase: Grisanti Avelado: ob. cit., p. 289; Peñaranda Quintero: ob. cit., p. 389; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 19-01-05, Exp. KP02-F-2003-000549, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/enero/653-19-KP02-F-2003-549-.html>.

### 2.2.2. Tratamiento igualitario

El adulterio como causal de divorcio no lo consideró nuestro primer Código Civil de 1862 pero se introduce en el Código Civil de 1867 que indicaba en su artículo 83 numeral 1º: “El adulterio de la mujer en todo caso; y el del marido cuando resulte escándalo público ó menosprecio de la mujer”. Esto por inspiración del Proyecto de Código Civil para España de 1852, de Florencio García Goyena (artículo 76 numeral 1). Permanece en los textos siguientes entre la causales de divorcio *quoad thorum*, mientras que el divorcio vincular o *quoad vinculum* se introduce en el Código Civil de 1904<sup>83</sup>. Como dato histórico, se reseña que el adulterio era una antigua circunstancia de separación que se presentaba tanto por parte del hombre como de la mujer, pero que dependía más de la voluntad del primero<sup>84</sup>.

La reforma del Código Civil de 1982 pretendió fundamentalmente entre otros aspectos (como la igualdad de la filiación), la igualdad entre los cónyuges. Ello se proyectó en la causal bajo análisis toda vez que la norma anterior del Código Civil de 1942 establecía un tratamiento distinto entre hombre y mujer a los efectos del adulterio, pues indicaba: “El adulterio de la mujer, en todo caso, y el del marido, cuando mantenga concubina notoriamente, o cuando haya un concurso de circunstancias tales que constituya una injuria grave hacia la mujer”. La Reforma alude simplemente a “adulterio”, eliminando así tal odiosa y absurda distinción en el ámbito civil (a diferencia del penal), configurándose actualmente con una sola relación sexual fuera del matrimonio por parte de cualquiera de los cónyuges<sup>85</sup>, aunque no ha faltado quien siga

<sup>83</sup> Véase: **Código Civil de Venezuela**: ob. cit., pp. 51-57. Véase: ibíd., p. 52, Código Civil de 1904 artículo 160: “Transcurrido cinco años después de declarada la separación de cuerpos...”; en el Código Civil de 1942, artículo 185 ordinal 7º, transcurso de dos años y en el Código Civil de 1982 se reduce a un año.

<sup>84</sup> Véase: De Rogatis, Antonietta: **Separación matrimonial y su proceso en la época colonial**. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia N° 257, Fuentes para la historia colonial de Venezuela. Caracas, 2004, p. 65.

<sup>85</sup> Véase: Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo G.: **Manual de Derecho de Familia**. LexisNexis. Argentina, 2004, p. 136.

considerando que no tiene la misma connotación el adulterio masculino que el femenino porque éste puede incorporar un hijo de otro hombre al hogar<sup>86</sup>, posición que salió a relucir en la Comisión Codificadora Nacional de 1937<sup>87</sup>, aunque algunos no lo consideraron razón suficiente y abogaron por el trato igualitario<sup>88</sup>, el cual fue ratificado en los debates del Código Civil de 1942 al

<sup>86</sup> Véase: Torres-Rivero, Arturo Luis: **Mis Comentarios y Reparos a la Reforma del Código Civil en 1982**. Vol. II, parte segunda. Imprenta Universitaria, Caracas, 1987, p. 25, “Sin desmedro de lo ético de la causal ‘El adulterio’ hoy vigente, en nuestra opinión ella (basta un hecho aislado de adulterio, único, aun fugaz, meteórico, desaparecido) es inconveniente –por no decir perjudicial–, puesto que facilita más, incentiva, estimula, la acción de divorcio o de separación de cuerpos por adulterio a incoar por la mujer, en muchas situaciones excesivamente impulsiva por demasiado celosa, lo que provocaría constantemente disolución o destrucción del matrimonio, máxime si se tiene en cuenta que en un medio como el venezolano el hombre incurre con frecuencia en conductas, más pasajeras, instantáneas, a manera de pecados veniales, sin ánimo de agraviar a la familia, ni de acabar con el matrimonio, y sólo con viso de liberalidades o libertades resultado de situaciones a veces hasta no queridas sino encontradas y que no trascienden o repercuten porque no dejan huellas o no pueden dejarla (a diferencia del adulterio de la mujer, el cual se puede manifestar en consecuencia seria, grave, en la prole matrimonial”. Véase sin embargo el artículo 216 del Código Civil: “El hijo nacido fuera del matrimonio, una vez reconocido no puede llevarse a la residencia familiar sin el consentimiento del otro cónyuge”.

<sup>87</sup> Véase: **Código Civil de Venezuela**: ob. cit., p. 69, “se suscitó un largo debate sobre este punto, hasta que la mayoría, a proposición del doctor Arismendi, se pronunció por la redacción del Código Civil vigente, y ello por considerar que socialmente hay una gran diferencia entre el adulterio del marido y el de la mujer y también porque son mucho más graves las consecuencias, en el orden familiar y económico, del adulterio de la mujer” (B.C.C.N. N° 6, julio de 1937, pp. 61 y 62).

<sup>88</sup> Véase: **Código Civil de Venezuela**: ob. cit., p. 57, El doctor Urbaneja, más tarde, en su ponencia presentada en la Comisión de 1937, es de la opinión “que tanto el adulterio del marido como el de la mujer, sean causa de divorcio”. Este criterio no privó en el seno de la Comisión, pues la mayoría, a proposición del doctor Arismendi, se pronunció por la redacción que traía el Código de 1922, con voto salvado de los doctores Pérez Alfonso y López Gallegos. Véase: *ibíd.*, p. 68, indicó Alejandro Urbaneja Achelpohl: “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, el cual considera el adulterio de la mujer causa de divorcio en todo caso, y del marido, restrictivamente, en las determinadas circunstancias que señala. Ello es contrario a las nuevas enseñanzas del Derecho Civil; en uno y otro caso, hay violación al deber de

ser calificado para algunos como “irritante injusticia”<sup>89</sup>, y finalmente en los debates parlamentarios de la Reforma del Código Civil de 1982 se optó por eliminar definitivamente tal discriminación<sup>90</sup>. Siendo que paradójicamente esta última subsiste en el ámbito penal respecto del adulterio como delito<sup>91</sup>,

---

fidelidad que ha de haber entre los cónyuges. Es verdad, que en el caso de adulterio de la mujer, pueden ocurrir consecuencias económicas perjudiciales de mayor gravedad para los herederos legítimos, que en el caso de adulterio del marido; pero este aspecto de la cuestión mal puede justificar la falta del marido por adulterio en los demás casos que no concurren las determinadas circunstancias que la actual causal 1ª, ya referida” (B.C.C.N. N° 6, julio de 1937, pp. 22 y 23). Véase: *ibíd.*, p. 70, no creen los autores del voto salvado que las leyes puedan influir sobre las costumbres de los hombres de una manera decisiva y menos aún sobre aquellas que están sometidas a un determinismo biológico tan patente como en el caso que nos ocupa. Pero opinan que el hecho del adulterio puede ser igualmente grave, cuando se cometa por el hombre o por la mujer, en lo que respecta a sus relaciones matrimoniales, debiendo ser considerado sin distinción como causa de divorcio” (B.C.C.N. Nos. 7 y 8, agosto-septiembre de 1937, pp. 3-12).

<sup>89</sup> Véase: **Código Civil de Venezuela**: ob. cit., p. 92 (Resumen del acta de la sesión especial matutina del día 17 de junio de 1942 de la Cámara del Senado).

<sup>90</sup> Véase: **Código Civil de Venezuela**: ob. cit., p. 105, elimina definitivamente esa situación discriminatoria (intervención del diputado Lino Pérez Loyo en la sesión del día 8 de diciembre de 1981 en la Cámara de Diputados).

<sup>91</sup> Véase: Código Penal del 2005, artículo 394 y 395; Grisanti Aveledo, Hernando: “Delitos contra el buen orden de la familia”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. N° 43. Caracas, 1991, pp. 193-213 (en especial pp. 200 y ss.), [www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/.../UCAB\\_1991\\_43\\_213-193.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/.../UCAB_1991_43_213-193.pdf). En opinión del autor debe conservarse el carácter delictivo del adulterio porque implica una gravísima lesión a la fidelidad conyugal ya que siempre será preferible el mal del divorcio al del adulterio ya que desde 1904 existe el divorcio vincular (*ibíd.*, p. 200). Es un delito instantáneo que se consuma con el acto sexual en el caso de la mujer y permanente en el caso del hombre; “No comete adulterio el marido que tiene un acto sexual aislado con otra mujer”, pues la norma alude al marido que mantenga concubina (*ibíd.*, p. 201). Consultamos también la opinión de José Luis Tamayo Rodríguez quien en fecha 12-03-13 nos manifestó que efectivamente los artículos 394 y 395 del Código Penal “siguen vigentes”, pues lo que fue objeto de nulidad en 1980 por la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia fue el artículo 421 del Código Penal referido al *uxoricidio* por adulterio, nulidad que reconfirmó la sentencia N° 728 del 05-04-06 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Véase sobre ésta: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/728-050406-06-0189.htm>:

no obstante su escasa incidencia<sup>92</sup>. Aunque inclusive en este ámbito se discute la posibilidad de despenalizarlo<sup>93</sup>.

Pero en materia de divorcio, tales discusiones asociadas al género han sido superadas aunque sea formalmente por la citada Reforma del Código Civil, amén de la norma de carácter constitucional (artículo 21, numeral 1º) que prohíbe las discriminaciones fundadas entre otras cosas por el género. Por lo que cualquier norma subsistente en sentido semejante, presenta vicios de inconstitucionalidad.

---

“PRIMERO: NULO el artículo 421 del Código Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario, del 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 5 de marzo de 1980, por ser REEDICIÓN del artículo 423 del Código Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964”.

<sup>92</sup> Véase sin embargo: TSJ. SCP, Sent. N° 273 del 04-06-09, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/Junio/273-4609-2009-C09-184.html>; Sala Uno de la Corte Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 26-07-11, Exp. 2664, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2011/julio/1722-26-2664-.html>; <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/574-19-10U-52-03-29-04.html> (dato incompleto en la web: “no quedó demostrado plenamente el hecho de la consumación del acto carnal entre la pareja cuestionada”); de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira, Sent. 20-02-09, Exp. 1-Aa-3702-09, <http://tachira.tsj.gov.ve/decisiones/2009/febrero/1326-20-Aa-3702-.html>.

<sup>93</sup> Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil del Tránsito del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 06-03-03, Exp. 3193, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2003/marzo/163-6-3193-.html>, el tribunal civil declara con lugar el divorcio por la causal de adulterio pero agrega: “No obstante a lo anteriormente declarado, este Tribunal, en interés exclusivo del niño [...] exhorta al padre a no intentar acción criminal contra la madre, que sólo afectará, hoy y mañana, por las secuelas que el juicio penal conlleva, tan sólo por las intenciones de llevarla a juicio, tal como lo ha expresado su abogado como único interés procesal para apelar; y por otro lado, se trata de un delito que, hoy por hoy, existe la tendencia a despenalizarlo, sobre todo cuando la Constitución nacional, en su artículo 77, reconoce el concubinato, claro está, dentro de los límites legales; y existen medidas cautelares previstas en el Código Orgánico Procesal Penal, que pueden otorgarse al sujeto activo del mismo; aun cuando, existen hoy en día personas partidarias de la vigencia del delito y sobre cuya opinión no adelantamos valoración, entre ellas la autora Dra. Violeta González Organero”.

### 2.2.3. Prueba<sup>94</sup>

Si el adulterio es la unión carnal entre un hombre y una mujer cuando al menos uno de ellos está unido en matrimonio, y además de causal de divorcio, se configura como delito penal, se ha sido muy riguroso o exigente con su prueba, pretendiéndose generalmente la prueba directa, la cual para algunos es prácticamente imposible. Ello fue referido en los respectivos debates parlamentarios señalando que ya que generalmente se subsumía el hecho en la causal genérica de injuria era conveniente la eliminación de la causal específica de adulterio; pero ésta se mantuvo quizás como “una salvaguarda más bien para la formación del hogar” pues se dijo que si se elimina “podría ocasionar cierto relajamiento por mala interpretación en la colectividad conyugal”<sup>95</sup>.

La dificultad en la prueba constituye uno de los aspectos principales de la causal<sup>96</sup>. Al margen de alguna decisión aislada<sup>97</sup>, en atención a la propia definición de adulterio será de prueba directa casi imposible<sup>98</sup>, algunos descartan

<sup>94</sup> Véase: Riquezes Contreras: ob. cit., pp. 161 y ss.; Carrillo Artilles: ob. cit., pp. 340-343; López Herrera: ob. cit., p. 190; Sojo Bianco: ob. cit., p. 174, la demostración precisa de que se han tenido relaciones carnales; Peñaranda Quintero: ob. cit., pp. 391 y 392; Mazuera Arias: ob. cit., pp. 121-128.

<sup>95</sup> Véase: **Código Civil de Venezuela**: ob. cit., p. 105 (intervención del diputado Virgilio Torrealba Silva).

<sup>96</sup> Uriarte: ob. cit., p. 174.

<sup>97</sup> Que declara con lugar el divorcio por tal causal con base en la declaración de un testigo. Véase: Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 04-05-06, Exp. 7017, <http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/1432-4-7017-06-.html>.

<sup>98</sup> Véase: De Ibarrola, Antonio: **Derecho de Familia**. Editorial Porrúa S.A. México, 1984, p. 342, para la comprobación del adulterio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta; López Herrera: ob. cit., p. 190, puede decirse que la prueba directa del adulterio es casi imposible, podría resultar de la cosa juzgada penal o civil o como la declaración con lugar de la acción de desconocimiento de la paternidad, más raro sería que los adúlteros fueren descubiertos “aunque ha habido casos”; Grisanti Avelledo de Luigi: ob. cit., p. 290; Bocaranda Espinoza, ob. cit., pp. 610 y 611; con inclusión de la nota al pie N° 18, en la que indica que “con frecuencia nuestros tribunales desechan demandas de divorcio fundadas en la causal de adulterio, en base a que las pruebas aportada no constituyen pre-

inclusive la prueba testimonial<sup>99</sup>, porque en esencia supondría la captación *in fraganti* en el acto<sup>100</sup>.

---

sunciones suficientemente graves de la unión carnal extramatrimonial de alguno de los cónyuges” y cita ejemplos al respecto; Mazuera Arias: ob. cit., p. 121, teóricamente es fácil habla de adulterio pero no es sencillo probarlo; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 30-06-10, Exp. F06-4228 <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/junio/2117-30-AH12-F-2006-000004-.html>, “...para que se produzca adulterio debe probarse una relación carnal en cabeza de cualquiera de los cónyuges, lo cual en el presente caso no quedó demostrado”.

<sup>99</sup> Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 21-02-11, Exp. KP02-F-2009-000556, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/652-21-KP02-F-2009-000556-.html>, “las pruebas traídas al proceso no demostraron fehacientemente el hecho del adulterio siendo que con testimonios referenciales sobre una supuesta infidelidad afirmada por una parte, no son suficientes para probar específicamente la cópula carnal...”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 21-01-11, Exp. 09-9272-CF, <http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2011/enero/803-21-09-9272-CF-11-01-07-.html>, “El adulterio debe ser apreciado por el juez de un conjunto de elementos de juicio que induzcan a evidenciar como cierta tal situación irregular. La doctrina y jurisprudencia nacional no acepta como sola y única prueba la testimonial sobre estados de vida extramatrimonial, sino que deben aportarse al proceso un conjunto de datos que integren una plena prueba del hecho alegado”; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, Sent. 09-12-04, <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2004/diciembre/390-9-16.040-.html>, “Esta causal es definida en la doctrina como la relación sexual que mantiene la mujer, o el hombre casado, en su caso, con persona diferente a su cónyuge. Conforme al criterio del autor Nerio Perera Planas expuesto en su obra *Causas de Divorcio* (p. 97 y ss.), para la configuración de esta causal es preciso que se den dos elementos, uno material, que son los hechos que lleven a la convicción del Juzgador, la evidencia de que los actos configurativos del adulterio se cometieron efectivamente mediante la práctica del acto sexual, se estaban cometiendo o se iban a cometer; y un elemento de carácter subjetivo, en el sentido de que los hechos que constituyen la causal son queridos por el cónyuge en falta, con conocimiento de su parte de que esos hechos configuran una violación al deber conyugal de fidelidad. Ahora bien, siendo que esta causal la constituye hechos concretos, su demostración no podrá efectuarse sino mediante la prueba testimonial y como quiera que la prueba de esa índole fue desechada, hay que concluir en que la causal en comento no ha sido probada en autos y así se decide”.

<sup>100</sup> Véase: D Jesús: ob. cit., pp. 80 y 81, “La prueba del adulterio, su dificultad en la realidad. La causa de esa dificultad. Todos los medios probatorios están a la disposición

Otros proponen la aceptación de la prueba indirecta que permitiría llegar a la figura mediante ciertos hechos que permitan concluir al Juez que el acto se dio. Pero, tal vez, la gravedad implícita en su consecuencia con matiz penal, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a reconducir conductas cercanas por la causal de *injuria* toda vez que es perfectamente posible que no se haya concretado el acto sexual, pero que los preliminares constituyen por sí solos un ofensa a la dignidad del cónyuge. Sin embargo, el reconocimiento del hijo extramatrimonial sí ha sido admitido por la jurisprudencia dominante como prueba del adulterio<sup>101</sup>, así como parte de la doctrina<sup>102</sup>, porque lo contrario lle-

---

de los cónyuges o de uno de los cónyuges para que en el juicio, prueba el adulterio. Pero la interpretación de los textos legales hace que los jueces pongan a las partes en el juego del acto sexual. Lo único que le interesa al Juez es que el marido o la mujer hayan sido sorprendidos *infraganti* en el acto sexual. Si esto no se desprende de las pruebas promovidas y evacuadas en el proceso, el adulterio no existe. La sospecha, las pruebas indirectas o cualquiera otro indicio no valen por sí solos en materia de adulterio”; Rodríguez, Manuel Alfredo: **Divorcio por adulterio**. El Universal, [http://www.eluniversal.com/2008/07/22/opi\\_art\\_divorcio-por-adulter\\_949235.shtml](http://www.eluniversal.com/2008/07/22/opi_art_divorcio-por-adulter_949235.shtml) y <http://www.eluniversal.com/2011/09/22/divorcio-por-adulterio.shtml>, “demostrar el adulterio en nuestro país, a pesar de existir la prueba libre, es de probabilidad muy baja. No obstante, al juez se le permite hacer uso de las presunciones para dejar constancia del adulterio. Apreciará los hechos ‘graves, precisos y concordantes’ (Art. 1399 del Código Civil) que conduzcan a su convicción respecto a la comisión del adulterio. Pero, según la *praxis* profesional, los tribunales desechan los juicios de divorcio apoyados en esta causal al argüir que las pruebas no reflejan presunciones sobre ‘unión carnal no marital’”.

<sup>101</sup> Véase entre otras indicadas *infra*: Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 06-05-11, Exp. VI21-V-2010-000470, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/2435-6-VI21-V-2010-000470-050-11.html>, “Puede resultar, sin embargo, de la cosa juzgada penal o civil o, también, del reconocimiento, por una persona casada, de su hijo producto de una relación adulterina, y debe admitirse esto, al menos como un indicio” (en el mismo sentido y citada *infra*: Juez Unipersonal N° 1, de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 28-02-11, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/521-28-16837-126.html>, “por cuanto la partida de nacimiento de la niña[...] constituye plena prueba para comprobar la causal de adulterio...”); Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Cojedes, Sent. 08-05-09, Exp. HP11-V-2008-000065, <http://cojedes.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/2301-8-HP11-V-2008-000065-PJ0072009000032.html>; Sala de



varía al absurdo de considerar que quien reconoce un hijo no tuvo relaciones sexuales, y que fue producto de la reproducción asistida<sup>103</sup>. Consideración esta última que ha sido referida irónicamente por algunas decisiones judiciales<sup>104</sup>.

---

Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 05-12-07, Exp. 14981, <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2007/diciembre/1024-5-14981-1.html>, "...admite la existencia de sus dos hijas procreadas de relaciones extramatrimoniales[...] La adolescente y la niña antes identificadas, manifestaron al Tribunal que están de acuerdo en que su papá y su mamá se divorcien porque existen muchas diferencias entre ellos, su papá es muy peleón, además que tiene otros hijos fuera del matrimonio[...] Queda comprobado de este modo el comportamiento ADULTERO asumido por el ciudadano..."; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, Maracay, Sent. 08-05-09, Exp. 45747-06, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/221-8-45747-.html>, "ese orden de ideas, en principio, pudiera afirmarse que en el caso que nos ocupa el adulterio está demostrado porque está demostrada la existencia de un hijo que tuvo su cónyuge con otro hombre tal y como lo configura el acta de nacimiento del niño".

<sup>102</sup> Véase: Grisanti Aveleido de Luigui: ob. cit., p. 290, tal reconocimiento debe admitirse "al menos como indicio, en la prueba del adulterio" (la autora agrega que constituye una causal perentoria lo que significa que por oposición a la causal facultativa, una vez comprobado el Juez debe declarar el divorcio); Domínguez Guillén: **Manual...**, pp. 157 y 158.

<sup>103</sup> Véase al efecto: Carrillo Artilles: ob. cit., p. 348, indica que el reconocimiento no implica coito dada la existencia de la inseminación artificial o la fertilización *in vitro*... por lo que "sería aberrante considerar que la única vía de concepción es el coito —aunque obviamente es la mas usual y con toda seguridad la más agradable—" y agrega que otra interpretación además va contra la esencia de la institución jurídica del reconocimiento que protege al reconocido.

<sup>104</sup> Véase: Tribunal Supremo de Justicia, SCS, Sent. N° 0005 del 01-02-06, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Febrero/0005-010206-041835.htm>, "Para arribar a tal conclusión, explicó la Superioridad, que para tener un hijo con alguna mujer, es necesario tener relaciones sexuales con ella, a menos que se pudiera argumentar que se concibió por inseminación artificial o, en otras dimensiones, lo cual no fue el caso. Por otra parte, también explicó el Juez *ad-quem*, que la referida partida de nacimiento en donde el propio cónyuge demandado declaró ante funcionario competente ser el padre del niño, es un documento público que produce fe hasta prueba en contrario, o hasta tanto sea tachado de falso", (en el mismo sentido: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 06-05-11, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/513-6-56.619-401.html>); Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito,

Pero tampoco en tal opción es pacífica la doctrina<sup>105</sup> así como la jurisprudencia<sup>106</sup>. Tal reconocimiento extramatrimonial para algunos constituye injuria<sup>107</sup> pero ante la estéril discusión de la distinción no está de más plantearlo conjunta-

---

Marítimo y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 30-06-11, Exp. 7061-10, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/junio/1242-30-7061-10-.html>, “el adulterio en el presente proceso, está demostrado por los siguientes elementos indiciarios: 1) Por el acta de nacimiento de la niña donde la reconoce como hija de él...”; Juez Unipersonal N° 1, de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-01-11, Exp. 14666, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/enero/521-18-14666-21.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, Sent. 21-01-11, Exp. 09-9272-CF, <http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2011/enero/803-21-09-9272-CF-11-01-07..html>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 13-05-10, Exp. 28.459, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2010/mayo/101-13-28.459-.html>; Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Estado Falcón Juez Segundo, Sent. 18-08-04, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2004/agosto/346-18-8611-s-n.html>; **Jurisprudencia de los Tribunales de la República**, Vol. XIII, Sent. 11-03-65, p. 33, La presentación al Registro Civil por parte de la cónyuge de hijos habidos de uniones extramatrimoniales, es prueba suficiente del adulterio. Véase también: Mazuera Arias: ob. cit., p. 119, “al reconocer el hijo fuera del matrimonio se asume que existe la filiación”.

<sup>105</sup> Véase: Carrillo Artiles: ob. cit., pp. 348 y 349, el autor considera que el reconocimiento no implica coito dada la existencia de la fertilización *in vitro* y que tal reconocimiento no puede constituir prueba del adulterio porque pretende proteger al reconocido; *cf.* Bocaranda: ob. cit., p. 608.

<sup>106</sup> Véase: Tribunal Superior Cuarto del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Sent. 20-03-12, Exp. AP51-R-2012-002053, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2012/marzo/2457-20-AP51-R-2012-002053-PJ0592012000040.html> (la autora sigue el citado criterio descrito inmediatamente *supra* de Carrillo Artiles); Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Amazonas, Sent. 12-02-10, Exp. 5.452, <http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/febrero/40-12-5.452-5.452.html>, “La Parte Actora sin embargo, no describe los supuestos de hechos fácticos suficientes que hagan entender a este Tribunal, que en la vida práctica de la pareja se han dado actos de adulterio por parte del demandado, ya que el adulterio supone en principio la unión íntima carnal o el ayuntamiento, es decir, la relación del acto sexual, que supone en sentido estricto la penetración del pene u órgano sexual masculino en el órgano

mente por ambas causales<sup>108</sup>, toda vez que el actor no sabe *ab initio* si podrá probar en el curso del debate probatorio la unión carnal propiamente dicha o si el Juzgador es partidario de la tesis minoritaria según la cual ni siquiera el reconocimiento es prueba del adulterio. Dicho reconocimiento es característico en el caso de la filiación paterna (aunque en el hombre para que a su vez constituyera delito tendría que mediar una relación concubinaria)<sup>109</sup>; respecto de la mujer casada rige la presunción de paternidad, pero igualmente la declaración de ésta adjudicando la paternidad a un tercero distinto al cónyuge, al margen de su valor probatorio, y de la posibilidad sostenida por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en la sentencia 1443<sup>110</sup>, también ha sido

---

correspondiente de la mujer, ello significa que, al margen de la culminación de dicho acto, una vez acaecida tal penetración, se materializa el adulterio. Por lo que observa esta juzgadora que no existió la captación *in fraganti* de dicho acto sexual, lo cual constituiría una prueba *sine qua non* en la presente causa, ya que ni siquiera el reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial constituye una prueba del mismo”.

<sup>107</sup> Véase: **Jurisprudencia Ramírez & Garay**. T. 137, Sent. 21-02-96, p. 89.

<sup>108</sup> En efecto, ante las divergencias doctrinales y jurisprudenciales, a fin de no correr el riesgo de una declaratoria sin lugar según el criterio adoptado por el Juzgador, sería recomendable que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial sea referido conjuntamente como “adulterio” y como “injuria”, dada la posibilidad de “conurrencia” de diversas causales.

<sup>109</sup> Véase: Bocaranda: ob. cit., pp. 608 y 69, hemos de ratificar nuestra opinión en el sentido de que el padre que reconoce un hijo adulterino no necesariamente puede ser acusado del delito de adulterio, a menos de que la cónyuge estuviese en condiciones de comprobar que el hijo en cuestión fue procreado en circunstancias concubinarias. Porque el CC y el CP no coinciden en cuanto al concepto de adulterio por parte del marido.

<sup>110</sup> Véase: Tribunal Supremo de Justicia, SConst., Sent. N° 1443 del 14-08-08, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1443-140808-05-0062.htm>, “Es por estas razones, que no pueden los órganos administrativos abstenerse de registrar un acta de nacimiento solicitada por la madre de una filiación extramatrimonial, fundamentando la negativa en la presunción establecida en el artículo 201 del Código Civil, cuando exista concurrencias de voluntades de las partes involucradas, ya que la resolución de la controversia en virtud del conflicto surgido entre la paternidad biológica y la legal, dada la preeminencia que debe tener la identidad biológica sobre la identidad legal, todo ello de conformidad con lo expuesto en el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Véase crítica a dicha sentencia en: Varela Cáceres, Edison Lucio: “La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de de Justicia, en Sala Constitucional N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008”. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 134.

excepcionalmente admitida como configuración de la causal<sup>111</sup>. No obstante las circunstancias diversas que puedan darse en cada caso, la prueba indiciaria debe llevar al ánimo del Juez el conocimiento absoluto de las relaciones sexuales que se imputan<sup>112</sup>.

Y así siguiendo a la autora Grisanti, quien reproduce la siguiente decisión judicial: “La prueba del adulterio requiere la demostración de que el marido o la mujer, según el caso, ha tenido relaciones sexuales con persona diferente a su cónyuge. No es menester probar el elemento intencional, pues el acto humano debe considerarse voluntario hasta que se demuestre lo contrario. La demostra-

---

Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009, pp. 219-269. Véase también voto salvado de la sentencia que indica que la interpretación de la mayoría: “...introduce un elemento de desconcierto social que puede influir negativamente en el pacífico discurrir de las relaciones interfamiliares, creando innecesariamente conflictividad en el ámbito civil privado porque ninguna madre en su sano juicio se arriesgaría a estigmatizar socialmente a su hijo”. Véase aunque se trate de una norma sublegal y por ende no susceptible variar normas de carácter superior: artículo 34 de la Resolución N° 121220-0656, mediante la cual se resuelve dictar el Reglamento N° 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.093 de 18-01-13), “Cuando la declaración de nacimiento de niño, niña o adolescente sea realizada por el padre, y la madre se encuentra unida con vínculo matrimonial con persona distinta a quien está haciendo la presentación, el Registrador o Registradora Civil hará la inscripción con los datos indicados por los presentantes, quienes se atribuyen la cualidad de progenitores. En ese caso las personas que tengan un interés legítimo podrán intentar las acciones filiación correspondiente ante los Tribunales competentes”.

<sup>111</sup> Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil del Tránsito del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 06-03-03, Exp. 3.193, <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2003/marzo/163-6-3193-.html>; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 16-02-12, Exp. AH13-F-2008-000230, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2012/febrero/2118-16-AH13-F-2008-000230-.html>; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, Bancario y Constitucional de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 31-05-11, Exp. 11.334, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/1611-31-11334-09-.html>; Juez Unipersonal N° 1, de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 28-02-11, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/521-28-16837-126.html>.

ción del adulterio es difícil; su prueba directa, casi imposible. Puede resultar, sin embargo, de la cosa juzgada penal o civil o, también del reconocimiento, por una persona casada, de su hijo adulterino, lo que es posible, conforme al Código reformado y debe admitirse, al menos como indicio, en la prueba del adulterio”<sup>113</sup>. Por lo que efectivamente se distinguen dos criterios con relación a la prueba del adulterio, a saber, la prueba directa y la prueba indirecta que admite la posibilidad inclusive de indicios y presunciones<sup>114</sup>.

Por lo que algunos son más amplios en la aceptación de la prueba indirecta que lleve al ánimo del Juzgador el adulterio, según indica la siguiente decisión judicial: “Asimismo es importante destacar lo que establece el extracto de la doctrina donde el Autor Alberto Baumeister Toledo, haciendo una interpretación a una sentencia de la Cámara Civil, Sala D de la República Argentina, de fecha 15 de julio de 1971, establece cuando entra en el estudio de la prueba del adulterio lo siguiente: ‘...Inicialmente se había cuestionado si la misma podía ser acreditada por medio de presunciones, o si bien exigirse una prueba inequívoca que hiciera nacer la certeza moral de su existencia’. Ante lo cual se ha llegado al consenso jurisdiccional que, ‘siendo difícil la prueba directa del contacto carnal, la ley civil sólo requiere presunciones graves, precisas y concordantes que lleven el ánimo al Juez la convicción de su existencia. No obstante ante las circunstancias diversas que pueden darse en cada caso, la prueba indiciaria debe llevar al ánimo del magistrado el conocimiento absoluto de la existencia de las relaciones sexuales que se imputan’”. Asimismo, continúa indicando el autor: “Consideramos que también podría demostrarse por un género más extenso de fórmulas probatorias, ya sea mediante la consignación en el juicio civil de una sentencia definitivamente firme en el ámbito penal que declare la responsabilidad personal por la incursión del ilícito de adulterio por el artículo 396 o 397 del Código Penal; o por el dicho de testigos presenciales contestes administrados a grabaciones, videos, imágenes y (o)

<sup>112</sup> Uriarte: ob. cit., p. 174.

<sup>113</sup> Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 19-01-05, Exp. KP02-F-2003-000549, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/enero/653-19-KP02-F-2003-549-.html>.

<sup>114</sup> Véase: Peñaranda Quintero: ob. cit., pp. 392 y 393.

fotografías demostrativas de la relación sexual adulterina, que sean incorporadas al expediente en virtud de la libertad probatoria consagrada en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil Venezolano”<sup>115</sup>. Bocaranda Espinoza también se pronuncia por la posibilidad de la prueba del adulterio por vía de fotografías, presunciones entre las que cita siguiendo a Mendoza Troconis, besos y caricias, preludios amorosos, etc.<sup>116</sup> La prueba indirecta es aceptada por un sector de la doctrina que admite que de lo contrario no tendría sentido la existencia de la dicha causal<sup>117</sup>. Aunque reiteramos que la discusión pierde sentido cuando se admite el mismo resultado por vía de injuria grave, al mediar una ofensa a la dignidad del cónyuge, al margen de la concreción del acto sexual.

Por ello no ha faltado inclusive desde los debates parlamentarios de la Reforma del Código Civil de 1982 quien abogue por su derogatoria<sup>118</sup>, posición más recientemente sugerida en aras de lograr una suerte de sinceridad que han seguido legislaciones foráneas<sup>119</sup>. De allí que la causal de adulterio haya sido calificada de “ornamental” o de simple adorno, por lo que se abona a su desaparición, toda vez que los hechos que la originan podrían ser subsumidos en la causal de injuria grave<sup>120</sup>. Así lo previó el “Proyecto de Ley que regula

<sup>115</sup> Juez Unipersonal N° 1, de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 28-02-11, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2011/febrero/521-28-16837-126.html>.

<sup>116</sup> Véase: Bocaranda Espinoza: ob. cit., pp. 610 y 611.

<sup>117</sup> Véase: Riquezes Contreras: ob. cit., pp. 181 y ss. El autor se pasea por diversos medios de prueba de los que podrían derivar directa o indirectamente el adulterio.

<sup>118</sup> Véase: **Código Civil de Venezuela**: ob. cit., pp. 103 y 104, intervención del diputado German Lairé en la sesión del día 8 de diciembre de 1981 en la Cámara de Diputados, opina que dada la dificultad de su prueba se debe eliminar el adulterio como causal de divorcio (D.D.C.D. Tomo XI, Vol. II, julio-diciembre 1981, p. 1302).

<sup>119</sup> Véase en tal sentido en sus conclusiones: Riquezes Contreras: ob. cit., p. 215.

<sup>120</sup> Véase: Viso: ob. cit., p. 141, “La causal ha debido ser eliminada del Código, por cuanto es de difícil prueba y podría ser inmersa dentro de la injuria grave. Como dice Bocaranda ‘debido a la dificultad probatoria seguirá siendo una causal ornamental’”; Mendoza, José Rafael: **El derecho de Familia visto por un juez**. 3ª, Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1995, pp. 121 y 122, es obvia la dificultad de la prueba del adulterio por tratarse del acto más íntimo de la vida, de allí que sea preferible invocar ese conjunto de hechos sospechosos de adulterio como injuria grave, en previsión de que el Juez no considere probado el adulterio.

el Matrimonio y su disolución” de julio 1979 que acertadamente amplió las causales de divorcio<sup>121</sup> siguiendo la tendencia moderna de facilitar el divorcio<sup>122</sup>, pues es bien sabido que no hay poder jurídico que obligue a dos personas a permanecer juntas si una de éstas no lo desea<sup>123</sup>.

Visto que los hechos relacionados necesariamente con el adulterio bien pueden ser reconducidos por la causal de “injuria” y eventualmente “abandono” y dada la discusión doctrinaria a la cual puede adherirse la jurisprudencia, es recomendable a todo evento, subsumir tales hechos en ambas causales con la respectiva justificación para aumentar así las probabilidades de éxito para el

<sup>121</sup> Su artículo 165 no incluye al “adulterio” sino que su causal 1º indica: “la incompatibilidad de los cónyuges” y la 7º “disfunciones sexuales que perturben o impidan las relaciones entre la pareja” (**Código Civil de Venezuela**: ob. cit., p. 109). Véase también trabajo de Postgrado de Derecho Procesal (CEPUCV) en que dictamos la materia “Proceso de divorcio y concubinato” (2012-13): Alvins Q., Erick José: **La injuria y la imposibilidad de mantener la vida en común como causal única de divorcio en el artículo 185 del Código Civil venezolano**. Febrero, 2013, el autor plantea que siguiendo modernas tendencias foráneas (Francia) en una Reforma de las causales en Venezuela pudieran quedar reducidas a las dos genéricas que denota en su título, toda vez que las causales actuales comparten el hecho que son “causas que hacen imposible la vida en común”.

<sup>122</sup> Véase: Varela Cáceres, Edison Lucio: “El derecho de familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias”. En: *Revista de Derecho*. Nº 31. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2009, pp. 97-102.

<sup>123</sup> Domínguez Guillén: **Manual**..., p. 205, “sería recomendable de *lege ferenda*, ampliar opciones como la del 185-A del CC y darle mayor cabida a la voluntad como forma de disolución del vínculo matrimonial; dejar atrás la idea de la preservación del matrimonio a toda costa, y reconocer jurídicamente que hay materias donde la coacción jurídica no encuentra razón y una de ellas es precisamente en la preservación del vínculo matrimonial. El cónyuge que acude unilateralmente al órgano jurisdiccional para ser liberado de su estado mediante el divorcio y obtiene una sentencia sin lugar, seguramente no por ello cambiará su sentido y determinación. Existirá una unión que formalmente no fue declarada disuelta y sin embargo sustancialmente lo estará, con las perniciosas consecuencias que ello acarrea y el Derecho por sí solo no logrará subsanar, porque así como para casarse se precisa la concurrencia de voluntades, también la misma se requiere para mantener la vigencia real de tal unión. En tal estado cabe preguntarse sobre el sentido útil, humano y efectivo de la ley en dificultar la disolución del vínculo conyugal”.

actor, cualquiera que sea la posición que asuma el Juzgador. Toda vez que para el demandante lo importante será obtener una sentencia favorable que disuelva el vínculo matrimonial.

Finalmente, vale acotar que el adulterio podría generar la respectiva indemnización por daño moral como acontece respecto de otras causales y de la violación de otros deberes familiares en general como proyección de la responsabilidad civil en general<sup>124</sup>.

Por último, el adulterio puede constituirse en causa de indignidad para suceder (Código Civil, artículo 810, ord. 2º) aunque la generalidad de la doctrina con base al elemento gramatical y el carácter taxativo de las incapacidades sostiene que sólo abarca al tercero “adúltero con el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate” y no propiamente al cónyuge adúltero, criterio que hemos criticado pero que ciertamente excede del tema que nos ocupa<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> Véase: Henríquez Larrazabal, Luisa Andreina: **Fidelidad conyugal Respuestas del Derecho**. Luis Felipe Capriles Editor. Venezuela, 2011, pp. 311-342; Hernández-Bretón, Eugenio y Ojer, Uxua: “Reparación de daños en caso de divorcio”. En: **El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804**. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 553-572; Ferrer, Francisco: **Daños resarcibles en el divorcio**. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997. Véanse también nuestros trabajos: “Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del derecho de familia”. En: *Revista de Derecho*. Nº 32. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2010, pp. 33-72; “El daño en el Derecho Civil Extrapatrimonial. Con especial referencia al Derecho de Familia”. En: **IV Jornadas Anibal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange**. T. I. Salavarría, Ramos, Romeros y Asociados. Caracas, 2012, pp. 159-219, y “Notas sobre la responsabilidad civil en algunas instituciones del derecho de familia. En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año IV, Nº 2. La Ley. Argentina, 2012, pp. 50-71.

<sup>125</sup> Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: **Manual de Derecho Sucesorio**. Edit. Texto, Caracas, 2010, pp. 200-204.