



*Misión Permanente de la
República Bolivariana de Venezuela
ante la Oficina de las Naciones Unidas
y demás Organismos Internacionales
con sede en Ginebra*

II.2.S 20.D.ONU.1
N° 041

La Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, saluda atentamente a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la oportunidad de referirse a la comunicación de fecha 28 de noviembre de 2017, suscrita por la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y la práctica, donde se expresa las inquietudes de dicho Grupo de Trabajo sobre la presunta penalización del adulterio en Venezuela, en virtud de los artículos 396 y 397 del Código Penal del año 2000, así como la atenuación de la pena contemplada en el artículo 423 de dicho Instrumento legal.

Al respecto, la Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, tiene a bien remitir en anexo constante de noventa y seis (96) folios útiles que se acompaña con la presente, documento proporcionado por el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, contentivo de escrito de respuesta del Gobierno venezolano a los planteamientos contenidos en dicha comunicación.

La Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, agradece a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que esta información sea remitida al Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y la práctica.

La Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales queda a la entera disposición de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a los fines de dar ulteriores informaciones que pudieran surgir sobre estos particulares.

La Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, hace propicia la ocasión para reiterar a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las seguridades de su más alta estima y distinguida consideración.

A la
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos
Ginebra – Suiza

Anexo: Lo indicado.



Ginebra, 24 de enero de 2018.

Misión Permanente de la
República Bolivariana de Venezuela
ante la Oficina de las Naciones Unidas
y demás Organismos Internacionales
con sede en Ginebra

II.2.20.D.01.1
N° 041

La Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, en la oportunidad de su visita por la República Bolivariana de Venezuela, en el marco de la celebración del 2017, suscita por la discriminación contra la mujer en la legislación y la práctica, el Grupo de Trabajo sobre la Presencia Penal del Adulterio en Venezuela, en virtud de los artículos 397 del Código Penal del año 2000, así como la atención de la para contemplada en dicho instrumento legal.

La Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, tiene a bien remitir en el marco de la Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela, en el marco de la celebración del 2017, suscita por la discriminación contra la mujer en la legislación y la práctica, el Grupo de Trabajo sobre la Presencia Penal del Adulterio en Venezuela, en virtud de los artículos 397 del Código Penal del año 2000, así como la atención de la para contemplada en dicho instrumento legal.

La Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, agradece a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que esta información sea remitida al Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra la mujer en la legislación y la práctica.

La Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, agradece a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a los fines de dar ulteriores informaciones que pudieran surgir sobre estos particulares.

La Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales, hace propicia la ocasión para reiterar a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las seguridades de su más alta estima y distinguida consideración.

Ginebra, el 24 de febrero de 2017



En el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Ginebra - Suiza

Anexo: Lo indicado.

INFORMACIÓN RELACIONADA CON LA DENUNCIA DE LA SUPUESTA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN LA LEGISLACION VENEZOLANA Y EN LA PRÁCTICA: CASO DE LA PRESUNTA PENALIZACION DEL ADULTERIO EN VIRTUD DE LOS ARTICULOS 396 Y 397 DEL CODIGO PENAL DEL AÑO 2000.

1. Vista la información solicitada por la Presidente-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación de la mujer en la legislación y en la práctica, particularmente la penalización del adulterio en virtud del Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela, el Estado venezolano tiene a bien brindar la siguiente información sobre las situaciones de hecho y de derecho aplicables al presente asunto.
2. La tendencia doctrinal mayoritaria del Derecho de Familia en Venezuela al igual que en muchos países de la región, se orientó a mantener las viejas regulaciones en materia de relaciones familiares, exaltando los antiguos valores y esquemas de organización familiar como axiomas inexpugnables, a pesar que vinieron importados a nuestra legislación en el siglo XIX a través de los códigos civiles franceses e italianos que sirvieron de referencia y que distan mucho de los derechos humanos, así como de nuestras realidades, identidades y cosmovisiones.
3. Esto no impidió que en Venezuela durante el siglo XX se introdujeran reformas importantes en el Código Civil (1942 y 1982) para el reconocimiento de los derechos humanos de las personas, especialmente de las mujeres y niños, niñas y adolescentes, producto de movimientos sociales y políticos, fundamentalmente.
4. En ese sentido, una de las primeras decisiones en materia de nulidad de artículos que iban en contra del principio de no discriminación fue dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 5 de marzo de 1980, que declaró la nulidad del artículo 423 del Código Penal venezolano, cuyo texto es el siguiente: *“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.”*
5. Tal disposición, contrariaba el principio de igualdad y no discriminación que se encontraba establecido en la antigua Constitución Nacional de Venezuela del año 1961, vigente para el momento del anterior pronunciamiento y siendo base del mismo, el cual en su artículo 61 apuntaba: *“No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social”.*

6. Posteriormente, el Código Penal venezolano fue reformado en el año 2005, siendo publicado en Gaceta Oficial sin suprimir de su contenido el anulado artículo 423, el cual pasó a ser el artículo 421 en este Código reformado. En virtud de ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó en fecha 5 de abril de 2006 una sentencia ratificando la nulidad plena del antiguo 423 del Código Penal (año 2000) reeditado por error con el número 421 en la reforma del Código Penal del año 2005.¹ (Anexo 1)
7. Sin embargo es con el proceso constituyente de 1999 y la aprobación mediante referéndum de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que se avanza decididamente en un proceso de refundación de la sociedad y la construcción de un nuevo Estado, para cambiar radicalmente nuestros valores y formas de organización en lo social, político, económico, cultural y civil, incluyendo las relaciones en las familias.
8. Es así como la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 propugna la igualdad de las personas como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, cuando expone que se define la organización jurídico-política que adopta la Nación venezolana como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el Estado propugna el bienestar de todas las personas, creando las condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, y procurando la igualdad de oportunidades para que todas las personas puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad.
9. Por su parte el artículo 2 del texto constitucional preceptúa los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado y de su actuación, incluyendo entre ellos a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad individual y social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética pública y el pluralismo político.
10. En ese mismo orden, el artículo 3 constitucional establece los fines esenciales del Estado, haciendo mención a la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución
11. De igual forma, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en el artículo 21: *"No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o*

¹ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/728-050406-06-0189.HTM>

ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

12. Aunado a lo anterior el artículo 77 de la Constitución el cual es del siguiente tenor: *“Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges.”*
13. Cabe enfatizar que al producirse la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año 1999, se incorporó un amplio catálogo de derechos humanos, sin precedente en la historia constitucional venezolana.
14. A propósito de la solicitud de la Presidente-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación de la mujer en la legislación y en la práctica, particularmente la penalización del adulterio en virtud lo previsto en los artículos 396 y 397 del Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela del año 2000, cabe señalar que con la reforma del Código Penal efectuada en el año 2005 los mencionados tipos penales cambiaron de numeración pasando a ser los artículos 394 y 395, manteniendo la misma redacción.
15. Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia **en Sentencia N° 738 del 11 de agosto de 2016 declaró nulas por inconstitucionales las disposiciones previstas en los artículos 394 y 395 del Código Penal**, normas que contemplan los tipos penales de adulterio, por ser contrarias, tal como están concebidas, a los principios de igualdad, no discriminación de la mujer y respeto a la dignidad humana consagrados en los artículos 2, 3, 21 y 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.² (Anexo 2)
16. En esta decisión la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como *“Máxima intérprete y garante jurisdiccional de la Constitución, declara nulos los artículos 394 y 395 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial n.º 5.768 Extraordinario del 13 de abril de 2005, por lo que lo que las demás normas vinculadas a los mismos, en lo que a ellos atañe, carecerán de eficacia, toda*

² <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/190187-738-11816-2016-15-0424.HTM>

vez que las normas aquí anuladas son jurídicamente inexistentes e ineficaces por contrariar derechos fundamentales, en la configuración que hasta ahora mantenían; y fijar los efectos ex nunc y ex tunc de la presente declaratoria”.

17. Como se puede apreciar, los artículos del Código Penal referidos por el Grupo de Trabajo (artículos 396 y 397 del Código Penal del año 2000) relacionados con el adulterio fueron anulados por decisión del Tribunal Supremo de Justicia en el mes de agosto del año 2016, por lo que no se encuentran vigentes y son inaplicables desde esa fecha. En consecuencia, no existen personas procesadas o condenadas por esos tipos penales.
18. Asimismo, de lo expuesto se evidencia que el artículo del Código Penal referido por el Grupo de Trabajo (artículo 423 del Código Penal del año 2000) relacionado con el denominado “*crimen de honor*” se encuentra derogado desde el año 1980, siendo ratificada tal derogatoria por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en abril de 2006. Por ende, la referida disposición no ha sido aplicada en ningún proceso penal iniciado a partir de la referida fecha.
19. Aunado a lo anterior, resulta oportuno informar al Grupo de Trabajo sobre otras decisiones adoptadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que han anulado disposiciones normativas preconstitucionales que se contraponen al derecho a la igualdad entre las mujeres y los hombres, y que constituían un marco legal discriminatorio por razones de género. Las referidas decisiones, son las siguientes:

Sentencia N° 953 del 16 de julio de 2013: Sentencia de la Sala Constitucional que declara la nulidad del artículo 57 del código Civil, por contradecir los artículos 21 y 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer condicionamientos diferenciados en función del género y a la igualdad entre los cónyuges, por lo que congruente con los principios y derechos constitucionales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se reiteró que la mujer no tiene ningún impedimento legal para la celebración de nuevas nupcias con posterioridad a la anulación o disolución del matrimonio.³

Sentencia N° 1353 del 16 de octubre de 2014: Sentencia de la Sala Constitucional que declara la nulidad parcial del artículo 46 del Código Civil en la parte que establece: “*la mujer que no haya cumplido (14) años de edad y el varón*”, estableciendo que la inteligencia de la norma se refiere a que no podrá contraer válidamente matrimonio la persona que no haya cumplido dieciséis (16) años, sin distinción de género.⁴

³ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/953-16713-2013-10-0238.HTM>

⁴ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/170070-1353-161014-2014-10-0161.HTM>

20. Adicionalmente, cabe destacar que a los fines de crear las condiciones jurídicas sociales para lograr un trato igual entre hombres y mujeres, fue sancionada la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial N° 38.647, del 19 de marzo de 2007, y reimpressa en dos oportunidades por error material, en las Gacetas Oficiales números 38.668 y 38.770, del 23 de abril de 2007 y 17 de septiembre de 2007, respectivamente, todo ello para adecuar el marco normativo a los postulados constitucionales en materia de protección a las mujeres. Esta norma está inspirada y hace referencia expresa a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará).
21. En el año 2014, dicha ley fue reformada y publicada en la Gaceta Oficial N° 40.548, del 25 de noviembre de 2014, para incluir el delito de femicidio y de inducción o ayuda al suicidio.
22. Con base en las informaciones aportadas y las explicaciones brindadas por el Estado Venezolano, se solicita que el presente asunto se dé por concluido, informando lo aquí expuesto al Consejo de Derechos Humanos para su conocimiento.



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

El 7 de febrero de 2006, la abogada **SONIA SGAMBATTI**, inscrita en el Inpreabogado bajo el N° 1.779, interpuso, en nombre propio, ante la Secretaría de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra la norma contenida en el artículo 421 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005.

El 9 de febrero de 2006 se dio cuenta en Sala y se asignó la ponencia a la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

Realizada la lectura individual del expediente esta Sala procede a dictar decisión, previas las siguientes consideraciones:

La ciudadana Sonia Sgambatti, en ejercicio de la acción popular por inconstitucionalidad, solicitó de esta Sala la anulación del *“artículo 421 de la Ley de Reforma Parcial del Código Penal aprobada en sesión del día 3 de marzo de 2005, por la Asamblea Nacional y*

publicada en Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela No. 5768 Extraordinario, de fecha 13 de abril de 2005”.

Al respecto, esta Sala resulta competente para conocer de la nulidad de normas nacionales de rango legal (artículos 336.1 del Texto Fundamental y 5.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), como son las contenidas en el Código Penal, ante lo cual se debe dejar sentado que técnicamente la disposición impugnada no es el artículo 421 de la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, pues esa Ley de Reforma sólo tiene 38 artículos: lo que en realidad se impugnó es una norma de ese Código y no de la Ley que lo reformó.

Ahora bien, el presente recurso debe ser decidido *in limine*, sin necesidad de tramitación, por cuanto el contenido de la disposición impugnada ya fue anulado por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, mediante sentencia del 5 de marzo de 1980.

En efecto, el Código Penal vigente para la fecha (cuya última reforma se había efectuado en 1964, mediante Ley publicada en la Gaceta Oficial N° 915 del 30 de junio de 1964) preveía mitigación de pena en dos casos: el del homicidio o lesiones del marido contra su mujer y/o cómplice, en caso de sorprenderlos en adulterio; y el del homicidio o lesiones causadas por los padres o abuelos contra los hombres a los que sorprendiesen en acto carnal con sus hijas o nietas solteras. Se trataba del artículo 423, cuyo texto era el siguiente:

“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”.

En aquella oportunidad, la abogada Sonia Sgambatti, también recurrente en el caso de autos, ejerció demanda de nulidad por inconstitucionalidad, la cual fue estimada por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 5 de marzo de 1980, en el que declaró:

“A) No acuerda la disposición contenida en el artículo 423 del Código Penal, un derecho a matar, sino que considera la acción del agente como delictuosa y punible; no establece una exención de responsabilidad, sino que aplica una pena disminuida con respecto a las penas comunes fijadas para el homicidio y las lesiones. No colide, por tanto, la disposición en examen con el artículo 58 de la Constitución Nacional, que declara el derecho a la vida inviolable y prohíbe que ninguna Ley pueda establecer pena de muerte.

B) Sin embargo, el artículo 423 del Código Penal establece una distinción entre el marido y la esposa; puesto que establece que el marido no incurrirá en las penas comunes de homicidio y lesiones, cuando mate, hiera o maltrate a su mujer sorprendida en adulterio, a su cómplice o a ambos y nada dice ante la acción similar de la esposa que sorprenda en adulterio a su marido. Y el aparte final de ese mismo artículo prevé igual mitigación de pena 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.

Razones de carácter histórico y social, entre nosotros, e inclusive de carácter psíquico, por la diferente manera de motivarse la acción del marido o de su esposa, por las mismas razones aludidas, pudieron aconsejar al legislador venezolano el establecimiento de la mencionada disposición; pero ante la norma constitucional que de manera absoluta prohíbe las discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social, aquellas razones del legislador ordinario deben ceder. La última parte de la disposición guarda relación con la anterior: por lo que hace al cálculo de la pena y porque tiene análogo presupuesto, la afectación que produce la conducta de la mujer. El principio de la igualdad de las personas de uno y de otro sexo, de rango constitucional, impide al legislador ordinario establecer diferencias, ya sean privilegios, exenciones de pena o disminución de las mismas, que signifiquen discriminación en razón del sexo entre quienes se encuentren en las mismas condiciones”.

Con base en esa argumentación, la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno declaró *“la nulidad del artículo 423 del Código Penal, por colidir con el artículo 61 de la Constitución”*. En el año 2000 la Comisión Legislativa Nacional, en ejercicio de la atribución que le confería el artículo 6, numeral 1 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente mediante el cual se estableció el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.920 de fecha 28 de marzo del año 2.000, dictó un Código Penal, el cual quedó publicado en la Gaceta Oficial N° 5.494 Extraordinario de fecha 20 de octubre de 2000. Los cambios principales respecto del Código de 1964 estaban referidos a los delitos de porte ilícito y uso ilícito de armas de fuego, desaparición forzada de personas, colocación de obstáculos en la vía pública y asalto a unidades de transporte.

Sin embargo, ese Código repitió la atenuación de pena contenida en el artículo 423 que había sido anulada. De hecho, la norma conservaba el mismo número, pues, como se ha dicho, el nuevo Código fue sólo una modificación parcial del anterior. De esa forma, las disposiciones anuladas por la otrora Corte Suprema de Justicia fueron reeditadas en el ordenamiento jurídico venezolano a partir del 20 de octubre de 2000, fecha de publicación del Código Penal en la Gaceta Oficial.

En el año 2005 se produjo una nueva reforma del Código Penal, la cual se publicó en la Gaceta Oficial N° 5.763 Extraordinario del 16 de marzo de 2005 y se reimprimió, por error material, en la Gaceta N° 5.768 Extraordinario del 13 de abril de ese mismo año. Esa reforma no versó sobre la atenuación de pena en caso de uxoricidio o en caso del delito de homicidio o de lesiones de padres o abuelos contra los hombres que fueran sorprendidos en acto carnal con sus hijas o nietas solteras; pero, como toda reforma, la de 2005 exigió la publicación en Gaceta Oficial tanto de la Ley de Reforma como del Código resultante. De

esa manera, fue publicado el texto del vigente Código Penal, con inclusión de las disposiciones sobre la atenuación de pena que fueron anuladas en 1980, si bien ya el artículo no es el 423 sino el 421, pues la reforma implicó una alteración en la numeración del articulado.

Ese artículo 421 es el impugnado en el caso de autos y es del tenor siguiente:

“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”.

Como se observa, se trata de la misma norma anulada en 1980, que había sido reeditada en el año 2000 y que, al no ser objeto de reforma en 2005, sigue figurando en el Código Penal.

Así las cosas, es evidente que la norma impugnada (contenida hoy en el artículo 421 del Código Penal) fue objeto de anulación por la extinta Corte Suprema de Justicia, y que la motivación de dicha sentencia anulatoria, aunque referida a los artículos de la Constitución de 1961, vigente para aquella oportunidad, se ajusta absolutamente a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

No cabe ahora iniciar un nuevo proceso que no puede más que conducir nuevamente a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo del Código Penal; lo procedente, en consecuencia, es ratificar el fallo anulatorio sin necesidad de procedimiento, pues debe

recordarse que los fallos anulatorios de normas tienen efecto *erga omnes* y nunca *inter partes*, que es el supuesto de la cosa juzgada regulada por el Código Civil. Las normas anuladas desaparecen jurídicamente y, por tanto, nadie puede invocarlas ni aplicarlas. Esos fallos provocan verdadera cosa juzgada, en el sentido de que el caso no es replanteable. Ello es así incluso por razones lógicas que van más allá de la necesidad de mantener el criterio adoptado por la Sala: ocurre por cuanto la anulación elimina la norma como tal, le quita vigencia, y es un principio en nuestro derecho que sólo son impugnables las normas vigentes.

No es ese el caso de autos, pues en este existe la peculiaridad de que la norma anulada fue reeditada, por lo que volvió a entrar en vigencia en el año 2000, y es otra vez pasible de recurso por inconstitucionalidad y, por tanto, objeto de anulación. Ahora bien, el pronunciamiento previo permite hacer ese juzgamiento sin necesidad de procedimiento. Se trata de entender inconstitucional no sólo un *artículo* concreto (con un determinado número, publicado en determinada Gaceta), sino una *disposición* concreta: en este caso, la atenuación de la pena en ciertos supuestos de homicidio y/o lesiones.

De ese modo, si el Tribunal ha decidido ese caso, si bien en referencia a otro artículo, el enunciado objeto de pronunciamiento no tiene ya cabida en el ordenamiento jurídico, lo que además trae como consecuencia que, de ser reeditada, baste plantear el caso ante esta Sala para que *ratifique* la decisión judicial.

Esta Sala, de hecho, en fecha reciente tuvo ocasión de pronunciarse al respecto. En efecto, la Sala había anulado, por sentencia N° 1942 del 15 de julio de 2003, los artículos 223 y 226 del Código Penal del año 2000. Sin embargo, en la publicación de la reforma de 2005

(y su reimpresión) se repitió el texto de las normas anuladas, si bien con otra numeración (el artículo 223 paso a ser 222; el artículo 226 paso a ser 225). Por ello, la Sala, al ser solicitada su intervención, sostuvo, lo siguiente:

“Conforme a la vigente Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, corresponde a la Sala Constitucional (salvo excepciones) el control concentrado de la Constitución, y podrá declarar la nulidad de leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando coliden con aquella.

Este control concentrado se ventila mediante el proceso de nulidad establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y antes en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Tratándose de una actividad jurisdiccional, emanada de la jurisdicción constitucional (artículo 334 constitucional), la declaratoria de nulidad, así como sus alcances, son el resultado de una sentencia que produce efectos *erga omnes*, convirtiéndose en cosa juzgada al respecto.

Como cosa juzgada, la nulidad declarada debe ser acatada y respetada por los órganos legislativos que dictaron la ley anulada total o parcialmente, o por los órganos del poder público que produjeron el acto, ya que la sentencia firme equivale a una ley (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil) y es vinculante hacia el futuro (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil), sin que ningún juez pueda volver a sentenciar la controversia ya decidida por un fallo (artículo 272 del Código de Procedimiento Civil), por lo que el tema juzgado en el proceso no es objeto de nueva discusión y la colectividad en su totalidad (personas naturales y jurídicas), deben respetar la nulidad declarada sin poder alzarse contra ella.

A falta de disposiciones específicas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los caracteres de la cosa juzgada contenida en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil (artículos 1396 del Código Civil y 272 y 273 del Código de Procedimiento Civil) están presentes, en lo posible, en las sentencias definitivamente firmes dictadas por los jueces que ejercen la jurisdicción en materia constitucional, y uno de esos caracteres es el de la presunción legal que impide, por la autoridad de la cosa juzgada, que lo que ha sido objeto de la sentencia firme, vuelva a discutirse, o pierda sus efectos, por lo que éstos se mantienen en el tiempo.

Consecuencia de ello, es que la nulidad declarada por inconstitucionalidad que indica con precisión la disposición anulada (artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), invalida la ley o el acto, señalando sus efectos *ex nunc* o *ex tunc* (artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), pero siempre partiendo de la base que hacia el futuro dejó de existir la ley anulada total o parcialmente, sin que ella tenga vigencia alguna. Pero ¿qué sucede si el órgano legislativo dicta de nuevo la ley descatando la cosa juzgada?

A juicio de esta Sala, tal violación a la cosa juzgada no produce ningún efecto, debido a los caracteres que antes la Sala ha señalado a esta institución.

La nulidad declarada sigue vigente, sin que pueda volverse a discutir a guisa de reedición de la ley o nueva aprobación por el órgano legislativo.

De ocurrir tal situación, reedición o nueva aprobación, ¿será necesario que se incoe nuevo juicio de nulidad contra la norma inconstitucional?

La Sala observa que conforme a disposición expresa contenida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la nulidad por inconstitucionalidad es de orden público, y en el proceso la Sala Constitucional puede suplir de oficio las deficiencias o falta de técnica del recurrente.

Siendo la materia de orden público, y siendo a su vez el Tribunal Supremo de Justicia el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); estando facultado la Sala Constitucional para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido y alcance de los principios constitucionales, la Sala considera que los efectos de la cosa juzgada que declare la nulidad, operan de pleno derecho, sin que reediciones, o la aprobación de nuevas leyes que dupliquen lo anulado, puedan menoscabar la cosa juzgada, y que por tanto, de oficio, -como aplicación de la institución de la cosa juzgada y sus efectos extensivos- dentro del proceso donde se dictó la nulidad, puede anular cualquier ley o acto que contradiga la cosa juzgada, limitándose, sin necesidad de citar a nadie, a cotejar lo declarado en la sentencia con las nuevas disposiciones que reproducen las anuladas, una vez que por cualquier vía constata la existencia del desacato a la nulidad declarada.

A juicio de esta Sala, ante la situación objetiva que se comprueba con la confrontación que demuestra la identidad entre lo anulado y lo reeditado, y como preservación de la cosa juzgada, no hace falta citar a nadie, sino verificar su burla” (Vid. Sent. N° 181/2006).

En el caso del fallo parcialmente transcrito, la Sala comparó las normas anuladas con las que figuran en la publicación del Cogido en marzo y abril de 2005 y constató que eran las mismas. Por ello, declaró que existía *“divergencia entre lo sentenciado por esta Sala Constitucional respecto de las normas anuladas del Código Penal de 2000, y las contenidas en estos últimos artículos”*. Agregó en tal sentido:

“(…) la Sala no reconoce efecto alguno a los artículos 222 y 225 de la Ley de Reforma del Código Penal, toda vez que son repetición de los anulados en el fallo N° 1942, el cual dejó delimitado el contenido de dichas normas como antes se apuntó, sin que pueda entenderse la declaración de este fallo como la nulidad

incidental a que se refiere el artículo 5, segundo aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que se trata de la ejecución de un fallo dictado por esta Sala que ha sido contrariado por el órgano legislativo nacional.

Como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, se declara la reedición de las normas contenidas en los artículos 222 y 225 y, en consecuencia, nulos los artículos 223 y 226 en los términos establecidos en la sentencia N° 1942 de 2003

En virtud de la declaratoria anterior, los efectos de este fallo tienen carácter *ex tunc*, es decir, desde la publicación del fallo N° 1942 del 15 de julio de 2003, y, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación de la misma en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, la cual señalará en el Sumario: 'DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA MEDIANTE LA CUAL SE DECLARA LA REEDICIÓN LOS ARTÍCULOS 222 Y 225 DE LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL, PUBLICADO EL 13 DE ABRIL DE 2005 EN LA GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA N° 5.768 EXTRAORDINARIO'" (mayúsculas del fallo citado).

Lo anterior es aplicable al caso de autos, constatada como ha sido la identidad entre la norma anulada en 1980 y la publicada en los años 2000 y 2005, por lo que procede anularla *in limine*, como forma de hacer efectivo el fallo original, cuyo efecto de cosa juzgada no sólo implica la desaparición del acto con efectos *erga omnes*, sino también la imposibilidad de incorporarlo nuevamente al ordenamiento.

Por lo expuesto, como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, se declara la reedición de la norma contenida en el artículo 423 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964, en el artículo 421 del Código Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005. En consecuencia, se declara nulo el artículo 421 del Código Penal, publicado el 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. Así se decide.

En virtud de lo anterior, los efectos de este fallo tienen efectos *ex tunc*, es decir, desde la publicación del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 5 de marzo de 1980, y de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, la cual señalará en el sumario: “DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE DECLARA LA REEDICIÓN DEL ARTÍCULO 421 DEL CÓDIGO PENAL PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL N° 5.768 EXTRAORDINARIO, DEL 13 DE ABRIL DE 2005”.

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley declara:

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.

SEGUNDO: ORDENA la publicación íntegra de este fallo en la Gaceta Oficial de la República, la cual señalará en el Sumario, lo siguiente: “DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE DECLARA 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”.

TERCERO: **ORDENA** la mención de este fallo en la página principal del sitio web oficial de este Tribunal Supremo de Justicia, con la indicación siguiente: “*Sentencia que declara nula la norma contenida en el artículo 421 del Código Penal de 2005 por ser reedición del artículo 423 del Código Penal de 1964, que fue anulado por la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 5 de marzo de 1980*”.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Archívese el expediente. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada, en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en Caracas, a los 05 días del mes de abril de 2006. Años 195° de la Independencia y 147° de la Federación.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Vicepresidente,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

Los Magistrados,

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

LUIS V. VELÁZQUEZ ALVARAY

FRANCISCO A. CARRASQUERO LÓPEZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

Ponente

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp.- 06-0189

CZdeM/jlv



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Magistrada Ponente: **GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO**

Consta en autos que, el 14 de abril de 2015, la ciudadana **ENID BEATRIZ MÉNDEZ RÍOS**, titular de la cédula de identidad n.º 6.362.525, con la representación del abogado Héctor Del Valle Centeno Guzmán, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el n.º 36.278, respectivamente, presentó ante esta Sala demanda de nulidad parcial por razones de inconstitucionalidad, contra el artículo 394 del Código Penal Venezolano.

El 22 de abril de 2015, se dio cuenta el Sala y se designó ponente a la Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

El 17 de junio de 2015, mediante sentencia n.º 715, se admitió la demanda de nulidad interpuesto por la ciudadana Enid Beatriz Méndez Ríos, Y se afirmó que *“Aun cuando la demandante de autos solicita expresamente la nulidad del artículo 394 del Código Penal Venezolano, publicada en la Gaceta Oficial n.º 5.768, extraordinaria, de 13 de abril de 2005, del contenido de la presente solicitud se desprende que también formula objeciones e impugna constitucionalmente la norma contenida en el artículo 395 eiusdem, la cual se encuentra estrechamente vinculada a la primera, razón por la que, junto a la garantía de la tutela judicial efectiva, debe estimarse que se solicita la nulidad de ambas disposiciones”*. Asimismo, se ordenaron los correspondientes actos de comunicación procesal.

El 25 de junio de 2015, se dio recepción del expediente de la causa en el juzgado de sustanciación.

El 9 de julio de 2015, mediante diligencia la ciudadana Enid Beatriz Méndez Ríos, se da por notificada y solicita sea expedido el respectivo cartel.

El 29 de julio de 2015, la ciudadana Enid Beatriz Méndez Ríos representada por el abogado Héctor del Valle Centeno, mediante diligencia solicita copias certificadas del auto de fecha 17 de junio de 2015.

El 13 de agosto de 2015, mediante oficio se notifica a la Fiscal General de la República.

El 13 de agosto de 2015, mediante oficio se cita al presidente de la asamblea nacional.

El 13 de agosto de 2015, mediante oficio se notifica al Defensor del Pueblo.

El 16 de septiembre de 2015, se consigna diligencia presentada por la ciudadana Enid Beatriz Méndez, mediante la cual retira el cartel de emplazamiento ordenado en el auto de admisión.

El 17 de septiembre de 2015, mediante escrito presentado por la ciudadana Enid Méndez Ríos, consigna cartel de emplazamiento.

El 24 de septiembre de 2015, es entregada copia certificada de decisión N° 715 con oficio N° TS-SC-15-59, al Presidente de la Asamblea Nacional.

El 28 de septiembre de 2015, es entregada copia certificada de la decisión N° 715 y Oficio TS-SC-15-58 al Fiscal General de la República.

El 28 de septiembre de 2015, es entregada copia certificada de la decisión N° 715 y Oficio TS-SC-15-60 al Defensor del Pueblo.

El 20 de octubre de 2015, mediante escrito presentado por los apoderados judiciales de la Asamblea Nacional abogados María Elena Delgado, José Jesús Calzadilla y otros, consignan alegatos.

El 12 de noviembre de 2015, mediante auto se remiten las actuaciones a la Sala.

El 17 de noviembre de 2015, se recibió expediente del Juzgado de Sustanciación a los fines del pronunciamiento correspondiente.

El 26 de noviembre de 2015, mediante Oficio N° FTSJ-1-271-2015, el abogado Néstor Luis Castellano Molero, en su carácter de Fiscal Primero del Ministerio Público ante la Sala Constitucional consigna actuaciones relacionadas con la presente causa.

El 23 de diciembre de 2015, se constituyó esta Sala Constitucional en virtud de la incorporación de los Magistrados designados por la Asamblea Nacional en sesión extraordinaria celebrada el 23 del mismo mes y año, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 40.816, del 23 de diciembre de 2015, quedó integrada de la siguiente forma: Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, Presidenta; Magistrado Arcadio Delgado Rosales, Vicepresidente; y los Magistrados y Magistradas Carmen Zuleta de Merchán, Juan José Mendoza Jover, Calixto Antonio Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson.

El 16 de febrero de 2016, mediante diligencia la accionante ciudadana Enid Beatriz Méndez Ríos, ratifica la presente causa y efectúa pedimentos.

El 14 de abril de 2016, mediante escrito presentado ante esta Sala la representación de la Defensoría del Pueblo consignó alegatos relacionados con la presente causa.

El 17 de mayo de 2016, mediante diligencia la accionante ciudadana Enid Beatriz Méndez Ríos, efectúa pedimentos.

Efectuado el examen y análisis correspondiente, pasa esta Sala Constitucional a decidir, previas las consideraciones siguientes:

I DE LA PRETENSIÓN DE LA PARTE ACTORA

La parte actora fundamentó su demanda de nulidad en los siguientes argumentos:

Que “en fecha 26 de noviembre de 2010, el Tribunal Décimo Segundo de Primera Instancia de Sustanciación y Mediación del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, dictó auto admitiendo demanda de Divorcio Contencioso, incoada por el cónyuge de la accionante, ciudadano ANDRÉS ARTURO ÁLVAREZ HERRERA, fundamentada en la causal segunda y tercera (2° y 3°) del artículo 185 del Código Civil, expediente N°: AP5I-V-2010-01 9142; dicho ciudadano a los fines de lograr su pretensión, solicitó unos medios de pruebas. El tribunal, una vez admitida la solicitud de las pruebas requeridas por el demandante, proveyó ordenando la práctica de un Informe Técnico Integral, según lo establece la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, practicándose visita a los domicilios de los cónyuges. En virtud de ello, el tribunal se trasladó al domicilio del cónyuge demandado, accionante en la presente acción, ciudadana Enid Beatriz Méndez Ríos, practicándosele entrevista por parte del psiquiatra, trabajador social y del abogado, de conformidad a lo requerido, pasando a formar parte del Informe Técnico Integral; la misma gestión, se practicó en el domicilio del cónyuge demandante, ubicado en sector Santa Ana, calle Guanipa, sector Lomas de Maturín, quinta La Canoa, urbanización El Cafetal, municipio Baruta, estado Miranda, oportunidad en la que el ciudadano, expresó a los funcionarios que practicaron la visita, que él vivía en ese lugar con la ciudadana Ana María Caroli Marín, que estaban esperando un hijo, que la ciudadana tenía 7 meses de embarazo, igualmente informó a los funcionarios acerca de la data de esa relación así como también su decisión de contraer matrimonio con ella una vez terminado el divorcio. Toda esta información pasó a formar parte del Informe Técnico Integral de fecha 10 de enero de 2012, solicitado por este ciudadano, cuya copia certificada anexamos marcada ‘B’”.

Que “en fecha 20 de enero de 2012, la accionante en el presente recurso, recibió el Informe Técnico Integral, enterándose por este medio de la relación entre su cónyuge y la ciudadana Ana María Caroli Marín, en virtud de lo cual, decidió incoar acusación privada en contra de ambos ciudadanos por la comisión de los delitos de Adulterio y Concubinato notorio, previstos y sancionados en los artículos 394 y 395 del Código Penal vigente”.

Que “en fecha 02 de marzo de 2012, la accionante presentó escrito de acusación privada en contra de los ciudadanos ANDRÉS ARTURO ÁLVAREZ HERRERA Y ANA MARÍA CAROLI MARÍN, por la presunta comisión de los delitos de ADULTERIO Y CONCUBINATO, previstos y tipificados en los artículos 394, 395 y 397 del Código Penal, en concordancia con los artículos 400, 401 y 402 del Código Orgánico Procesal Penal, cuya copia certificada anexamos marcada ‘C’”.

Que “en fecha 07 de mayo de 2013, fue celebrada la Audiencia de Conciliación por ante el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas a los fines de resolver las excepciones planteadas por las partes. Este tribunal dictó decisión de Sobreseimiento de la causa y cuya copia certificada anexamos marcada ‘D’. Esta decisión fue impugnada, correspondiéndole a la Sala N° 6 de la Corte Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas”.

Que “en fecha 29 de julio de 2013, la Sala N° 6 de la Corte de Apelaciones, antes señalada, declaró la nulidad absoluta de la decisión recurrida y ordenó reponer causa al estado de que otro tribunal de juicio distinto, resolviera las excepciones opuestas, cuya copia anexamos marcada ‘E’”.

Que “en fecha 28 de octubre de 2013, el Tribunal Vigésimo Quinto de Primer Instancia en Función de Juicio, expediente 25J/788/13, dictó decisión de Sobreseimiento del Delito de Adulterio POR FALTA DE CUALIDAD DE LA ESPOSA POR SU CONDICIÓN DE MUJER, dando así resolución a las excepciones opuestas por la defensa de los accionados, como consecuencia de haberse declarado parcialmente Con Lugar la excepción contenida en el literal f, numeral 4 del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 34, en concordancia con el numeral 5 del artículo 300, ambos del Código Orgánico Procesal Penal, cuya copia certificada anexamos, marcada ‘F’. Cabe señalar que en esta oportunidad procesal de dictar sentencia, en cuanto a las excepciones opuestas por los acusados, el juez de la causa se pronunció, además, sobre un asunto que no mencionó en la motiva y que tampoco fue opuesta como excepción por los acusados, en los siguientes términos:

'SEGUNDO: De conformidad con lo establecido en el artículo 251 del Código Orgánico Procesal Penal, SE CALIFICA DE MALICIOSA la acusación privada, presentada por la ciudadana ENID BEATRIZ MÉNDEZ, en contra de los ciudadanos ANDRÉS ARTURO ALVAREZ HERRERA y ANA MARÍA CAROLI MARÍN, por la presunta comisión del delito de ADULTERIO, previsto y sancionado en el artículo 394 del Código Penal y en consecuencia SE LE CONDENA AL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES a que se refiere el artículo 252 Ejusdem''.

Que "esta decisión fue impugnada por la parte acusadora, cuyo conocimiento correspondió a la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal".

Que "en fecha 08 de julio de 2014, la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, dictó decisión, por unanimidad, mediante la cual confirmó la decisión recurrida, cuya copia certificada anexamos marcada 'G'".

Que "posteriormente, en virtud de la omisión de la materia constitucional, en fecha 17 de julio de 2014, la accionante presentó escrito, de conformidad con lo establecido en los artículos 19, 21 y 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, solicitando aclaratoria del fallo a los efectos de poder accionar el amparo constitucional, cuya copia certificada anexamos marcada H".

Que "en fecha 21 de julio de 2014, la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, declaró improcedente la solicitud de Aclaratoria, cuya copia certificada anexamos marcada I".

Que "en fecha 23 de octubre de 2014, los abogados de la parte acusadora intentaron ante la Sala Constitucional Acción de Amparo Constitucional contra la decisión de fecha 08 de julio de 2014, dictada por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que declaró sin lugar el recurso de apelación incoado contra el fallo de fecha 28 de octubre de 2013, dictado por el Juzgado Vigésimo Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, que declaró el Sobreseimiento de la causa respecto al delito de adulterio, previsto y

sancionado en el artículo 394 del Código Penal, cuya copia certificada anexamos marcada

12

Que “en fecha 17 de diciembre de 2014, la Sala Constitucional dio cuenta y designó como ponente al Magistrado Marcos Tulio Dugarte Padrón, declarando IMPROCEDENTE in limine litis la acción de amparo constitucional, con el voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, de cuyo argumento, consideramos pertinente resaltar extractos del mismo, señaló: (...) La norma contenida en el artículo 394 del Código Penal se mantiene desde el primigenio Código Penal de 1873, tipificando el delito de adulterio. (...) la causa fue sobreseída por cualidad, lo cual no resulta constitucionalmente aceptable, ya que los términos en que está redactada la citada disposición sustantiva es abiertamente discriminatoria (...) Con el advenimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la realidad jurídica venezolana ha sufrido cambios importantes y entre ello consagración del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, derecho este que desentraña los viejos paradigmas a fin de redefinir los valores sociales existentes, entre esos valores, está precisamente la revisión de figuras penales llamadas ‘delitos contra el honor’ vestigios de la época colonial que implican una suerte de discriminación inaceptable en la que está en juego el ejercicio de la sexualidad entre hombres y mujeres; donde esta última resulta evidentemente desfavorecida, sobre la base de una ‘doble moral’ distinta para el hombre y para la mujer; en la cual frente a una misma conducta se castiga severamente a las mujeres y a la par existe una tolerancia y hasta justificación hacia el hombre por esa misma acción... (..) por todas estas razones la Sala debió admitir el amparo y en el análisis del mérito del asunto, desaplicar la comentada norma por inconstitucional (...), cuya certificada anexamos marcada K”.

Que “en cuanto a la denominación del delito, contenido en el artículo 394 Código Penal: Si es la mujer quien lleva a cabo una relación sexual con una persona que no es su cónyuge, es calificada como adulterio; si el mismo acto es cometido por el marido, se califica como quien mantiene una concubina en la casa conyugal o fuera de ella, y será castigado si el hecho es público y notorio”.

Que *“el castigo para la misma acción, si es la mujer quien incurre en ella, la pena será de prisión de seis meses a tres años, pero si quien comete el delito es el marido, la pena será, menor, con prisión de tres a dieciocho meses”*.

Que *“la misma diferencia se observa en las penas aplicadas a los coautores de la acción, bien sea de adulterio o de concubinato, el coautor del adulterio sufrirá la misma pena que la adúltera, en cambio a la coautora del concubinato será penada con prisión de tres meses a un año”*.

Que *“igualmente se observa que el artículo 395, reconoce de manera implícita un derecho que no así a la mujer, como es el poder marital”*.

Que *“el artículo 394 del Código Penal, cuya nulidad parcial por razones de inconstitucionalidad solicitamos en el presente escrito, infringe de manera flagrante y directa el derecho a la igualdad y no discriminación, previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como la igualdad absoluta de los derechos de los cónyuges, consagrada en el artículo 77 ejusdem, del siguiente tenor: ‘Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuge’”*.

Que *“en este mismo orden de ideas, cabe señalar que tanto el derecho a la igualdad así como el de no discriminación, han sido suficientemente precisados por esta honorable Sala Constitucional en muchas de sus sentencias, de las que podemos mencionar:*

1) Sentencia ° 842 del 19 de junio de 2009, con ponencia del Magistrado Dr. Arcadio Delgado Rosales, de donde se puede extraer que: ‘... el derecho a la igualdad exige dar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en idénticas o semejantes condiciones...’.

2) Sentencia N° 190 de fecha 28 de febrero de 2008, con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Rondón Haaz, que señala: ‘Ahora bien, no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a

situaciones idénticas'. (Subrayado nuestro, en virtud de adecuarse a la situación planteada en el presente escrito).

3) Sentencia N° 1353 del 16 de octubre de 2014 con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta e Merchán, que señala 'En la actualidad esa concepción biológica de la mujer forma parte del pasado. Diversos tratados internacionales, suscritos por Venezuela, han reconocido el importante rol que la mujer ha asumido en nuestros días. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberos del Hombre, y específicamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios dan cuenta de la igualdad que debe distinguir las relaciones de los Estados con el género femenino y los avances alcanzados de manera universal en esta materia.

En nuestro ámbito interno tenemos como la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 propugna a la igualdad de las personas como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, cuando expone que se define la organización jurídico-política que adopta la Nación venezolana como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el Estado propugna el bienestar de los venezolanos, creando las condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, y procurando la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad.

Por todo ello se incorporan al texto constitucional como valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad individual y social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética pública y el pluralismo político.

'...Véase igualmente sentencias nims.536/2000,1197/2000, 898/2002, 2121/2003, 3242/2003, 2413/2004,190/2008, 1342/2012 y 953/2013, que han reconocido profusamente el principio de igualdad reconocido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La última de las sentencias referidas indicó igualmente, específicamente en cuanto a las diferencias socioculturales tradicionalmente anotadas entre el hombre y la mujer, lo siguiente: Así la diferenciación anotada en el artículo 57 del Código Civil se funda en motivos arbitrarios que no atiende a la equiparación entre ambos cónyuges en franco menoscabo de los artículos 21 y 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ni al protectorado de la familia, el cual se encuentra plenamente garantizado sin

que ello implique un menoscabo en el núcleo esencial de los derechos de la madre por su sola condición biológica.

El análisis de la igualdad con el núcleo esencial de los derechos afectados resulta indispensable por cuanto la igualdad es un derecho relacional, es decir, que su consagración o análisis implica un grado de comparación con el derecho involucrado y con los sujetos equiparados (Cfr. NINO, Carlos Santiago; "Introducción al análisis del Derecho", Edit. Astrea, 2005), por cuanto la igualdad es a su vez un principio que regula o inspira el ejercicio a su vez de otros derechos sustantivos consagrados en el ordenamiento jurídico (Vid. F. Rubio Llorente, La forma del poder, CEPC, 1993, pp. 637-644)...

'... La mujer, desalineada de su naturaleza biológica que la tuvo por siglos socialmente resignada y sociológicamente entregada, puede hoy acceder selectivamente con libertad hacia todos esos ámbitos igual que el hombre...'

Finalmente alegó la parte actora:

Que "en el presente caso estamos en presencia de un trato desigual, a los cónyuges por parte del legislador, frente a una situación idéntica, vale decir el adulterio, lo cual colide con principios constitucionales, tales como los contenidos en los artículos 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, precedente transcritos, ambos principios flagrantemente vulnerados en el articulado del Código Penal referente al delito de adulterio, pues además de la diferencia en las aplicables para igual delito, le otorga, implícitamente, al hombre un derecho sobre la mujer, como es el poder marital".

Pidió:

"a) La nulidad parcial del artículo en cuestión

b) o adecue la semántica gramatical, a los preceptos constitucionales vigentes, de todo el articulado referente al adulterio contenido en el artículo 394 del Código Penal, pues tratándose de un mismo delito no debe haber acepciones en cuanto al sujeto activo del mismo, ya que es la condición de casados lo que hace que se configure el tipo de delito, en consecuencia el sujeto activo debe ser el cónyuge sin importar si es el hombre o la mujer quien comete el acto".

II

DE LA OPINIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL

El 20 de octubre de 2015, mediante escrito presentado por los apoderados judiciales de la Asamblea Nacional, abogados María Elena Delgado Graterol, José Jesús Calzadilla Rodríguez, José Gregorio Rojas Ramírez y Johel Seijas, consignan escritos de alegatos relativos a la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 394 del Código Penal Venezolano, en los siguientes términos:

1. *“A este respecto, tenemos que la causal primera del referido artículo objeto del presente recurso de nulidad va referido al adulterio lo cual podemos definir como la relación sexual, de un cónyuge con una persona distinta a su cónyuge o como lo ha venido sosteniendo la doctrina, la violación más grave del deber de fidelidad conyugal, así como también ha sido definido como la unión sexual o ayuntamiento carnal entre un hombre y una mujer siendo uno de ellos, o ambos, casados. (Sentencia N° 53, de fecha 30 de enero de 2006, Expediente N° 06628)”.*

2. *“El Código Penal Venezolano de 1926 ha sido objeto hasta el presente de cuatro reformas parciales, 1958, 1964, 2000 y 2005, circunscritas todas ellas a modificar delitos y penas de la Parte Especial, pues los principios generales contenidos en la Parte General han permanecido inalterados. Siguen siendo, por tanto, los mismos del Código Penal Venezolano de 1897, que los adoptó a su vez, del muy citado Código Zanardelli (1889), con los apreciables cambios que se le hicieron en el Código Penal Venezolano de 1915. Estas cuatro reformas parciales son las siguientes:*

La primera, en el año 1958, conforme al Decreto-Ley de Reforma Parcial del Código Penal, dictado por la Junta de Gobierno presidida por el Contralmirante Wolfgang Larrazabal, publicado en la Gaceta Oficial N° 25.777, del 4 de octubre de 1958.

La segunda, en el año 1964, conforme a la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, sancionada por el Congreso de la República durante la presidencia de Raúl Leoni, publicada en la Gaceta Oficial N° 915 Extraordinario de fecha 30 de junio de 1964, donde el delito de adulterio se encontraba contenido en los artículos 396 y 397.

La tercera, en el año 2000, conforme a la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, sancionada por la Comisión Legislativa Nacional durante la presidencia de Hugo Rafael Chávez Frías, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.494 de fecha 20 de octubre de 2000, donde el delito de adulterio se encontraba contenida en los artículos 396 y 397, sin modificaciones.

La cuarta y última (hasta el momento), en el año 2005, conforme a la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, sancionada por la Asamblea Nacional, también durante la presidencia de Hugo Rafael Chávez Frías, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.763 Extraordinario, de fecha 16 de marzo de 2005, reimpressa por error material en la Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario, de fecha 13 de abril de 2005”.

3. Que *“Del análisis que hemos realizado podemos explicar que en las diferentes reformas efectuadas en las últimas décadas y años, la referida norma objeto de este recurso ha permanecido sin alteraciones ni cambios de fondo desde 1897 y permaneció así incluso en el periodo de 1908-1935, vale decir, época de la dictadura Gomecista e inclusive mucho tiempo antes, donde por ejemplo, en la reforma del Código Penal de 1873, el capítulo ‘De los delitos contra la honestidad’ trata la figura del adulterio con mayor amplitud que en el Código anterior (1863), pero en el fondo la esencia siguió siendo la misma, es decir, la mujer adúltera será castigada con prisión de 6 meses a 3 años, en este sentido, siempre es castigada la relación sexual extramarital de la mujer, mientras que la libertad sexual del hombre casado es amplísima y sólo en casos extremos su ejercicio puede ser punible”.*

4. Que *“Entonces, se mantiene el principio de castigar a la mujer casada que tenga relaciones sexuales con un hombre que no sea su marido, y el hombre casado sólo es castigado cuando mantiene concubina en la casa conyugal o fuera de ella si el hecho es notorio, continuando a través del tiempo la desigual calificación entre los cónyuges de la conducta adúlterina, donde se configuraba siempre y a todo evento para la mujer, mientras que no así para el hombre”.*

5. Que *“En la mayoría de las legislaciones era una verdadera constante encontrarse con el hecho que, a la figura del adulterio se le imprimiera un tratamiento desigual basado en el sexo, sancionando con mayor rigor a la mujer, quien era repudiada socialmente e inclusive podía ser agredida mortalmente por aquel acto infiel, basándose en el simple alegato que, singularmente la mujer al efectuar esos actos adúlteros podría quedar encinta o embarazada por esa relación extramarital”.*

6. Que *“En ese entonces, la fidelidad de la esposa garantizaba la seguridad de ese linaje que se instituye y prolonga desde el matrimonio, por consiguiente, el honor dependía del juego de lealtades manifiesto desde el momento del compromiso o la unión matrimonial, de ahí, que el adulterio era en su entorno, la más deshonrosa de las actitudes, pues menoscaba el respeto de la comunidad por el cónyuge traicionado”.*

7. Que *“Así mismo, a lo largo de la historia, tradicionalmente, la mujer era considerada un ser inferior, que no ha tenido reconocido sus derechos, ha sido la mujer la que ha estado discriminada y subordinada, la que ha tenido su papel reservado en exclusiva al ámbito de lo privado y a la que se le valoraba el ser sumisa y obediente”.*

8. Que *“Al hablar del Código Penal vigente, sucede que estamos hablando de un Código Penal que aun es antiguo, un Código que todavía conserva facciones, huellas de la época de la colonia, un Código que efectivamente tiene una marcada influencia del Código de Zanardelli, además de la española y francesa, que para el momento de su promulgación se adaptaba a la realidad venezolana de esa época, pero después, con el desarrollo*

republicano la situación cambió, mas no se actualizaron regulaciones como la contemplada en los artículos 394 y 395 que quedaron plasmadas y siguieron sin modificaciones en las consecutivas reformas realizadas al Código que se adaptaron a los nuevos tiempos”.

9. Que *“Es por ello, que diversas críticas han sido expuestas contra el instrumento jurídico que contiene la norma que regula y sanciona el delito de adulterio. La norma trata de forma distinta si quien comete el delito es un hombre o una mujer, de esta manera, se interpreta en la norma que para los hombres sólo existe adulterio si la relación sexual extra marital se realiza en múltiples ocasiones, para la mujer, sólo se precisa la relación extra marital una vez para que sea declarada adúltera, situación que paradójicamente en la actualidad aun continua vigente en el Código, la discriminación establecida desde aquellos tiempos. Pero resulta que, el deber de fidelidad es reciproco entre ambos cónyuges por igual sin poder establecerse alguna diferencia en su configuración en atención al sexo del actuante”.*

10. Que *“La igualdad ante la ley, lleva a concebir el postulado que todas las personas son iguales ante la (sic) ella y que no existen ni prerrogativas ni privilegios de ningún tipo”.*

11. Que *“La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido de manera reiterada que, con fundamento en el artículo 21 Constitucional, ningún individuo puede ser discriminado, ni colocado en un plano de desigualdad respecto de aquellos aspectos en los que, por su condición de ser humano, es igual frente al resto de los individuos de la colectividad”.*

12. Que *“Así mismo observamos que, siendo en cualquier condición, de trabajador o trabajadora, de ciudadano o ciudadana, y, en general, respecto del ejercicio de sus derechos individuales (civiles, políticos, sociales, culturales, educativos y económicos) que le otorga la condición de persona, es, ante la Ley, igual al resto de la colectividad. Por lo que, el Constituyente dispuso que no puede existir discriminación entre los individuos de la sociedad que se encuentren ante situaciones análogas o similares situaciones de hecho”.*

13. Que *“De modo que, con la referida norma se pretende disciplinar el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales de todo aquello que sea necesario para asegurar una igualdad ante la ley de las mujeres en el ejercicio efectivo de sus derechos, siendo que en nuestro país, en nuestra legislación, por mandato constitucional, ante la ley hombres y mujeres son iguales”.*

14. Que *“Por otra parte, sirve para el análisis del caso de marras, la anulación de dicha normativa por la Sala Constitucional, visto que el principio de igualdad de rango constitucional, detiene la posibilidad que legislador establezca diferencias mediante privilegios, exenciones, moderación de penas o disminución de estas, las que conlleven a la discriminación entre otras por razones de sexo, entre quienes se encuentran en las mismas condiciones. Situación que se evidencia en la misma forma en el artículo 394 objeto del presente recurso, donde ante la misma situación, a la mujer adúltera se le castiga de diferente forma que al marido adúltero, y a éste último se le castiga si el hecho es notorio y con una pena menor al de la mujer”.*

15. Que *“De este modo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de sus decisiones, ha tenido que corregir algunos textos de las normas del Código Penal vigente, que no pueden ser aplicadas por encontrarse en franca contraposición con los principios y derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, frente al avance sobre todo en la consideración de las personas, la problemática de los derechos humanos”*.

16. Que *“Es por ello, que nuestra legislación apuesta a un Código Penal que se adapte a la Constitución y a la realidad nacional, es fundamental el planteamiento de un Código Penal adaptado al nuevo marco jurídico y a los nuevos principios constitucionales, que se adapte a las nuevas o modernas técnicas del derecho penal, a la realidad venezolana, sobre todo en el tiempo, y por último a las exigencias del derecho penal contemporáneo”*.

17. Que *“En este sentido, se destacan las políticas que vienen definiendo y fortaleciendo el Estado respecto a la igualdad de géneros, como por ejemplo, el Consejo Nacional Electoral informó sobre la aprobación de una resolución de paridad de género para postulaciones de los candidatos a las elecciones parlamentarias, reglamento especial que garantiza los derechos de participación política de la mujer”*.

18. Que *“Así mismo, en la actualidad se han impulsado y fortalecido los derechos humanos, económicos, sociales y culturales de las mujeres para que así exista una condición de igualdad paritaria junto a los hombres, con el objeto de eliminar la exclusión social y librar una lucha para dejar atrás la discriminación sustentada en el género femenino”*.

19. Que *“Finalmente, es evidente que en todas las sociedades ha pervivido la desigualdad entre los sexos, pero en este sentido es importante que nuestro modelo político se fundamente en erradicar los valores, creencias y prácticas que han mantenido la desigualdad entre los géneros, y así el Estado debe erigirse como garante de todos aquellos principios y derechos, así como adoptar medidas positivas para que la igualdad ante la Ley sea real y efectiva, con leyes que desarrollen las previsiones constitucionales”*.

20. Que *“En este sentido, el derecho penal debe garantizar a los ciudadanos que no serán penados por conductas que no estén expresamente previstas en la ley como punibles y a su vez que el tipo de pena sea coherente y respectiva con el delito cometido, uno de los principios fundamentales que deben considerarse dentro del Código Penal es en base a la proporcionalidad y racionalidad de las penas o rangos de penas, y es aquí, donde consideramos menester mencionar el artículo 395 del Código Penal Venezolano, que al igual que el artículo 394 objeto del recurso, se condiciona el delito cometido por el hombre “si el hecho es notorio”, y además la sanción de la pena no es acorde a la realidad, donde quizás podría preverse una escala de penas que permita acceder a alternativas distintas a la prisión en caso de penas de menor entidad”*.

21. Que *“Vale decir, que ciertamente ha existido la voluntad de adaptación del Código a los nuevos tiempos, a las exigencias de un Código Penal contemporáneo, a los avances de la ciencia penal global, cambios puntuales que se han plasmado en las diferentes reformas realizadas al Código Penal, promovido también como consecuencia de múltiples leyes*

especiales que tipifican y sancionan delitos, como por ejemplo, entre otras, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”.

22. Que *“Por último, considera esta representación legal, que tal distinción contemplada en los artículos 394 y 395 del Código Penal Venezolano, donde en el primero se castiga a la mujer adúltera con prisión de seis meses a tres años, mientras en el segundo, “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.(.)”, nos permite establecer en ellos una inconformidad con el ordenamiento constitucional vigente, en atención al principio de igualdad que expresa un tratamiento igualitario de todas las personas, sin distinciones basadas en el sexo, la raza, la religión, el credo, la condición social entre otras, y de una unificación de los derechos y deberes de la relación marital entre la mujer y su marido, considerando, que en la actualidad no se justifica en modo alguno que subsistan a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 este tipo de diferenciaciones de las personas derivadas del género”.*

23. Que *“Esta distinción podría acarrear, en nuestro criterio, una infracción al derecho a la igualdad y a la no discriminación, a que se contrae el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo que podría presumirse como incompatible la disposición impugnada con los postulados constitucionales, por contradecir manifiestamente el ya mencionado artículo 21, al establecer condicionamientos diferenciados en función del género y a la igualdad entre los cónyuges”.*

III

DE LA OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El 26 de noviembre de 2015, el Fiscal Primero del Ministerio Público ante la Sala Plena y Salas de Casación y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, consignó escrito contentivo de la opinión del órgano que representa, en los siguientes términos:

1. Que *“Al respecto el Ministerio Público observa que la solicitante alega que las normas cuya nulidad se solicita, vale decir, los artículos 394 y 395 del Código Penal, respectivamente, contravienen los Principios Constitucionales del Derecho de Igualdad y no Discriminación contenido en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como el de Igualdad Absoluta de los derechos de los Cónyuges, consagrada en el artículo 77 ejusdem”.*

2. Que *“Ahora bien, cabe recordar que el tipo penal de ADULTERIO que contiene el artículo 394 del Código Penal, se ha mantenido como tal desde que fue plasmado en el Código Penal del año 1863 en el artículo 1º, el cual posteriormente fue regulado (con identidad de supuestos) en el Código Penal de 1873 en su artículo 415”.*

3. Que *"En la antigüedad, el adulterio se tenía como un delito contra la propiedad y por ello se castigaba a la mujer, al entenderse ella como propiedad del marido como si de una cosa se tratara. De hecho, era entendido como un delito de gravedad capital, al cual le atribuyeron penas que iban desde la mutilación de algún órgano hasta la muerte por apedreamiento; penas estas que con suma preocupación se mantienen vigentes hasta la fecha en varios Países del Medio Oriente"*.

4. Que *"Muchas han sido las opiniones doctrinarias que condujeron a criminalizar ese tipo de conducta, al considerarse que es un hecho que quebranta la fidelidad conyugal; otros autores sostenían que va en contra de la honestidad, mientras que otros tantos, validaban su punición por tratarse de un tipo penal que destruye la familia y quebranta la institución del matrimonio"*.

5. Que *"Sin embargo, hay autores que opinan que esta conducta no debe ser castigada penalmente. En cuanto ello, y hecha una investigación documentológica, se pudo constatar que ya en algunas legislaciones extranjeras esta conducta ha sido despenalizada, ello como consecuencia de las largas discusiones que en cuanto a este tipo penal se hicieron en el marco de la celebración del Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en La Haya en el año 1964, en donde se concluyó que no debe ser incriminado penalmente"*.

6. Que *"Como puede observarse de la citada norma, de ella no se deriva una definición de lo que es el adulterio, limitándose el legislador de la época a establecer que solamente podrá cometer este hecho punible, la mujer casada que como sujeto activo calificado, tenga un encuentro sexual consentido con un hombre que no es su marido. Nótese además, que si bien, no especifica como se comete el adulterio (como si lo especifica quién suscribe) es claro que, para hablar de la configuración de este tipo penal, en la relación extra matrimonial debe mediar la existencia de la intimidad entre dos personas, en donde la mujer debe estar manifiestamente casada y hombre con quién las sostiene no puede ser su marido"*.

7. Que *"De manera que, conforme a las anteriores premisas tenemos que para que se configure el delito de adulterio conforme a la letra del artículo 394 del Código Penal Venezolano, deben concurrir los siguientes elementos:*

a) La existencia de un matrimonio formal y válidamente constituido.

b) La realización de un "...acto sexual..." por parte de la mujer con un hombre distinto a su cónyuge.

c) La intencionalidad y voluntariedad de cometerlo.

Por lo tanto, en conjugación con dichos elementos, el adulterio se configura cuando la mujer casada de manera voluntaria tiene relaciones sexuales con otro hombre que no es su esposo, siendo ambos sujetos, una vez demostrado este tipo penal, objeto de la sanción a la que se contrae el artículo 394 del Código Penal Venezolano, esto es, la pena de seis (6) meses a tres (3) años".

8. Que *“Ahora bien, cuando el adulterio es cometido por el hombre, el Legislador se desparta de tales consideraciones, estableciéndose para la configuración del tipo, otras exigencias sustanciales. Ello se deriva del contenido del artículo 395 del Código Penal, que sanciona al hombre casado si de manera notoria mantiene concubina en la casa conyugal o fuera de ella, privándolo además del poder marital y castigando de igual modo a la concubina”*.

9. Que *“Recordemos que el adulterio cometido por el hombre también fue instaurado en el Código Penal de 1863, en el artículo 3, llamado para esa época ‘...amancebamiento del marido...’ y luego de sus reformas, actualmente es denominado ‘...concubinato...’*

10. Que *“Hasta este punto podemos afirmar entonces, tal y como lo expresa la doctrina venezolana, que el delito de adulterio en sentido estricto sólo puede ser cometido por la mujer, mientras que el concubinato, es siempre cometido por el hombre, pese a que ambos tipos penales atentan contra las buenas costumbres y buen orden de la familia”*.

11. Que *“Así tenemos que, el adulterio como tipo penal se configura cuando surgen como requerimientos indispensables los siguientes:*

a) *La necesidad de una relación sexual continua de un hombre casado con una mujer que no es su esposa. Y,*

b) *Que el marido mantenga a la concubina en la casa conyugal o también fuera de ella, pero en este último caso, es necesario que el hecho sea notorio”*.

12. Que *“ (...) se puede constatar la desigualdad de condiciones existentes en ambos tipos penales, al tratarse el adulterio con elementos y exigencias distintas dependiendo del sujeto activo que lo comete, a saber, la mujer o el hombre. Así las cosas, y recapitulando consideraciones hechas en líneas atrás, vemos que mientras que en el caso de la mujer se configura de manera instantánea el adulterio con la simple relación sexual (así sea una) que sostenga con un hombre distinto a su marido, en el hombre se necesita que esa relación sexual sea continua y permanente con una mujer determinada que no es su esposa, por lo que, las relaciones sexuales que esporádicamente mantenga un hombre con una o varias mujeres distintas a su esposa no configuran el delito de adulterio (concubinato), al no mediar la permanencia en el tiempo de esta relación”*.

13. Que *“De manera que, conforme a lo dispuesto en el artículo 395 del Código Penal, se puede aseverar que es válido jurídicamente, que el hombre casado puede mantener relaciones sexuales esporádicas con cualquier mujer que no sea su esposa, siempre que estos no sean permanentes”*.

14. Que *“De cara a ello, vemos entonces como estas disposiciones penales configuran y además castigan el delito de adulterio de manera distinta para la mujer y el hombre, evidenciándose el trato desigual para los autores y coautores del adulterio y el concubinato en cuanto a las penas aplicables, las cuales resultan discriminatorias y contravienen en consecuencia los principios constitucionales de los derechos a la igualdad y no discriminación previstos en el artículo 21 de nuestra actual Constitución de la*

República Bolivariana de Venezuela, así como el derecho de los cónyuges en condiciones de igualdad, reconocido en el artículo 77 eiusdem”.

15. Que “ (...) De las anteriores disposiciones constitucionales y jurisprudenciales se colige por una parte, que el derecho a la igualdad y no discriminación se refiere a que todas las personas son iguales ante la ley y que el Estado garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva, y que en este sentido se deben adoptar todas las medidas necesarias a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados dada su vulnerabilidad. Y por otra parte, que se tendrá como un trato discriminatorio aquellos casos en los cuales se compruebe que ante circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se manifieste un tratamiento desigual, es decir, que se esté en presencia de una situación en la cual se otorgue un tratamiento jurídico distinto a dos sujetos en idéntica situación”.

16. Que “En base a ello, podemos afirmar que los artículos 394 y 395 del Código Penal, respectivamente, contradicen los postulados constitucionales consagrados en los artículos 21 y 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que la forma de criminalización que contemplan son distintos para el hombre y la mujer, pese a que el delito de adulterio debe darse en idénticas condiciones para cada uno de ellos, ya que el bien jurídico tutelado no es otro sino el deber de fidelidad que debe reinar en una pareja, el cual tiene necesariamente que ser recíproco entre ambos, por lo que no debe establecerse diferencia alguna en la configuración de dichos delitos y su grado de pena, en atención solo al sexo actuante”.

17. Que “El matrimonio, como fórmula de convivencia social, debe ser protegido por los Estados, por ser éste el inicio de la familia. Nuestro Constituyente de 1.999 así lo entendió y le concedió rango constitucional en el artículo 77. Esta institución, nace del sentimiento, de la querencia mutua, del afecto que se jura eterno, del respeto y de la fidelidad. Es una intangible situación emocional que se llama amor y se aferra, entre otras cosas, a la vida en pareja. Es algo privado entre dos, algo que se hace en muchos casos indispensable y dura hasta el final de sus vidas”.

18. Que “Ahora bien, ¿qué pasa en un matrimonio en donde este deber de fidelidad se pierde? A nuestro juicio, se activaría una de las causales de divorcio, entendido este (el divorcio) como la fórmula más drástica para resolver las controversias surgidas en el matrimonio, tal como lo consagra el artículo 185 del Código Civil, cuando en su ordinal 1º contempla el adulterio como causal de divorcio y a pesar de no señalar el concubinato como una de sus causales, sin embargo, también sería procedente de conformidad con la jurisprudencia vinculante dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que dejó establecido que las causales de divorcio contempladas en el citado artículo 185, no son taxativas, pudiéndose demandar el divorcio por cualquier otra situación que impida la continuación de la vida en común”.

19. Que “De manera que, teniendo el matrimonio una vía de solución jurídica frente a una posición de infidelidad, como lo es el divorcio, no debe sancionarse penalmente la conducta infiel, máxime si se hace como en el caso de los artículos 394 y 395 del Código Penal Venezolano, de manera discriminatoria”.

20. Que *“Conforme a la jurisprudencia el Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal, tiene como rasgo fundamental la exigencia necesaria por parte de la sociedad de la intervención del Derecho Penal, por lo que cuando la sociedad pueda ser resguardada por otras vías que sean menos lesivas para los derechos individuales, el Derecho Penal deja de ser necesario; por tanto que, éste será necesario cuando los mecanismos extrapenales no sean suficientes para garantizar la protección de los intereses de la sociedad”*.

21. Que *“teniendo la institución del matrimonio una vía de solución civil como lo es la figura del divorcio, cuando el conflicto surja por la falta de fidelidad y fe que deben guardarse los cónyuges, debido a una conducta adultera, el derecho penal en estos casos deja de ser necesario. Así las cosas, la conducta adultera no debe ser criminalizada y mucho menos penalizada, razones por las cuales opino que los artículos 394 y 395 del Código Penal, deben ser suprimidos totalmente”*.

22. Que *“En virtud de las razones expuestas opino que la presente acción de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 394 y 395 del Código Penal, debe ser declarada CON LUGAR en los términos antes expuestos, ya que no solo atentan contra los principios constitucionales al Derecho de Igualdad y no Discriminación, consagrados en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en contra del derecho de los cónyuges en condiciones de igualdad, reconocido en el artículo 77 eiusdem, sino también en contra del Principio de la Mínima Intervención del Derecho Penal, establecido en el artículo 2 de nuestra Ley Suprema”*.

IV

DE LA OPINIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El 14 de abril de 2016, mediante escrito presentado por las ciudadanas Laurie Annie Meneses Sifontes y María Liliana Alvillar, la primera en su carácter de Directora de Recursos Judiciales y la segunda en su carácter de Defensora III, adscrita a la Dirección General de Servicios Jurídicos de la Defensoría del Pueblo, consignan escritos de alegatos relativos a la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 394 del Código Penal Venezolano, en los siguientes términos:

III

DEL CRITERIO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

“La Defensoría del Pueblo como Institución Nacional de Derechos humanos garante de los derechos constitucionales pasa a exponer su posición institucional en los términos siguientes:

CONSIDERACIONES DE HECHO

I.- La norma impugnada

El delito de adulterio es tipificado por el Código Penal venezolano en los artículos 394 y 395, en los términos que a continuación se exponen:

ADULTERIO

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

CONCUBINA NOTORIA

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.

Las normas transcritas evidencian un trato diferenciado entre los sujetos regulados por ésta, dependiendo de su género, es decir, en el caso del hombre, el adulterio es llamado concubinato notorio y tiene como requisito fundamental la notoriedad pública del mismo, mientras que en el caso del delito de adulterio para la mujer solo se requiere la realización del acto para que se constituya la conducta típica y antijurídica.

Por otro lado, con relación a las penas establecidas en los mencionados artículos, de igual manera se puede visualizar una clara diferencia en las penas de éstos delitos, ya que en el caso del precitado artículo 394 la mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años, mientras que en el caso del artículo 395, el marido que mantenga un concubinato notorio será castigado con prisión de 3 a 18 meses.

II.- Acción de nulidad incoada.

En fecha 14 de abril de 2015, la ciudadana Enid Méndez Ríos representada por el ciudadano abogado Héctor Del Valle Centeno Guzmán interpuso acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra el artículo 394 del Código Penal, bajo los siguientes argumentos:

(...)

CONSIDERACIONES DE DERECHO

1.- Estado Social de Derecho y de Justicia

En Venezuela, el concepto de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia se vislumbró a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, permitiendo la reestructuración de las formas del Poder Público y del ordenamiento jurídico, creando un puente impregnado de justicia material para conectar a la sociedad y el derecho, haciendo posible la consecución de los fines del Estado y la garantía y respeto de las libertades ciudadanas; en tal sentido el artículo 2 del Texto fundamental señala lo siguiente:

'Artículo 2.- Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político'.

De la norma precedente, debe necesariamente rescatarse que al asumirse como valores superiores del Estado la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia y la preeminencia de los derechos humanos, se asume como guía del actuar de éste la inclusión y protección de los grupos más vulnerables de la sociedad en el marco de los derechos humanos y del respeto a su dignidad, a objeto de equilibrar las condiciones y oportunidades para que todos los miembros de la sociedad puedan alcanzar el desarrollo pleno de su personalidad y disfrutar de una vida en paz y felicidad.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 85, de fecha 24 de enero de 2002, caso: Asodeviprilara, realizó consideraciones de gran importancia referidas al Estado Social y de Derecho en Venezuela, las cuales traemos a colación para desarrollar el presente capítulo:

(...)

En consecuencia, esta nueva visión de Estado trajo consigo un nuevo enfoque de los derechos de los ciudadanos, especialmente en cuanto a las mujeres se refieres, otorgándoles igualdad de oportunidades y como grupo vulnerable creando instrumentos para garantizar y proteger sus derechos, de manera tal que estos puedan ser ampliados y reforzados, a fin de garantizar un ejercicio pleno y una equidad real entre los sujetos que componen la sociedad.

II.- Derecho a la igualdad y no discriminación

La igualdad y no discriminación constituyen un principio fundamental del derecho de los derechos humanos. En efecto, como lo ha reconocido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización

de las Naciones Unidas (ONU) en su Observación General N° 16, la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de todos los derechos humanos, es uno de los principios fundamentales reconocidos por el derecho internacional y recogido en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU (hoy Consejo de Derechos Humanos) en su Observación General N° 18 ha señalado que la no discriminación junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación, constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos.

En plena sintonía con estas consideraciones, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce plenamente el principio de la igualdad de derechos, otorgándole consagración expresa como derecho constitucional. Así, la Exposición de Motivos de nuestra Carta Fundamental establece que:

(...)

En el mismo, sentido el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra:

(...)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en sus artículos 1 y 2 consagran la igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

(...)

De la lectura de los artículos ut supra transcritos, se desprende que el derecho a la igualdad implica brindar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en idénticas o semejantes condiciones, no siendo admisible tratos desiguales fundados en la raza, sexo, credo o la condición social, entre otras, correspondiendo a la Ley, de igual forma, generar las condiciones para que esa igualdad sea real y efectiva.

Entonces, lo que busca el principio de igualdad en el campo del derecho es justamente el reconocimiento de que todos los sujetos amparados por el ordenamiento jurídico tienen la misma capacidad para el goce y ejercicio de las mismas facultades y derechos otorgados por la norma en la medida que los criterios de razonabilidad justificación lo permitan, es decir, es claro que no puede existir total igualación entre todos y cada unos de los sujetos de derechos, en razón de la existencia de una cantidad infinita de sujetos y situaciones sometidos a regímenes especiales en virtud de una regulación normativa, sin embargo, lo que se pretende es tratar de manera igual a los

iguales y desigualmente a los que no pueden invocar esas mismas condiciones y circunstancias predeterminadas por la Ley, ya que estas no obedecen a intereses de índole individual sino de utilidad general, así lo estableció la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante Sentencia Número 01131 de fecha 24 de noviembre de 2002. De igual manera, esta Honorable Sala Constitucional señaló en Sentencia N° 1197 de fecha 17 de octubre de 2000 lo siguiente:

(...)

De igual forma, reiteró la Sala el criterio supra transcrito en Sentencia N° 266 de fecha 17 de febrero de 2006, momento en el cual destacó que:

(...)

Entonces, el principio de igualdad se refiere a la eficacia de la norma frente a los sujetos a los cuales debe ser aplicada sin que medie trato diferenciado entre ellos, siempre y cuando ambos estén en los mismos supuestos y bajo las mismas circunstancias.

III.- Igualdad en la institución matrimonial.

Como ya se señalado precedentemente, los principios de igualdad y no discriminación abarcan todos los aspectos de la vida de las personas, y deben ser respetados por el Estado en todas las circunstancias. Como reflejo de ello, el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce a hombres y mujeres los mismos derechos en relación con el matrimonio, en los términos siguientes:

(...)

La citada disposición constitucional de manera clara y contundente otorga igualdad absoluta de derechos a los cónyuges en el matrimonio, lo que necesariamente implica igualdad en todos los aspectos que están vinculados con la unión matrimonial, entre los cuales se incluyen el deber de guardar fidelidad a la relación matrimonial.

Asimismo, resalta la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), cuyo artículo 17 expresa que:

(...)

La existencia de derechos y deberes dentro del matrimonio en condiciones de igualdad, implica la prohibición de cualquier medida o forma de discriminación relacionada con la institución del matrimonio, que no esté fundamentada en criterios razonables y proporcionales en relación con el

objetivo perseguido, razón por la cual, los deberes conyugales deben ser cónsonos con el principio de igualdad en cualquier normativa que pretenda regular dicha institución.

III.- Consideraciones finales

Una vez analizados los argumentos esgrimidos por la parte accionante, estudiado la normativa impugnada y las disposiciones constitucionales y legales del ordenamiento jurídico interno, así como los tratados internacionales relativos a derechos humanos y relacionados con las normas aquí impugnadas, necesariamente esta representación judicial debe colegir lo siguiente:

El delito de adulterio como conducta típica y antijurídica está establecido por el legislador venezolano como un hecho punible que al parecer solo se comete por la mujer, es decir, en sí, no existe adulterio para el hombre, el delito cometido por éste es tipificado de acuerdo al artículo 395 del Código Penal como 'concubina notoria', refiriéndose nuevamente al género femenino y necesariamente para su comisión debe reunir una serie de condiciones y requisitos indispensables, los cuales no están presentes en el delito de adulterio establecido en el artículo 394 del Código Penal para el caso de la mujer.

En tal sentido, la norma impugnada prevé una pena para la autora y el coautor de dicho delito, constituyendo entonces dicha norma en un mandato de aplicación exclusiva para un género, donde la conducta tipificada se aplica a la cónyuge y su coautor, sin que exista posibilidad alguna para que el esposo incurra en tal conducta, pues los términos de la normas son claros e inteligibles al referirse a la 'mujer adúltera'.

Aunado a lo anterior, el artículo 395 del Código Penal prevé que para el caso del marido, el delito se considera como concubinato notorio, el cual se produce sí y solo sí, el cónyuge mantiene una concubina en la casa conyugal o cuando fuera de ésta sea notorio, de lo contrario, no se produce el delito, todo lo cual claramente vulnera el derecho humano a la equidad de género, desvirtuando por completo el principio de igualdad ante la ley propugnado por la República Bolivariana de Venezuela como Estado Social de Derechos y de Justicia, y así solicitamos sea declarado.

Como corolario de lo anterior, considera esta instancia defensorial que no existen fundamentos jurídicos, que justifiquen tal diferencia entre ambos géneros, pues se trata de sujetos iguales en condiciones o circunstancias similares, que de acuerdo a los preceptos legales tienen los mismo derechos y obligaciones dentro de la institución matrimonial, tal como se expuso anteriormente, por lo cual se considera que la disposición impugnada resulta completamente contraria al contenido de los principios, derechos y garantías consagrados por el Texto Fundamental, finalizando en un trato

discriminatorio en perjuicio de las mujeres y su condición de esposas, todo lo cual se insiste deriva en una violación al principio de igualdad y no discriminación constitucionalmente establecido.

En tal sentido, cabe enfatizar que al producirse en el año 1999, un episodio trascendental en la realidad política y jurídica de nuestro país, con la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, uno de los instrumentos más avanzados y completos del derecho internacional, mediante la cual se incorporó un amplio catálogo de derechos humanos, sin precedente en la historia constitucional venezolana y universal, se produjo también el reconocimiento de los derechos de los de los sectores débiles dentro del ámbito jurídico y una ampliación del reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, permitiendo que el espectro del mismo se materializara como un brazo de la justicia en todas las instancias de la sociedad venezolana.

Por ello, resulta incongruente la existencia de una disposición legal que sancione al género femenino con una mayor pena por el solo hecho de ser mujer, discriminando de manera obvia e inconstitucional a uno de los sujetos de la relación matrimonial, los cuales dentro del ordenamiento interno tienen iguales deberes e iguales derechos, ratificando dicho trato diferenciado al castigar al hombre con una pena menor, con un delito diferente y estableciendo condiciones adicionales para la procedencia del delito, fundamentado en su carácter de género masculino, derivado de la preconcepción machista históricamente concebida donde persevera el dominio del hombre sobre la mujer, marido sobre esposa. Y así solicitamos se declare.

En conclusión, la existencia de un trato diferenciado dentro de una disposición legal de la naturaleza del artículo 394 del Código Penal, no tiene asidero en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues al constituir ésta el Estado Social y al consagrar el principio de igualdad, estableció un vínculo indisoluble entre los ciudadanos y el ordenamiento jurídico, permitiendo que la justicia material sea un hecho y logrando el respeto y garantía de todos y cada uno de los miembros que componen la sociedad, razón por la cual solicitamos se declare la nulidad del mencionado artículo y se equiparen ambos géneros en el establecimiento de la conducta típica y antijurídica.

V

MOTIVACIÓN PARA LA DECISIÓN

Determinada la competencia, admitida la presente solicitud de nulidad de las norma prevista en el artículo 394 del Código Penal, mediante sentencia n.º 715 del 17 de junio de

2015, en la cual se extendió el examen de constitucionalidad a la disposición contemplada en el artículo 395 *eiusdem*, pues “del contenido de la presente solicitud se desprende que también formula objeciones e impugna constitucionalmente la norma contenida en el artículo 395 *eiusdem*, la cual se encuentra estrechamente vinculada a la primera”; advertido que el presente asunto es de mero derecho (ver sentencias nros.º 993 del 16 de julio de 2013 y 988 del 1º de agosto de 2014 dictadas por esta Sala) y examinado el fondo de la presente demanda, junto a los también exhaustivos y coincidentes, en general, análisis jurídicos efectuados por las representaciones de la Asamblea Nacional, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo, esta Sala pasa a pronunciarse sobre el mérito del presente asunto, en atención a los alegatos expuestos, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1.- Del fundamento de la acción y de los alegatos de los demás sujetos procesales.

La accionante ciudadana Enid Beatriz Méndez Ríos, interpuso ante esta Sala solicitud de nulidad parcial por inconstitucionalidad, contra el artículo 394 del Código Penal Venezolano vigente, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinario N° 5.768 del 13 de abril de 2005; por cuanto, según señala, tal disposición vulnera flagrantemente el principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como la igualdad de los derechos de los cónyuges establecido en el artículo 77 *ejusdem*, ya que existen diversas leyes que en sus disposiciones normativas establecen el derecho a la igualdad y no discriminación hacia la mujer como la Ley Orgánica sobre el Derecho a la Mujer a una Vida Libre de Violencia (artículo 3º) y la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer (artículos 1, 3, 5 y 6).

La representación de la Asamblea Nacional, puntualizó entre sus argumentos, que la distinción contemplada en los artículos 394 y 395 del Código Penal Venezolano, se hace en referencia a que en el primero de los artículos mencionados se castiga a la “mujer adúltera” con prisión de seis meses a tres años, mientras en el segundo de los artículos (art.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*”, permitiendo establecer en

ellos una inconformidad con el ordenamiento constitucional vigente, en atención al principio de igualdad que expresa un tratamiento igualitario de todas las personas, sin distinciones basadas en el sexo, la raza, la religión, el credo, la condición social entre otras, y de una unificación de los derechos y deberes de la relación marital entre la mujer y su marido, considerando, que en la actualidad no se justifica en modo alguno que subsistan a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 este tipo de diferenciaciones de las personas derivadas del género.

La representación del Ministerio Público, apuntaló que los artículos 394 y 395 del Código Penal, respectivamente, contradicen los postulados constitucionales consagrados en los artículos 21 y 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que la forma de criminalización que contemplan es distinta para el hombre y la mujer, pese a que el delito de adulterio debería darse en idénticas condiciones para cada uno de ellos, ya que el bien jurídico tutelado no es otro sino el deber de fidelidad que debe reinar en una pareja, el cual tiene necesariamente que ser recíproco entre ambos, por lo que no debe establecerse diferencia alguna en la configuración de dichos delitos y su grado de pena, en atención solo al sexo actuante.

La representación de la Defensoría del Pueblo, señaló que la norma impugnada prevé una pena para la autora y el coautor de dicho delito, constituyendo entonces dicha norma en un mandato de aplicación exclusiva para un género, donde la conducta tipificada se aplica a la cónyuge y su coautor, sin que exista posibilidad alguna para que el esposo incurra en tal conducta, pues los términos de la normas son claros e inteligibles al referirse a la ‘mujer adúltera’.

Asimismo, la representación de la Defensoría del Pueblo puntualizó que el artículo 395 del Código Penal prevé que para el caso del marido, el delito se considera como concubinato notorio, el cual se produce sí y solo sí, el cónyuge mantiene una concubina en la casa conyugal o cuando fuera de ésta sea notorio, de lo contrario, no se produce el delito, todo lo cual claramente vulnera el derecho humano a la equidad de género, desvirtuando por completo el principio de igualdad ante la ley propugnado por la República Bolivariana de Venezuela como Estado Social de Derechos y de Justicia.

Finalmente, puntualizó que no existen fundamentos jurídicos, que justifiquen tal diferencia entre ambos géneros, pues se trata de sujetos iguales en condiciones o circunstancias similares, que de acuerdo a los preceptos legales tienen los mismo derechos y obligaciones dentro de la institución matrimonial, tal como se expuso anteriormente, por lo cual se considera que la disposición impugnada resulta completamente contraria al contenido de los principios, derechos y garantías consagrados por el Texto Fundamental, finalizando en un trato discriminatorio en perjuicio de las mujeres y su condición de esposas, todo lo cual se insiste deriva en una violación al principio de igualdad y no discriminación constitucionalmente establecido.

2.- Introducción al análisis jurídico de los alegatos expuestos.

Sobre la base de lo expuesto, esta Sala examinará, desde una perspectiva jurídica y en atención a los planteamientos expuestos por los intervinientes, la constitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos 394 y 395 del Código Penal Venezolano, objeto del proceso de autos, las cuales prevén lo siguiente:

TITULO VIII

De los Delitos contra las Buenas Costumbres y Buen Orden de las Familias

(...)

CAPÍTULO V

Del adulterio

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

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.

Así pues, ambas normas se cobijan bajo el título “Del adulterio”. La primera lo hace desde ~~la óptica de la esposa como sujeto activo del delito, mientras que la segunda desde la~~ perspectiva del esposo, aun cuando resulta evidente que ambos tipos penales tienen una configuración que los distancia sustancialmente, no sólo en lo que atañe a los elementos típicos, sino desde el enfoque del bien jurídico e, inclusive, de la sanción respectiva, razón que explica, inclusive, los disimiles *nomen iuris* que reciben ambas normas en la doctrina (adulterio y mantenimiento de concubina en casa conyugal en situación de notoriedad).

Ese trato diferenciado hace pensar en las diferencias biológicas entre hombre y mujer desde la perspectiva reproductiva (probable predominio en este contexto de la teoría de la *turbatio sanguinis*, *vid. infra*), pero también en el trato social y jurídicamente diferenciado que históricamente ha recibido el hombre respecto de mujer, toda vez que los valores de la fidelidad y de la confianza conyugal (especialmente la sexual), aun cuando se muestra evidente en el adulterio propiamente dicho, es decir, el adulterio desde la óptica de la mujer -utilizando en enfoque axiológico de esas normas remotas (artículo 394)-, no encuentra correspondencia ni en la norma siguiente (artículo 395), ni en ese capítulo ni el resto del Código Penal, toda vez que, como se apreciará a continuación, para que el marido incurra en “adulterio”, no basta por lo menos un encuentro sexual extramarital, por muy fugaz que fuere (lo que de por sí vulneraría la fidelidad sexual conyugal, de forma similar a como ocurre con el artículo 394), sino que, para que su conducta sea penalmente relevante en lo que a esta materia concierne, es necesario mantenga concubina en la casa conyugal (lo que advierte que no es significativo desde el ámbito de esta norma, la fidelidad conyugal desde la óptica marido, ergo, que sólo le corresponde a la mujer ser conyugalmente fiel para evitar defraudar este contexto penal, mientras que al hombre no, sin que se advierta, de entrada, justificación válida para ello, al menos en lo que respecta al marco jurídico-constitucional actual), o también fuera de ella, si el hecho es notorio, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses; circunstancia que advierte, en definitiva, un tratamiento punitivo mucho menos contundente en lo que atañe al hombre que incurre en esa específica forma de “adulterio”, no sólo en lo que respecta a la configuración del tipo penal, sino también a la pena, salvo en lo que respecta a la particular norma prevista en el artículo 396 *eiusdem*, que equipara la pena en ambos casos, ante la verificación de alguno de los supuestos contemplados en ella:

Artículo 396. Si los cónyuges estaban legalmente separados, o si el cónyuge culpable había sido abandonado por el otro, la pena de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores, será, para cada uno de los culpables, prisión de quince días a tres meses.

Tal visión, que hoy día pudiera ser calificada de predominantemente sexista, machista y, en fin, contraria, por lo menos, a una dimensión de los principios generales igualdad ante la ley y dignidad humana, postulados generales del Derecho con expresión constitucional directa (artículos 3 y 21), lo que especialmente advierte el final del artículo 395 *sub examine*, el cual, únicamente desde la óptica masculina, alude a la pérdida del “poder marital” (“La condena produce de derecho la pérdida del poder marital”), lo que evidencia la concepción del matrimonio como una relación de poder vertical, del hombre respecto de la mujer, contraria a la vinculación conyugal horizontal que establece el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (igualdad de derechos y de deberes).

3.- Análisis jurídico de las disposiciones objeto del presente juicio de nulidad.

Ahora bien, antes de seguir profundizando en ese orden de consideraciones vinculadas a los alegatos expuestos, los cuales se circunscriben básicamente al señalamiento de trato jurídicamente desigual y no a otros aspectos jurídicos, como pudieran ser los vinculados a la utilidad y necesidad de la intervención penal en esta materia, y mucho menos a valoraciones de orden religioso, ético o moral que cuando menos no encuentren reflejo en el Derecho Patrio (sin desmeritar su importancia social e individual), en aras precisamente de honrar el derecho a la igualdad de todas las personas, sin distinción, ante la ley; sin que ello excluya la necesaria reflexión que también deben asumir o continuar asumiendo otros ámbitos del Poder Público - conforme a sus atribuciones - y del Poder Popular, en aras de seguir profundizando la protección de los valores constitucionales, en especial, de la familia y de los derechos inherentes a niños, niñas y adolescentes, que ha impulsado de forma inédita la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

3.1.- Sobre el delito de adulterio por parte de la esposa (artículo 394 del Código Penal)

En primer lugar, se observa que el artículo 394 del Código Penal no describe el adulterio, circunstancia que hace pertinente fijar un marco conceptual, además de evocar los principios de taxatividad, tipicidad, legalidad, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, además de las exigencias de *lex certa* y *lex stricta*, fundamentales en un Estado de Derecho y en un Estado de justicia.

Al respecto, desde cierta perspectiva, una enunciación de adulterio (Del lat. *adulterium*.) es la que la concibe 1. m. Relación sexual voluntaria entre una persona casada y otra que no sea su cónyuge. 2. m. desus. Falsificación, fraude (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

Sobre la denominación de adulterio hay dos hipótesis que explican la etimología de la palabra. Para algunos viene de la expresión latina "*quod ad alterium Thorum*", o sea, el que va al lecho ajeno; y otros suponen que se deriva del latín "*adulterare*", que quiere decir adulterar, "*la mujer adultera la prole*" (Universidad Central de Venezuela. *Código Penal de Venezuela*. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. VI. Página 616).

El artículo 394 del Código Penal contempla el tipo básico o base de adulterio, el cual se consagra en nuestra legislación desde 1863, habiendo sido tomada del artículo 87 del Código Penal Español de 1850.

A partir del Código Penal de 1897 se toma esta disposición del artículo 353 del código penal italiano de 1889, cuyo texto es el siguiente: "*La mujer adúltera se castiga con prisión de tres a treinta meses. La misma pena es aplicable al coautor del adulterio*".

El tipo penal de adulterio previsto en el artículo 394 del Código Penal venezolano ha tenido el siguiente recorrido legal (esencialmente preconstitucional, pues prácticamente se ha mantenido inalterado en el tiempo), que esta Sala estima oportuno resaltar, a los efectos de comprender de manera sistemática la valoración histórica de tal regulación:

En el Código Penal de 1863, estaba establecido en el título referido a los delitos contra la honestidad (artículo 1 de ese título).

En el Código Penal de 1873, en el artículo 416.

En el Código Penal de 1897, en el artículo 360.

En el Código Penal de 1904, en el artículo 351.

En el Código Penal de 1912, en el artículo 366.

En el Código Penal de 1915, en el artículo 378.

En el Código Penal de 1926, en el artículo 396.

En el Código Penal de 1964, en el artículo 396.

En el Código Penal de 2000, en el artículo 396.

En el Código Penal de 2005, en el artículo 394.

Dicha norma del artículo 394 del Código Penal contempla el tipo básico de adulterio que, junto a la bigamia (art. 400 ss *eiusdem*), han sido considerados dentro de los llamados “*delitos matrimoniales*”.

Ahora bien, como se indicó antes, el precepto contemplado en el artículo 394 del texto penal sustantivo fundamental no describe expresamente el adulterio como lo hacía el artículo 415 del Código Penal de 1873, el cual establecía que “*Comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada aunque después se declare nulo el matrimonio*”.

Concretamente, el delito previsto en el artículo 394 del Código Penal comprende:

- a) “*la mujer adúltera*”, lo que supone la materialidad del hecho, o sea, el acoplamiento sexual con un hombre que no es su marido.
- b) seguidamente establece el *quantum* de la pena, estableciendo que “*será castigada con prisión de seis meses a tres años*”.

c) y finalmente, el artículo prevé que *“la misma pena es aplicable al coautor del adulterio”*, lo que implica pluralidad de sujetos.

Así pues, el tipo base de adulterio, denominado adulterio de la mujer, utiliza la denominación en un primer supuesto de la norma *“la mujer adúltera”* como descripción típica, la cual consiste, como se expresó y como se deriva de una interpretación histórica, en que la mujer casada tenga una relación carnal con otro hombre que no sea su esposo.

En este contexto se hace especialmente pertinente y útil la referencia a la concepción de la doctrina donde se establece que para que el delito de adulterio tenga existencia jurídica es necesario que se realice acto carnal, y basta con la realización de un solo acto carnal.

Este tipo penal se considera como un delito bilateral porque consiste en el acto carnal entre una mujer casada y un hombre que no es su esposo.

Al respecto, un sector de la doctrina sostiene, como se precisó en líneas anteriores, la existencia de un matrimonio válido, considerándose como tal el anulable, mientras no se haya declarado judicialmente su nulidad, pero no el inexistente por no haberse cumplido todos los requisitos esenciales a su contracción. No puede hablarse de adulterio cuando falta el matrimonio, bien porque no haya existido, o porque haya dejado de existir por muerte del marido, por anulación o por divorcio (Universidad Central de Venezuela. *Código Penal de Venezuela*. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. VI. p. 619). Ver igualmente Grisanti Aveledo, Hernando. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 18° Edición. Vadell Hermanos Editores, 2006, p. 460.

En tal sentido, destaca a su vez un sector de la doctrina patria con relación al llamado *“adulterio de la mujer”*, que habría tentativa *si el marido, oculto en la casa irrumpe en la pieza en donde se encuentran los amantes cuando se disponían a realizar la conjunción carnal y se suspende el acto* (Mendoza T. José Rafael. *Curso de Derecho Penal Venezolano. Compendio de Parte Especial*. Tomo II, Sexta edición, Caracas, 1983, pp. 349-351), constituyendo desde tal óptica un delito plurisubsistente (aquel cuya conducta puede fraccionarse, permitiendo la existencia de formas de imperfecta realización típica).

Asimismo, sin que la Sala prejuzgue al respecto, ese mismo autor considera que *el adulterio es considerado un delito histórico porque al implantarse en un Estado el divorcio, ya no existen razones jurídicas ni sociales que fundamenten la punibilidad de la violación de la fe conyugal, ya que tal violación sólo debería dar lugar a la disolución del vínculo civil (Ibídem, 387)*; desde esa óptica, algunos autores parecieran estimar que la consecuencia jurídica-civil que implica el divorcio sería la medida suficiente y proporcional en lo que respecta al control social en ese ámbito, excluyendo la intervención penal.

Por otra parte, el artículo 394 no sólo sanciona la conducta de la esposa adúltera, sino también establece la misma sanción para el “coautor”; aunque desde cierta perspectiva pareciera explicarse mejor desde la teoría de la participación, bajo la figura del cooperador inmediato –artículo 83 del Código Penal- toda vez que el mismo no lesiona la fidelidad sexual respecto del marido de la mujer (pues él no le debe fidelidad al esposo de su amante), sino que interpone un aporte insoslayable para que la esposa de aquel quebrante tal fidelidad que soporta la confianza conyugal, al menos tal como jurídicamente se concibe hoy día. En todo caso, aun cuando se llegase a estimar cooperador inmediato, tanto el artículo 83 como el 394 del Código le imponen la misma sanción del autor, es decir, como si fuera un autor, en razón de la relevancia del aporte criminoso.

Este tipo penal se considera como un delito bilateral, de encuentro o de participación necesaria porque no puede consumarlo una sola persona, sino que exige la intervención de otro sujeto.

En ese orden de ideas, ambas normas objeto del presente test de constitucionalidad, previstas en los artículos 394 y 395 del Código Penal, se encuentran en el TÍTULO VIII del Código Penal, intitulado “*De los Delitos contra las Buenas Costumbres y Buen Orden de las Familias*”; lo cual advierte los socialmente cardinales bienes o intereses jurídicos que se vinculan a tales normas, aun cuando el legislador pareciera haberlos enfocado más desde la perspectiva individual que colectiva, y, en fin, más desde el ámbito privado que desde el público (lo que se correspondería con la visión preponderante e históricamente liberal de ese instrumento legal), tal como puede advertirse en los artículos 397 al 399 *eiusdem*, los cuales prevén, por ejemplo, (i) que tales delitos son de instancia de parte agraviada, (ii) que

la instancia se extinguirá transcurrido un año desde que el agraviado tuvo conocimiento del adulterio, (iii) ~~exención de pena por reciprocidad o favorecimiento de prostitución o~~ corrupción de la esposa, (iv) así como también la figura del desistimiento de la acción, incluso luego de la condena, el cual la hace cesar, al igual que la muerte del cónyuge acusador.

Artículo 397. En lo que concierne a los delitos previstos en los artículos precedentes, el enjuiciamiento no se hará lugar sino por acusación del marido o de la mujer. La querella comprenderá necesariamente al coautor del adulterio o a la concubina.

La instancia o querella no es admisible si ha transcurrido un año desde la fecha en que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del adulterio cometido.

La acusación no será tampoco admisible si procede del cónyuge por cuya culpa se hubiere pronunciado sentencia de separación de cuerpos.

Artículo 398. El culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes quedara exento de pena:

1. En el caso de acusación o querella del marido, cuando la mujer pruebe que el también en el año anterior al hecho, había cometido el delito especificado en el artículo 395, o había obligado o expuesto a su mujer a prostituirse o excitado o favorecido su corrupción.

2. En el caso de acusación de la mujer cuando el marido compruebe que ella también, durante el tiempo arriba indicado, ha cometido el delito a que se contrae el artículo 394.

Artículo 399. El desistimiento puede proceder eficazmente aun después de la condenación, haciendo que cesen la ejecución y las consecuencias penales. La muerte del cónyuge acusador produce los efectos del desistimiento.

Concretamente, en el contexto de la configuración normativa del Código Penal, más allá del amplio concepto “Buenas Costumbres”, los referidos tipos penales se aproximan, en especial, al valor jurídico general referido al “Buen Orden de las Familias”.

Como ya se indicó, el tipo penal del adulterio se encuentra dentro del Título VIII (De los Delitos contra las Buenas Costumbres y Buen Orden de las Familias), Capítulo V; siendo discrepante la opinión de la doctrina sobre el bien jurídico tutelado en relación al adulterio.

Por un lado, se aduce que se protege al matrimonio y a la familia, donde el legislador debe velar por el orden público que encuentra su fundamento en el orden y la moralidad de la familia. Igualmente, se alega como bien jurídico protegido y tutelado la fidelidad conyugal. Otro sector de la doctrina manifiesta que lo que verdaderamente se protege en el sistema del código es el interés del ofendido, ya que a él y solamente a él compete esgrimir *la venganza* de la sanción penal (cuya aplicación y eficacia queda en manos, en definitiva, del agraviado, tal como ha podido apreciarse de los artículos 394 y ss., lo que haría remembranza, desde cierta perspectiva, a delitos que tutelan el honor y la reputación — intereses jurídicos que, en razón de los tipos *sub examine* y de las penas asignadas, se les asignaría en el Código Penal mayor valor en el caso del hombre, respecto de la mujer, como si ello fuere jurídicamente posible-). No existiendo unanimidad en la doctrina cuál es o debería ser el bien jurídico tutelado en relación al tipo penal de adulterio.

Para un sector de la doctrina *el delito de adulterio supone, en el caso del llamado adulterio de la mujer, que ésta por lo menos se encuentre unida con un hombre, por un matrimonio, como mínimo, aparentemente válido y que no haya sido disuelto o anulado, subsistiendo el delito si el vínculo fuere anulable. El hombre que concurra al hecho con carácter de participe material necesario es coautor del adulterio y será responsable en la medida en que conozca la existencia del vínculo matrimonial que ata a la mujer, no requiriéndose que el mismo sea casado. La necesidad de la participación del hombre como coautor no significa que la responsabilidad de la mujer dependa de la responsabilidad del coautor, pudiendo éste ser desconocido o resultar irresponsable* (Arteaga, Alberto. *De los Delitos contra las Buenas Costumbres y Buen Orden de las Familias*. Editorial Jurídica Alva. Caracas 2002, pp. 149-150).

En similar sentido, el doctrinario Mendoza Troconis, citando a Vincenzo Manzini en su obra ya citada (p. 387), hace referencia a que constituye *“la dolosa violación del deber matrimonial, reconocido y disciplinado por el Estado, siempre que el matrimonio se haya*

contraído válidamente y la violación se cometa mediante acto carnal voluntario de la mujer casada con un hombre distinto de su marido. Por tanto, la acción presupone un matrimonio válidamente celebrado (...omissis...) La acción es el acto carnal de la mujer con otro hombre diferente del esposo. Se excluyen, por tanto, los actos lascivos, las relaciones amorosas, las familiaridades e intimidades que no tengan por objeto la conjunción carnal. Para que esta exista exigen unos penalistas la seminatio intra vas, o la emisio, o la immisio seminis, esto es, el coito o cópula realizados, más otros intérpretes son menos exigentes, y esto es lo aceptable, porque es difícil establecer la prueba del acto carnal. Para ello sería necesario sorprender a los culpables en el acto. Los actos impúdicos de la mujer casada, como los que ella ejecuta sobre su cuerpo o por otra mujer sobre el cuerpo de la casada, no quedan comprendidos en la acción de adulterio, ni tampoco los actos contra natura. La inseminación artificial tampoco debe estimarse como acto de adulterio, ni la relación con un hombre impotente, imposibilitado de realizar la cópula normal exigida para que haya delito”.

En este sentido, la doctrina ha manifestado que los sujetos activos de este delito han de ser necesariamente un hombre y una mujer, y ésta debe estar casada (en lo que atañe al adulterio desde la óptica de la mujer como sujeto activo del delito); así lo advierte la norma en cuestión. Se trata de un típico caso de concurso necesario de voluntades (delito de encuentro), como que *el delito previsto en el artículo preinserto no puede perpetrarse sino con el concurso de la mujer casada y del amante que conoce su estado y teniendo ambos la voluntad consciente de ejecutar el acto carnal. El sujeto pasivo es el marido de la adúltera* (Grisanti Aveledo, Hernando. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 18° Edición. Vadell Hermanos Editores, 2006, p. 460).

Desde esa perspectiva, el bien jurídico tutelado sería principalmente la fidelidad conyugal, al estimar que el sujeto pasivo es el marido, toda vez que si se analizare el tipo penal desde la perspectiva de la protección de la familia y de las buenas costumbres, la afectación de la sociedad sería más directa o, cuando menos, menos indirecta, la cual también sería perjudicada, al igual que el Estado.

Con relación al bien jurídico tutelado por el delito de adulterio de la mujer, un sector de la doctrina foránea, contemporánea al contexto de estas normas penales pretéritas, ha sostenido lo siguiente:

“...Es opinión generalizada que el adulterio constituye un genuino delito contra la familia (...)

La razón se ha de encontrar, en primer lugar, en el creciente desarrollo de los derechos sociales -especialmente los familiares-, en la moderna concepción del Estado (y, concretamente, del Estado social de Derecho) (20), que no cabe por menos que reconocer; en segundo lugar, la evidente realidad que muestra el adulterio, como verdadero ataque contra la familia, que no deja lugar a dudas, puesto que siempre implica, en principio, un trastorno, sea de la índole que fuere, del status familiar, desde el momento que un extraño al mismo se interfiere en relaciones exclusivamente conyugales.

Ahora bien: decir que es un atentado contra la familia no es decir todavía cual sea el bien jurídico protegido, sino tan solo acotar inicialmente el cuadro sobre el que se ha de mover su concreción. Es, pues, necesario individualizar, en la medida de lo posible, dentro del amplio margen que proporciona la familia, la objetividad jurídica infringida, es decir, delimitar que derecho, o en su caso deber, es el que quebranta dentro del complejo que aquella supone, o cuando menos, precisar la institución familiar que ha sido elevada a la categoría de bien jurídico, conforme han hecho otros autores.

Aquí es, precisamente, donde radica la disparidad de la doctrina, por cierto muy abundante, y a la que nos referimos de forma esquemática:

a) Antiguamente se sostuvo que la principal razón de incriminación consistía en la *turbatio sanguinis* que implicaba, o sea, que radicaba en la incierta condición de padre. Así, pues, se configuraba como delito que lesiona tanto derechos del padre como de los hijos legítimos, puesto que colocaba a estos últimos en un plano de igualdad con los adúlteros (21).

Se ha criticado, con razón, fundándose en que, entendido de esa forma, nunca podrían castigarse aquellos casos en que uno de los adúlteros fuese estéril, o se pusieran los medios para evitar la concepción (22), y que, desde luego, no generarían de por sí *turbatio sanguinis* alguna.

El mayor reparo que pudiera formularse, abundando en la crítica, es el de su unilateralidad. Ciertamente la tesis comentada ofrece

solamente una de las posibles consecuencias del adulterio -dejando a un lado otras muchas que también pudieran darse-, pero carece de la nota de generalidad que debe caracterizar la objetividad jurídica infringida. Muestra, por tanto, un aspecto, una vertiente del adulterio, que se proyecta sobre la prole legítima o sobre la condición de padre, y sin embargo, no comprende la constante que forzosamente debe darse en Orden a la configuración del bien jurídico, pues en realidad puede verificarse el delito sin que se produzca la denominada *turbatio sanguinis* (23).

b) Un considerable sector doctrinal, principalmente radicado en la dogmática alemana, ha sostenido que el adulterio es un auténtico delito contra el matrimonio, con base en la peculiar regulación del Código penal alemán (24).

Así ha dicho, por ejemplo, Mezger que constituye un genuino delito contra el matrimonio (25). En la misma línea, Schonke-Schroder estiman que se protege el matrimonio como fundamento del orden de la familia (26). A juicio de Welzel, se lesiona el matrimonio como institución ético social, y de ahí su configuración como auténtico delito contra el matrimonio (27).

Parecida solución es sostenida por algunos autores italianos, sin duda influenciados por la doctrina penal alemana. Para Manzini, objeto de la tutela penal es el orden jurídico matrimonial (28). Maggiore cree que lo es el orden ético jurídico del matrimonio monogámico que se quebranta con las relaciones extramatrimoniales de uno de los cónyuges (29).

La presente dirección doctrinal supone un evidente desarrollo en la concepción del adulterio, pero no puede aceptarse plenamente si se tiene en cuenta el derecho positivo español, pues su adaptación implicaría tan grave extravío metódico que a toda costa se debe evitar. Desde esta perspectiva no existe el menor inconveniente en suscribir las agudas críticas Pisapia a algunos autores italianos que han configurado el bien jurídico de idéntica manera a la comentada (30).

La comparación entre la fórmula legislativa empleada por el legislador alemán (parágrafo 172) y la de nuestro artículo 449 muestra claramente, y dentro de la presente consideración, la diferencia entre ambos: para nada tiene en cuenta el Código penal español la disolución del matrimonio en referencia con el adulterio, y mucho menos en la forma condicional del parágrafo 172. En nuestra legislación, el adulterio subsiste, y es punible con absoluta independencia de los distintos efectos civiles que pueda ocasionar (31). Todavía más: en derecho español el adulterio nunca puede implicar la disolución del matrimonio, su ruptura (32).

De aquí, pues, que "adulterio" no signifique ni en nuestro idioma, ni en nuestro Derecho, ruptura del matrimonio (*Ehebruch*), ni

tampoco constitutivamente lesione el orden jurídico monogámico ni el orden jurídico matrimonial, y no cabe duda que también le asiste la razón a Pisapia, y a los que como el piensan, de acuerdo con la legislación italiana (33).

La argumentación se ve sensiblemente reforzada si se piensa que ni siquiera la separación significa una liberación de los deberes y derechos que dan razón al adulterio: puede existir la primera y también producirse el delito; y puede darse este sin que necesariamente se deduzca aquella (34).

c) Constituye opinión dominante en la dogmática penal italiana que la objetividad jurídica se debe encontrar, de forma muy precisa, en la fidelidad conyugal, que supone un deber de fidelidad, que nace del artículo 141 del Código civil italiano, y al que corresponde un derecho a la exclusividad sexual, que se ven quebrantados con el adulterio. Fidelidad conyugal que se viene entendiendo específicamente, por los autores más recientes, como fidelidad sexual o genital (35).

No han faltado críticas fundadas en muy diversos puntos de vista, sobresaliendo, por su importancia técnica, la formulada por Manzini y Maggiore -y contestada por Pisapia-, de que así entendido el bien jurídico, no se explica satisfactoriamente como puede este infringirse por el extraño a la relación conyugal (36). En fecha reciente se ha dicho por De Gennaro, que supone una interpretación restringida e incompleta del artículo 559 del Código penal italiano, y que no son equiparables en modo alguno la fidelidad conyugal y la fidelidad sexual, que tienen diferente ámbito y contenido, con lo que, a su juicio, caería por tierra el argumento extraído del artículo 141 del Código civil italiano (37).

d) La tensión producida por las tesis expuestas en b) y c) ha generado una actitud intermedia que pretende salvar los puntos de vista irreconciliables entre una y otra, llegando a posiciones que pudiéramos denominar de integración, en las que se han tenido en cuenta ambas vertientes.

De esa forma se ha podido aludir por Maurach a una solución de compromiso en la que si bien se coloca en primer plano el interés público de la institución del matrimonio monogámico, se contempla también el deber de fidelidad de forma abstracta y general (38).

De parecida forma se dijo en la literatura italiana por Frisoli que se lesiona el status conyugal, sin que por ello se desconozca la violación de la fidelidad, o que infringiendo esta, se quebranta igualmente un complejo de bienes que se encuentran implícitos en el matrimonio, como expusiera De Gennaro (39).

(...)

Debe tenerse en cuenta, una vez más, que la fidelidad así entendida supone la existencia de un matrimonio, de un status jurídico, en sentido amplio, del que nace ese deber y también el derecho a la exclusividad sexual, conforme ha precisado la doctrina (52). Pero adviértase que no es el matrimonio, el status jurídico, lo que, sin más, se quebranta, sino ese concreto deber y ese particular derecho en cuanto constituyen un aspecto de la relación conyugal. Más claramente: si el matrimonio implica una determinada situación jurídica, esta puede verse lesionada, no porque se quebrante el primero, sino por existir una infracción evidente de uno de los derechos-deberes que irradian de aquella, con independencia de las consecuencias jurídicas y alteraciones que puedan producirse con ese motivo.

Cuanto se viene exponiendo revierte con plena eficacia en el aspecto más importante y crucial del presente análisis. Ambos, derecho y deber, son estrictamente personales, lo que les hace tener un carácter radicalmente intransferible. Y, entonces, se preguntaría sin duda, como quedó señalado en anteriores apartados: si así es, ¿qué sucede con el extraño a la relación matrimonial?, ¿qué derecho o deber lesiona si no le afectan, dada su naturaleza puramente personal, las obligaciones matrimoniales?, ¿cómo se explica, en última instancia, que también sea declarada punible su conducta?

Las anteriores preguntas y las objeciones que llevan implícitas a la tesis expuesta hall sido contestadas por Pisapia en la forma siguiente de un lado, el extraño no lesiona la fidelidad y su conducta es punible de acuerdo con los principios generales del concurso de personas en el delito de la legislación italiana; de otro, el adulterio es un delito unipersonal. pero no pluripersonal (plurdsoggetivo) (53) .

Sin embargo, la argumentación de Pisapia no puede sostenerse con fundamento en el artículo 449 del Código penal español, de bien distinta formulación al artículo 559 del Código penal italiano, y más adelante, al estudiar la naturaleza del adulterio desde el punto de vista de los sujetos, volveremos sobre el citado extremo. Por ahora, interesa apuntar que el precepto que funda la incriminación de la conducta del extraño al matrimonio se debe buscar en el propio artículo 449, y no en los principios generales del libro I del Código penal, y de ahí que subsistan con todo su rigor los interrogantes anteriormente formulados.

La explicación nace de la especial estructura del bien jurídico protegido y de la propia naturaleza del delito de adulterio.

Que el extraño no quebranta deber personal alguno de fidelidad, parece que esta fuera de duda, pues se trata de una obligación puramente matrimonial, y de consiguiente, nunca podrá traerse a colación, en este sentido, el artículo 56 del Código civil en la forma que se proyecta

sobre los cónyuges. El anterior deber existe y tiene razón de ser en atención a la situación personal e intransferible en que se encuentra la mujer casada.

Por el contrario, el varón distinto al marido, cuando tiene acceso carnal con aquella, no respeta una de las relaciones que se originan de la institución familiar del matrimonio, siendo así que, a juicio del legislador, es tan importante que su infracción es elevada a la categoría de delito, incluso extendiendo este a personas ajenas al estricto deber personal de fidelidad. Es decir: sobre el extraño al matrimonio no se reflejará la dimensión privada y personal de este, en suma, familiar, sino mas bien su aspecto público, ya que su situación se encuentra fuera del área matrimonial, única en la que puede hablarse de fidelidad (sexual).

Planteada así la cuestión, cabe preguntar: ¿qué es, en definitiva, lo que hace el extraño, desde la perspectiva deparada por las relaciones familiares conyugales?

La verdad es que cuando este verifica la conducta descrita por el artículo 449 lleva a cabo una interferencia en uno de los aspectos de las relaciones conyugales. Se interfiere, pues, en esa relación matrimonial, en razón a que solamente es lícito para los cónyuges tener intercambio sexual, exclusivamente, entre ellos. La existencia, por consiguiente, de una interferencia, o si se quiere intromisión, es patente y el problema será el de saber en qué forma su actuación quebranta la objetividad jurídica protegida.

La razón fundamental no debe buscarse-como se apunta al inicio en la legislación civil familiar (art. 56 del Código civil) -aunque sin duda informará, como es natural, el planteamiento y solución del problema-, ya que en un cierto sentido supondría un grave error de perspectiva. Por eso, cuando se pregunta, como hacen algunos autores, ¿qué deber de fidelidad une al extraño con el marido?, siempre habrá que contestar que absolutamente ninguno, pues, como hemos visto, aquel se mueve, pura y exclusivamente, en el ámbito matrimonial y afecta tan solo a los que gozan de la condición de cónyuges, y, en consecuencia, de antemano se encuentra vedada al interprete la mera formulación de la pregunta. Si se radicaliza el argumento, hasta tal punto sería cierto lo anterior que, en hipótesis, suprimido el artículo 449 del Código penal, pero subsistiendo el artículo 56 del Código civil, el extraño no haría nada ilícito, no quebrantaría precepto alguno, cuando realizara la conducta descrita por el tipo penal. Lo anterior es correcto, en la medida que del ordenamiento civil no puede deducirse directamente, sin más, un mandato específico y personal que comprenda también al ajeno a la relación conyugal. Más adelante se verá en que -forma debe ser entendida esta afirmación.

Existe para la mujer, recogiendo la opinión antes apuntada, un -deber concreto y personal de fidelidad sexual, cuya lesión sanciona penalmente el artículo 449, que si bien se encuentra comprendido en el más

genérico del artículo 56 del Código civil, se especifica de forma muy precisa en su proyección penal. Funcionaría, por tanto, el precepto penal como sancionatorio de una de las formas más graves de lesionar uno de los componentes de la declaración general del artículo 56 del ordenamiento civil.

Sin embargo, por lo que al extraño se refiere, el artículo 449 desempeñaría no sólo una función sancionatoria, como es natural, sino también una función sustantiva, primaria, desde el momento que ofrece, por sí solo, la razón esencial y específica que ha inducido al legislador a castigar la conducta del extraño, además de la genérica, implícita en todo precepto penal, de no realizar aquello que con pena se prohíbe (54).

El artículo 449 presenta un doble aspecto, conectado a la mujer y al extraño, siendo el de este último expresión de un mandato que no se encuentra gravado expresamente en ningún otro precepto jurídico, ~cual es el de "no desear la mujer de tu prójimo", que en atención a la posición cultural v_ religiosa, aceptada por el legislador de 1944, y mantenida por el de 1963, no debe resultar extraña (55). Es decir, el artículo 449 dicta un mandato dirigido genéricamente a todos los "que no gozan de la condición de "marido", en el sentido de que deben respetar un derecho, jurídicamente reconocido: el de la exclusividad sexual en la forma ya expresada. El legislador ha concedido relevancia penal a aquellas conductas que supongan una negación a ese derecho, en suma, a quienes lo contradigan, desde el punto de vista del -ejercicio del mismo.

El artículo 449 presenta, por tanto, una vertiente en la que se consagra normativamente la prohibición de no inmiscuirse, de determinada manera, en el normal desenvolvimiento de las relaciones conyugales, o dicho con más exactitud, un mandato de respetar el derecho a la exclusividad sexual que únicamente corresponde al marido. El extraño, en consecuencia, no debe interferirse en esa concreta relación conyugal, compuesta de un determinado deber de fidelidad por parte de la mujer y de un derecho a la exclusividad sexual del marido, pues su intromisión implica una grave contradicción de este último.

Que el artículo 449 del Código penal no tiene simplemente una función sancionatoria de la declaración de derechos y deberes contenida en el artículo 56 del Código civil, puesto que:

a) La fidelidad que en este último se expresa no coincide exactamente con la que interesa a los efectos del artículo 449 del Código penal. Este, como veíamos, desempeña una función de selección, en cierto sentido autónoma, desde el momento que no tiene idéntico contenido, sino que es mucho más específico. La fidelidad conyugal (del artículo 56 del Código civil) no es idéntica a la fidelidad sexual (del artículo 449 del Código penal): se opera con dos ideas diferentes. Sin embargo, no significa (57) que

el deber que comporta no sea calificado de deber jurídico, pues la infidelidad que supone el adulterio es una forma de ser infiel, pero no la única manera de incumplir el artículo 56 del Código civil, que, consiguientemente, también la comprende. El deber de fidelidad sexual se individualiza como tal deber, y adquiere su destacado lugar, en gracia precisamente al precepto penal que eleva a delito su infracción (58).

b) Exactamente igual acontece con el derecho a la exclusividad sexual, que correlativamente corresponde al marido: el artículo 449 lleva a cabo idéntica función. No coincide, pues, el citado derecho con los derechos dimanantes del pertinente extremo del artículo 56 del Código civil, que, como hemos visto, desde el ángulo de la fidelidad es paralelamente mucho más amplio.

c) Interesa precisar, por último, la relación existente entre a) y b),- así como las conexiones que se dan con la situación del extraño en la concreción y solución del problema.

Puede afirmarse, con fundamento en lo expuesto que en el instante en que la mujer es infiel, en la forma exigida por el artículo 449, deja de ser exclusivo el derecho que al marido corresponde. La infidelidad de la mujer casada es incompatible con la existencia de un derecho a la exclusividad sexual: si se verifica la primera, no puede afirmarse el segundo.

Partiendo de la anterior premisa, tenemos:

a') Que la mujer casada, desde su situación personal-familiar lesiona un deber de fidelidad sexual que le une al marido, y que a ella le incumbe únicamente. La infracción de ese deber comporta, simultáneamente, y por la propia naturaleza de la misma, la negación del derecho a la exclusividad referido al marido.

b') Lo expuesto en a'), solo es posible en la medida que un varón distinto al marido se atribuya no un derecho de exclusividad sexual, sino la simple realización de una conducta que, de forma relevante, le contradiga. Es decir: no es necesario que el extraño se atribuya ese derecho con la pretensión de exclusividad que lleva implícita, como si fuera el marido -que supondría cosa distinta-, sino que es suficiente con que, por una vez, lo quebrante real y concretamente. Sobre él pesa el mandato de no verificarlo, dirigido por la norma penal, que subraya y protege el desenvolvimiento de esa específica relación matrimonial.

c') El marido, desde su situación personal-familiar ve lesionado el derecho de exclusividad sexual, en la forma ya concretada, como consecuencia de la infidelidad de su mujer y de la interferencia, antes precisada, de un extraño .

De la anterior forma se recoge la doble proyección de los distintos problemas que encierran los delitos denominados "contra la familia", que tienen un aspecto privado, familiar y personal, referido a quienes se encuentran entre sí unidos por el vínculo de parentesco, que genera recíprocos derechos y deberes; y también un aspecto público con el que se expresa la terminante protección estatal en orden a la realización de aquellos, sancionando, incluso penalmente, las conductas que significan un grave atentado a los derechos familiares y un obstáculo al cumplimiento de los deberes que específicamente tienen asignados cada uno de los miembros.

El proceso de concreción, necesario e indispensable en los llamados "delitos contra la familia", para la determinación e individualización del bien jurídico obedece, en resumen, al siguiente esquema (59):

a) El adulterio puede enmarcarse dentro de los auténticos delitos contra la familia. Es, precisamente en ella, donde se han de delimitar los concretos derechos y deberes que se ven infringidos.

b) Dentro de la familia será en las relaciones conyugales o, por mejor decir, sexuales, existentes en el matrimonio, donde se lleva a cabo la labor de precisión.

c) Más concretamente, el eje sobre el que ha de girar la investigación es el proporcionado por la fidelidad sexual, que ofrece sólidos fundamentos para el concreto entendimiento del artículo 449 del Código penal. De esa forma se especifica en:

a') Deber de fidelidad sexual, que afecta a la mujer casada y que le vincula al marido.

b') Derecho a la exclusividad sexual, que corresponde al marido y que se proyecta sobre la mujer. El citado derecho no es respetado por el ajeno al matrimonio, que indebidamente lo contradice, interfiriéndose en la relación sexual conyugal.

c') La anterior relación, y su distinta proyección en los sujetos de la misma, como se concreta en a) y b'), ofrece la constante que debe darse en el genuino bien jurídico del delito .

d) Las sucesivas etapas del examen han mostrado, igualmente, que no se desconoce la proyección externa y pública del presente delito, y de sus consecuencias, que, sin embargo, no pueden ser tenidas como otros tantos bienes jurídicos protegidos.

(Cobo, Manuel. *El bien jurídico en el adulterio*. Universidad de Madrid. En https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1963-30050900530_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_El_bien_juridico_en_el_adulterio_%28articulo_449_del_C%F3digo_penal%29).

Lo antes expuesto aporta elementos para comprender, desde una óptica de Derecho Comparado, los valores tutelados por el artículo 394 del Código Penal patrio, ante todo, el referido a la fidelidad sexual de la mujer respecto del esposo, en cuya vulneración tiene un rol determinante “coautor” del adulterio, pues su intervención constituye un factor lesivo elemental en la concreción del delito y, por ende, en la lesión del interés protegido en tutela de la protección del matrimonio, de la familia, de las buenas costumbres y, en definitiva, del orden social.

Sobre los valores del matrimonio y de la fidelidad, el Código Civil patrio prevé, entre otras, las siguientes normas:

Artículo 44.- El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer. La Ley no reconoce otro matrimonio contraído en Venezuela sino el que se reglamenta por el presente Título, siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como respecto de los bienes.

Artículo 50.- No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior, ni el de un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión.

Artículo 137.- Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (...)

Artículo 185.- Son causales únicas de divorcio:

1º El adulterio.

2º El abandono voluntario.

3º Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común.

4° El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución.

5° La condenación a presidio.

6° La adición alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común,

7° La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común. En este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.

También se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges. (...)

[Con relación a la institución del divorcio, esta Sala, en sentencia n.º 693/2015, declaró que las causales de divorcio no son taxativas].

Como puede apreciarse, establece de forma expresa los deberes intraconyugales de fidelidad y socorro mutuo, al punto de invalidar el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior, que además constituye el delito de bigamia; e, inclusive, señala, en primer lugar, al adulterio, como causal de divorcio; lo que permite sostener ilicitud civil del adulterio, por cuanto su ocurrencia se estima contraria al deber de confianza conyugal dispuesto en el artículo 137 del Código Civil, el cual encuentra sustento en el artículo 77 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual “*Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges*”; ello en tanto involucre, en efecto, la vulneración de la fidelidad conyugal, sobre la base de la fe y la expectativa legítima de los consortes. 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 (despenalización no es necesariamente permisión, pues existen diversas formas de ilicitud y sanción), previsto en el Código Civil.

Sin pretender profundizar por ahora sobre tal análisis, ni tampoco establecer un criterio sobre todos esos aspectos, 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 de la República Bolivariana de Venezuela (que incluso alude a los Derechos de las Familias), entre otras, en las normas que se indican a continuación:

Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Artículo 76. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlos cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Artículo 77. Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 79. Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta y, en particular, para la capacitación y el acceso al primer empleo, de conformidad con la ley.

Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.

Artículo 81. Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, le garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas venezolana.

Al respecto, la Exposición de Motivos del Texto Fundamental señala lo siguiente:

De los Derechos Sociales y de las Familias

Los derechos sociales contenidos en la Constitución consolidan las demandas sociales, jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad en un momento histórico en que los venezolanos y venezolanas se redescubren como actores de la construcción de un nuevo país, inspirado en

los saberes populares que le dan una nueva significación al conocimiento sociopolítico y jurídico del nuevo tiempo.

La corresponsabilidad entre sociedad y Estado, el sentido de progresividad de los derechos, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos constituyen una herramienta doctrinaria que define una nueva relación de derechos y obligaciones entre sujetos que participan solidariamente en la construcción de una sociedad democrática, participativa, autogestionaria y protagónica. La equidad de género que transversaliza todo el texto constitucional define la nueva relación que en lo jurídico, en lo familiar, en lo político, en lo socioeconómico y cultural, caracteriza a la nueva sociedad, en el uso y disfrute de las oportunidades. Queda evidenciado a lo largo de todo el texto constitucional el uso del género femenino, expresamente indicado de acuerdo con las recomendaciones de la Organización para la Educación y la Cultura de las Naciones Unidas (UNESCO) y de diversas organizaciones no gubernamentales, todo lo cual se inscribe dentro del principio de igualdad y no discriminación reconocido por el texto constitucional, con el objeto de evitar dudas o equívocas interpretaciones de la Constitución.

La participación directa de la gente en la toma de decisiones para la solución de sus problemas y los de su comunidad, crea una nueva relación ciudadana que en el ámbito de los derechos sociales, desarrolla la tríada solidaria entre sociedad, familia y Estado, lo que coloca al legislador y a los órganos que integran el sistema de justicia, en un nuevo espacio de interpretación de la democracia social y del Estado de Derecho y de Justicia.

La pluralidad de las familias, el rescate de la tradición oral de los ancianos y de las ancianas, como patrimonio familiar para una educación cotidiana; la garantía de la autonomía funcional de los seres humanos con discapacidad o necesidades especiales; la ciudadanía progresiva de los niños y de las niñas definidos como prioridad absoluta del Estado; los adolescentes y jóvenes entendidos como sujetos estratégicos para el desarrollo sustentable; el significado del trabajo productivo del ama de casa; el consumo protegido y la seguridad alimentaria; la vivienda como hábitat que humaniza las relaciones familiares y comunitarias; la información como mecanismo que coadyuva a la formación de la cultura ciudadana, son nuevos elementos elevados a rango constitucional que requieren una interpretación acorde con su finalidad, no sujeta a formalismos jurídicos alejados de la realidad social.

(...)

Todos estos derechos constituyen la base fundamental del nuevo ordenamiento jurídico en el que la vida, la ética, la moral, la libertad, la justicia, la dignidad, la igualdad, la solidaridad, el compromiso, los deberes ciudadanos y la seguridad jurídica, son valores que concurren en la acción transformadora del Estado, la Nación, el gobierno y la sociedad, en un

propósito de realización compartida para producir la gobernabilidad corresponsable, la estabilidad política y la legitimidad jurídica necesarias para el funcionamiento de la sociedad democrática.

Con relación a ello, este Máximo Tribunal de la República, integrado inclusive, por mandato de la Constitución de 1999, por una Sala de Casación Social, dedicada en especial medida a la garantía de los derechos de las familias, en estrecha conjunción con el resto de las Salas, cada una de las cuales, desde su perspectiva competencial, también contribuyen a la tutela de esos derechos que no sólo son cardinales para el futuro de nuestra sociedad, sino también para la propia existencia de la humanidad.

Por su parte, el artículo 395 *eiusdem*, ni ningún otro distinto del 394 *eiusdem*, elige la fidelidad sexual, al menos como objeto central de tutela, en lo que respeta al adulterio enfocado desde la perspectiva del marido, tal como se apreciará a continuación.

3.2.- Sobre el delito de mantenimiento notorio de “concubina” en casa conyugal (artículo 395 del Código Penal).

Expuesto lo anterior, pasa esta Sala a centrarse en el examen de la disposición contenida en el artículo 395 del Código Penal, el cual dispone lo siguiente:

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.

Esta norma aparece en nuestra legislación desde 1863, habiendo sido tomada del Código Penal Español de 1850, cuyo artículo 452 fue copiado textualmente por el legislador de 1863.

Esta redacción que en la actualidad contiene el artículo 395 de nuestro Código Penal, fue asumida de forma similar por el legislador italiano de 1897 del Código Zanardelli, en el cual el artículo 354 establecía “*El marido que tiene una concubina en la casa conyugal o notoriamente en otro lugar, es castigado con prisión de tres a treinta meses y la condena produce la pérdida del poder marital. La concubina se castiga con prisión hasta de un año*”.

Esta disposición normativa del artículo 395 del Código Penal venezolano ha tenido una evolución histórica que esta Sala estima oportuno resaltar:

En el Código Penal del 19 de abril de 1863, estaba establecido en el título referido a los delitos contra la honestidad (artículo 3 de ese título).

En el Código Penal de 1873, en el artículo 417.

En el Código Penal de 1897, en el artículo 361.

En el Código Penal de 1904, en el artículo 352.

En el Código Penal de 1912, en el artículo 367.

En el Código Penal de 1915, en el artículo 379.

En el Código Penal de 1926, en el artículo 397.

En el Código Penal de 1964, en el artículo 397.

En el Código Penal de 2000, en el artículo 397.

En el Código Penal de 2005, en el artículo 395.

En cuanto al referido Código Penal vigente (2005), el tipo base del artículo 395 del Código Penal implica los siguientes requisitos:

a) Que *“el marido que mantenga concubina en la casa conyugal o también fuera de ella”*

b) Que el hecho del concubinato sea *“notorio”*.

En cuanto a las consecuencias, la referida norma prevé:

a) Que el concubino notorio que está casado *“será castigado con prisión de tres a dieciocho meses”*

d) Que “*La condena produce de derecho la pérdida del poder marital*”

e) Que “*la concubina será penada con prisión de tres meses a un año*” (salvo que esté válidamente casada –*vid. supra*-, caso en el que se presentaría una concurrencia de delitos).

Así pues, el artículo 395 de nuestro Código Penal prevé la descripción típica en relación al marido, refiriendo la expresión: “*el marido que mantenga concubina en la casa conyugal*”.

Con relación al principal sujeto activo: el marido o esposo (hombre casado), no existen mayores complejidades hermenéuticas, de caras al ordenamiento jurídico vigente, a diferencia del término concubina.

Concubina o concubino proviene Del lat. *concubīnus*; la forma f., del lat. *concubīna*. *1. m. y f. Persona que vive en concubinato*. Concubinato proviene del lat. *concubinātus*. *1. m. Relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados* (Diccionario de la Real Academia Española).

Ello así, concubina a los efectos de esa norma es la mujer que tiene una relación marital sin estar casada con un hombre; en este caso, sería la mujer que, sin estar casada, tiene una relación marital con un hombre que tiene una esposa, es decir, que está casado con otra mujer.

Obviamente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no contempla ese tipo de situaciones que, por el contrario, subvierten el tipo de relación monogámica que contempla su ya señalado artículo 77:

Artículo 77. Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

Incluso, tal obrar, está previsto como punible en la ley, concretamente, en el artículo 400 y siguientes del Código Penal, que contemplan el delito de bigamia, en los términos siguientes:

CAPÍTULO VI

De la bigamia

Artículo 400. Cualquiera que estando casado válidamente, haya contraído otro matrimonio, o que no estándolo, hubiere contraído, a sabiendas, matrimonio con persona casada legítimamente, Será castigado con prisión de dos a cuatro años. Si el culpable hubiere inducido en error a la persona con quien ha contraído matrimonio, engañándola respecto a la libertad de su propio estado o el de ella, la pena será de presidio de tres a cinco años. Será castigado con las penas anteriores, aumentadas de un quinto a un tercio, el que, estando válidamente casado, haya contraído otro matrimonio a sabiendas de que el otro contrayente era también legítimamente casado.

Artículo 401. Los reos de bigamia deberán ser condenados, por vía de indemnización civil, a mantener la prole menor de edad y si la contrayente inocente es soltera y no se ha hecho constar que no es honesta deberán ser, además, condenados a dotarla.

Artículo 402. La prescripción de la acción penal por el delito previsto en el artículo 400, correrá desde el día en que se haya disuelto uno de los dos matrimonios, o desde el día en que el segundo matrimonio se hubiere declarado nulo por causa de bigamia.

Por ello, el término concubina en el contexto del artículo 395 no se muestra compatible con el Texto Constitucional ni con la legislación vigente que concibe el concubinato como una relación que, en principio, es lícita sí no subvierte alguna norma jurídica.

Así, desde esa perspectiva, hoy día no se muestra adecuado designar con la denominación concubina o concubino a la persona que tiene relación “marital” con otra que está casada, pues esas personas se encuentran al margen del derecho civil, por estar cometiendo un ilícito civil que apareja como una de sus consecuencias el divorcio.

Más allá de ello, a los efectos del presente test de constitucionalidad interesa resaltar que la norma designada para referir el adulterio del hombre no lo califica de adultero como sí lo hace el artículo 394 respecto de la mujer (“*La mujer adúltera...*”). Además, con relación al

hombre sí se describe en detalle la conducta típica, más no respecto del adulterio de la mujer.

En efecto, como puede apreciarse, aun cuando este artículo, al igual que el 394, están contenidos en el capítulo intitulado “del adulterio” (de lo cual pudiera señalarse que el legislador los concibió como formas de adulterio), el tipo penal descrito en el artículo 395 (adulterio por parte del esposo), es sustancialmente distinto al previsto en el artículo 394 (adulterio por parte de la esposa), tanto en su contenido, elementos, bien jurídico, supuestos, exigencias e, incluso, en cuanto a la pena asignada a cada uno de ellos, en lo que atañe a los autores y a los partícipes.

Al respecto, la Sala de Casación Penal otrora Corte Suprema de Justicia en decisión del 14 de agosto de 1974, se pronunció sobre estos delitos, cuando estableció que:

“... El examen de los mencionados artículos del Código Penal 396 y 397 revela, en concepto de esta Sala, que no se trata de dos delitos distintos, sino modalidades de un mismo delito aunque con circunstancias calificativas diferentes, pues mientras la mujer lo comete con una sola unión carnal extramatrimonial, para la incriminación del marido es necesario la condición de mantenimiento de concubina en las circunstancias enunciadas. / Estima, por lo consiguiente, esta Sala que existe delito de Adulterio no sólo cuando la mujer casada realiza unión carnal con hombre que no es naturalmente su marido, sino también cuando éste incurre en los supuestos del artículo 397 del Código Penal, en el cual se prevé el amancebamiento como modalidad del delito de Adulterio cuando el sujeto activo es el hombre...”

No es común en la doctrina patria el análisis exhaustivo del interés jurídico que persigue tutelar el tipo penal previsto en el artículo 395 del Código Penal, también cobijado bajo el título “del adulterio” (aun cuando constituye un tipo penal relacionado con el previsto en el artículo precedente pero distinto del mismo por su configuración y ámbito de tutela), en razón de su vinculación con la fidelidad conyugal, aun cuando ese no pareciera ser, cuando menos, el principal valor que pretende tutelar, toda vez que el mismo condiciona la relevancia penal de la conducta del marido, no a un solo e, inclusive, fugaz (en algún supuesto) encuentro sexual extramatrimonial, sino, de forma diferenciada respecto de la mujer, al mantenimiento de “*concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella*” (lo que exige la subsistencia de la conducta típica en el tiempo, identificándose en cierto

sentido con los delitos permanentes, a diferencia del delito previsto en el artículo 394, el cual constituye un delito instantáneo), y, en particular, a la notoriedad pública de tal hecho, circunstancia que coloca el acento especialmente en la publicidad (que pudiera evocar también al honor y a la reputación) y no tanto en el valor de la fidelidad conyugal en sí. Pareciera importar más en él la opinión o el efecto público, respecto de la tutela de la familia y de la sociedad, que la fidelidad conyugal en sí, como si en el caso del marido, la misma, al menos a estos efectos penales, tiene, cuando menos, un valor más limitado.

Así pues, el tipo base del artículo 395 del Código Penal utiliza como parámetro fundamental de la conducta típica el denominado “*concubinato notorio*” o “*concubinato del hombre casado*” (además del concubinato de la mujer soltera -mujer concubina de un hombre casado-) utilizando la expresión “*El marido que mantenga concubina en la casa conyugal o también fuera de ella*”.

Luego, respecto del elemento espacial alternativo “*en casa conyugal*”, según un sector de la doctrina se entendería la casa habitada por los esposos, el hogar donde se establece el núcleo familiar. Se afirma que es alternativo, pues también se cometería tal delito si el concubinato se da fuera de la casa conyugal (“*o también fuera de ella*”).

En efecto, con relación a este punto la doctrina ha sostenido que por “*casa conyugal*” debe entenderse la casa habitada por los esposos, el hogar, no las habitaciones temporales del marido en diferentes sitios o lugares. Y para que exista “*notoriedad*” se exige un conjunto de hechos que demuestren el mantenimiento de otra mujer como esposa fuera de la casa conyugal. (Mendoza T. José Rafael. Curso de Derecho Penal Venezolano. Compendio de Parte Especial. p. 390).

Luego, el referido artículo establece la expresión “*si el hecho es notorio*” que viene Del lat. *notorius*. 1. *adj. Público y sabido por todos*. 2. *adj. Claro, evidente*. 3. *adj. Importante, relevante o famoso*.

La acción ejecutiva en el adulterio del marido consistiría en mantener concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella, si el hecho es notorio.

En este mismo sentido, en relación a la expresión de “*si el hecho es notorio*” esta Sala ~~observa que con respecto al enunciado del artículo 394 antes referido, a la mujer que se~~ considera “*adúltera*” no se le exige que el hecho sea notorio, es decir, que el hecho sea “*Público y sabido por todos*” o se le exija esa relación o factor de permanencia a la que hace alusión un sector de la doctrina, al contrario, en el caso de la mujer, como ya se indicó, con la sola realización una vez de la descripción típica se estaría materializando el delito de adulterio, el cual la doctrina penal clasifica como un delito instantáneo, a diferencia del delito de concubinato del hombre casado o de la mujer soltera concubina de hombre casado en circunstancia de notoriedad, que constituye claro ejemplo de delito permanente.

En referencia al criterio antes descrito, considera esta Sala que se manifiesta desde cierta perspectiva una disparidad entre las condiciones exigidas al hombre con respecto a su conducta típica, que respecto a la mujer en las mismas circunstancias fácticas. Bastará con que el marido tenga otra mujer de manera constante, aunque no sea en el hogar y aunque lo haga sin escándalo, pues sólo bastaría la notoriedad (Universidad Central de Venezuela. *Código Penal de Venezuela*. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. VI. Página 633).

Luego, como se ha advertido, con respecto a la pena establece que “*será castigado con prisión de tres a dieciocho meses*”; pena significativamente menor a la que se establece en el artículo 394 del Código Penal, con respecto a la mujer “*adúltera*”, que prevé prisión de seis meses a tres años.

Se desprende de la norma del artículo 395 del Código Penal, desde cierta perspectiva, una bilateralidad entre el marido y la concubina, en la ejecución del acto, siendo que ésta última tiene asignada una pena inferior a la del “*marido adúltero*”.

A continuación establece la norma que “*la condena produce de derecho la pérdida del poder marital*”. Sobre el particular se hace referencia a que anteriormente consistía en atribuciones legales, más o menos nominales, que se reconocían al marido en relación a los bienes de la mujer, y en algunos casos en cuanto a la propia persona, lo que constituyen básicamente reminiscencias de los superados esquemas del sistema social patriarcal y androcéntrico imperante, de las creencias, comportamientos, roles, expectativas y

atribuciones que sustentaban a dicho sistema, así como la discriminación en que se encontraba la mujer en general, ubicándola como un objeto o a lo sumo como un ser inferior, en evidente afrenta, por una parte, al derecho constitucional al respeto del dignidad humana que, respecto a cualquier ser humano, sin distinción alguna, proscribía que sea equiparado y tratado como un objeto y, en fin, como algo distinto a un ser humano; y, por otra, en clara contradicción con el derecho a la igualdad ante la ley.

En este contexto, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que “...*los jueces y operadores jurídicos en general, en materia de género, deben abandonar los tradicionales esquemas del sistema social patriarcal y androcéntrico imperante, de las creencias, comportamientos, roles, expectativas y atribuciones que sustentan a dicho sistema, así como la discriminación y violencia contra las mujeres en general, y adoptar fielmente el régimen especial de protección a favor de las mujeres, en pro de la justicia social, pues de lo contrario se estaría vulnerando la integridad física y moral de quien demanda esa protección especial.* (Vid. Sentencias de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: n.º 486 del 24 de mayo de 2010, n.º 229 del 14 de febrero de 2007 y n.º 216, del 02 de junio de 2011 de la Sala de Casación Penal).

Asimismo, esta Sala Constitucional en relación a la igualdad jurídica que debe existir entre cónyuges estableció en la sentencia n.º 693 del 2 de junio de 2015, lo siguiente:

“...Para ello debe esta Sala Constitucional declarar de manera inequívoca que reconoce el matrimonio como una institución protegida por el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y también reconoce el matrimonio como un contrato civil solemne por el que los cónyuges manifiestan libremente su voluntad de fundar una familia en plena igualdad jurídica, y que implica una comunidad de vida y de bienes con recíprocos deberes y derechos entre cónyuges”.

Así, para ser adúltera basta que la esposa tenga relaciones sexuales, aunque fuere por un instante, con un hombre que no es su marido, pero para que este último, que además “legalmente” está exento de tal apelativo, sea considerado incurso en el delito de concubinato notorio en casa conyugal o fuera de ella, es necesario que mantenga concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella, en condición de notoriedad pública, caso en el que a diferencia de la mujer adúltera no sería castigado con prisión de seis meses a tres

años (art. 394) sino solamente con prisión de tres a dieciocho meses, produciendo además ~~“la pérdida del poder marital”, y, en el caso de la “concubina” en cuestión, será penada con~~ una pena inferior al hombre, es decir, con prisión de tres meses a un año -probablemente porque no es casada (salvo en el caso de que esa “concubina” sea además “adultera” por esta válidamente casada, caso en el que su conducta también encuadraría en el tipo del artículo 394, incurriendo en una concurrencia de delitos -probablemente calificada de forma general con una concurrencia “ideal” de hechos punibles, aun cuando desde una perspectiva axiológica y teleológica -no meramente fáctica- se aproxime más a un concurso real de delitos-).

Como puede apreciarse, si el artículo 394 prevé que la mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años, y que la misma pena es aplicable al coautor del adulterio, en el estado actual del pensamiento cabría esperar que subsiguientemente se disponga, por ejemplo, que el hombre “adúltero” será castigado con prisión de seis meses a tres años, y que la misma pena es aplicable a la coautora del adulterio; sin embargo, por diversas razones que han venido siendo expuestas y otras que se desarrollaran a continuación, ello no es así.

Es evidente que a diferencia del adulterio *stricto sensu* o adulterio de la mujer, que en el contexto del Código Penal está dirigido a tutelar fundamentalmente la fidelidad sexual conyugal, así como los valores e intereses asociados a ello, el adulterio del hombre o, para ser más precisos, el mantenimiento notorio de “concubina” o “manceba” en casa conyugal, requiere para su comisión mucho más que un simple y fugaz encuentro sexual, lo que sería suficiente para considerar que se protege la fidelidad, sino que amerita una especie de adulterio permanente, unido a la presencia de la “concubina” en casa conyugal, además, en situación de notoriedad.

De ello se advierte un tratamiento privilegiado del marido respecto de la esposa, en fin, del hombre respecto de la mujer, en lo que atañe al adulterio. Tal circunstancia que pudiera vincularse a la teoría de la *turbatio sanguinis* o fraude en la prole (riesgo de que la esposa quede en estado de un hombre distinto a su esposo sin que lo sepa su marido), e, incluso, una pretensión de preponderancia del hombre respecto de la mujer pudiera ser el

fundamento de tal previsión, sin embargo, por lo menos hoy día no encuentra el soporte que existía antes de poder verificarse científicamente y con alto grado de certeza, la filiación, circunstancia que elimina sustancialmente fuerza a la pretendida justificación del trato diferenciado.

Por su parte, hoy día la suposición de privilegio o de preponderancia del hombre respecto de la mujer y, por ende, la previsión de un supuesto y negado “poder marital” es absolutamente contraria al espíritu, propósito y razón de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que, además de establecer que el matrimonio se funda “*en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges*” (artículo 77), prevé que el respeto a la dignidad de la persona es uno de los fines esenciales del Estado (artículo 3), es decir, es un Texto Fundamental que de forma paradigmática establece igualdad de derechos y deberes entre hombre y mujer, además de reivindicar el rol de la mujer en el matrimonio, la familia, la sociedad y el Estado.

Por otra parte, esta Sala observa que la citada disposición legal establece una pena distinta en relación al marido “*adúltero*”, en el cual es mayor la sanción penal (tres a dieciocho meses), puntualizándose que esta diferenciación en cuanto a la pena, deviene de un punto igualmente controvertido en la doctrina penal, el cual se refiere a si la concubina pudiera considerarse una coautora material en la realización de la conducta típica, o una mera participe de tal circunstancia (lo que exigiría en ambos casos que esté en conocimiento de que su concubino está válidamente casado, pues de lo contrario pudiéramos estar ante un error de tipo que excluye el dolo que caracteriza a este tipo penal y que, por ende, implicaría un supuesto de atipicidad y, por ende, de irresponsabilidad penal en este caso).

Al respecto, un sector de la doctrina considera que “*la ley, pues, da un trato diverso e injusto a situaciones similares de ofensa al orden monogámico del matrimonio y a los deberes de fidelidad de los cónyuges, y haciendo concesiones a la mayor gravedad estimada del hecho y a una pretendida diversa valoración social de la infidelidad del hombre y de la mujer, establece una clara discriminación por el sexo, contraria a principios constitucionales y sanciona solo en determinadas circunstancias el adulterio del marido, todo lo cual es contrario a la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges,*

*además de imponer menor pena al hombre por el amancebamiento. Por estas razones, el código civil de 1982 eliminó la odiosa discriminación y colocó en el mismo plano el adulterio de los cónyuges, al enunciar las causales de divorcio". (...omissis...) Otra muestra de la evidente injusticia, por la desigualdad del tratamiento del adulterio de la mujer y del marido, lo constituye la diversa penalidad del hecho, resultando menor el castigo del hombre (prisión de 3 a 18 meses) que el castigo de la mujer adúltera (prisión de 6 meses a 3 años). (Arteaga, Alberto. *De los Delitos contra las Buenas Costumbres y Buen Orden de las Familias*. Editorial Jurídica Alva. Caracas 2002. Pp. 154-155).*

Ello así, tal posición de preponderancia y, en fin, tal discriminación, es contraria al principio de igualdad ante la ley, contemplado en el artículo 21 del Texto Fundamental, razón que determina la inconstitucionalidad de la norma prevista en el artículo 395 del Código Penal vigente. Así se declara.

Al respecto, se observa que en otros países los tipos penales de adulterio han sido despenalizados, puesto que se ha alegado que la punición en este tipo de delito no tiene ningún sentido en la actualidad.

Así, en la doctrina vemos como por ejemplo en Chile la regulación de la normas referidas al adulterio fueron despenalizadas por la Ley n.º19.335 del 23 de septiembre de 1994, las cuales, tal como apunta el autor Alfredo Etcheberry eran considerados *Delitos contra el ordenamiento sexual de la familia*, y donde apunta el autor que en *"la doctrina no sólo existía una aguda polémica por lo desigual del tratamiento del adulterio de la mujer casada frente al del varón, sino que, más allá de eso, esta decía relación con el hecho mismo de incriminar dichas conductas y sancionarlas penalmente. A partir de la dictación y promulgación de la ley 19.335, del 23 de septiembre de 1994, los artículos 375 al 381 han quedado derogados, regulándose las consecuencias de tales conductas exclusivamente por el derecho de familia, postulado que corresponde a lo que plantea la política criminal en esas materias"*. (Etcheberry Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Página 37-38).

La Ley en referencia estableció lo siguiente:

(...)

Artículo 34.- Deróganse los artículos 375 al 381 del Código Penal.

Artículo 35.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código de Procedimiento Penal:

1) Sustitúyase, en el N° 1° del artículo 17, la frase "o por los delitos de adulterio, amancebamiento o bigamia" por la oración "o por el delito de bigamia".

2) Suprímense los números 4 y 5 del artículo 18. (Biblioteca Nacional del Congreso de Chile/BCN. Ley 19.335 del 23 de septiembre de 1994, que establece Régimen de Participación en los Gananciales, y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales que indica).

En referencia igualmente a Chile, el tratadista Mario Garrido Montt, refiere que en el año 1994, en el párrafo 9° del Título VII se sancionaba el delito de adulterio, pero la Ley n.° 19.335, publicada el 19 de septiembre de 1994, derogó los arts. 375 y siguientes hasta el 381, inclusive, que se ocupaban de describirlo y sancionarlo. El adulterio podría calzar, dentro de la denominación empleada por el Código, entre los que atentaban contra la familia, lo que lleva a pensar que el título que empleó nuestro legislador al agrupar los delitos cuyo comentario se inicia, en la actualidad ha perdido toda vigencia, si la tuvo en alguna oportunidad. (Montt Garrido, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición Actualizada. Página 231).

Otro país donde igualmente estaba penalizado el delito de adulterio era en la República Argentina, el cual estaba penado por el art. 118 del Código Penal, pero fue derogado por ley 24.453 de 1995, siendo únicamente, a partir de ello, causal de divorcio y separación personal.

Al respecto, sobre este punto, el autor Carlos Creus refiere lo siguiente: "La ley 24.453 ha derogado el Capítulo I del Título III del Libro II del Código Penal, incluyendo, claro está,

el único artículo que comprendía (art. 118) y el inc. 1° del art. 73, que enunciaba el adulterio como delito de acción privada, terminando así con un debate que hace mucho tiempo se había radicado en la doctrina argentina. Las figuras de adulterio trataban de proteger la fidelidad que los cónyuges se deben mutuamente en el trato sexual. Sin embargo, se introducían la consideración de otros intereses, como la preservación del orden de la familia o el de la filiación legítima dentro de ella. Lo que explica el distinto tratamiento que se brinda al adulterio de la mujer con respecto al del marido por medio de una tipicidad diferenciada, lo cual no tendría razón de ser si lo único que se tratara de proteger fuese la fidelidad conyugal. (Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Sexta Edición. Editorial Astrea. Página 168).

De la misma forma, con respecto a la despenalización del adulterio en Argentina el tratadista Edgardo Donna refiere que *“El Código Penal regulaba el delito de adulterio en el artículo 118, haciendo una distinción entre el adulterio del hombre y de la mujer. Las críticas de la doctrina, y los pocos fallos que se dictaron en la jurisprudencia argentina, llevaron a la derogación mediante los artículos 3° y 4° de la ley 24.453. (Donna, Edgardo. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Editorial Rubinzal- Culzoni. Página 375).*

Otros países que se sumaron a la despenalización del adulterio es la República de Colombia donde se eliminó en 1936. Si bien el adulterio de la mujer fue severamente sancionado en dicho país, con la expedición del Código Penal de 1936 dejó de ser considerado como hecho delictivo.

En Brasil el adulterio fue despenalizado en 2005.

En México el adulterio fue despenalizado en el Código Penal Federal en el año 2011.

En España el adulterio fue despenalizado el 19 de febrero de 1978. Ley 22/1978.

En el caso venezolano la autora Lola Aniyar de Castro, señala que el adulterio es un delito francamente discriminatorio, pues quien verdaderamente lo comete es la mujer. Aun

cuando el código envuelve bajo la misma rubrica lo que algunos han llamado el adulterio del marido, éste no es más que el amancebamiento de la legislación española o el concubinato del actual código italiano. La discriminación alcanza hasta la pena aplicable no sólo al marido y a la mujer, sino también al amante y a la concubina (Aniyar de Castro, Lola. Temas de Derecho Penal. *Los delitos de Bigamia y Adulterio*. Editorial Universitaria de la Universidad del Zulia. 1970. Página 78).

Igualmente, esta autora sostiene que con la evolución de las formas sociales hacia una mejor comprensión de las reacciones humanas, y hacia una jerarquización de los valores de la sociedad según sus normas cambiantes, el rigor de las penas impuestas al adulterio se han suavizado paulatinamente, hasta prácticamente desaparecer en algunos países, no siendo considerado ya como ilícito merecedor de sanción penal. (ob.cit. Página 75). Finalizando su análisis manifestando que el Código Penal efectivamente no ha acabado con el delito, pero sí impide muchos. En cambio la eficacia de esta acriminación es absolutamente nula. (ob.cit pp 88-89).

En el mismo sentido, otro sector de la doctrina se ha pronunciado sobre el tema, al sostener que al analizar el articulado de nuestro Código Penal relativo al adulterio, observamos que la desigualdad con que la ley sanciona el adulterio en la mujer y en el marido rebasa los límites de la tolerancia. (Arcaya de Landaéz, Nelly. *Análisis de las Disposiciones Legales Relativas al Delito de Adulterio en el Código Penal Venezolano*. Ciencias del Delito. Estudios Varios en Homenaje a Tulio Chiossone. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1980. Página 55).

4.- Consideraciones finales

Precisado lo anterior y ratificado el categórico compromiso de esta Sala con la protección de los derechos humanos, orientada, entre otros, por el postulado de progresividad en su garantía, esta Sala pasa a concluir lo siguiente:

En primer lugar, debe señalarse que la carga ideológica que tiene el enunciado del artículo 394 del Código Penal, referido a "*la mujer adúltera*", corresponde a un tipo social esquematizado y totalmente subjetivo, revelador de una posición discriminadora,

excluyente y arbitraria en relación al hombre, incompatible a todas luces con el Texto Fundamental.

Igualmente, se observa que efectivamente hay una diferenciación en cuanto a la punición que atañe a los delitos de adulterio (lato sensu) previsto en el Código Penal, ya que a la mujer adúltera se le castiga con la misma pena que al coautor del adulterio, es decir, seis meses a tres años de prisión, en cambio con respecto al hombre “adúltero” es más benigna la punición, tres a dieciocho meses, estableciendo dichas normas desde cierta perspectiva, una diferenciación con respecto a la mujer, cuando ambos en todo caso realizan hasta cierto punto similar conducta típica (incluso pudiera estimarse más gravosa la del hombre “adúltero”, toda vez que el artículo 395 del Código Penal no se conforma con exigir que el marido yazca con mujer que no sea su esposa –lo que no pareciera estar tipificado-, sino que es necesario, a los efectos de la existencia de tipicidad y de la responsabilidad penal, que el marido mantenga a esa otra mujer en la casa conyugal o fuera de ella en situación de notoriedad –lo que de ordinario pudiera implicar no una sino varias acciones de yacer, incluso dentro de la casa conyugal, con otra mujer que no es la esposa-, además, con la exigencia de que ese mantenimiento de concubina sea “notorio”); y en el caso de la concubina, término empleado en el referido artículo 395 (aun cuando no se corresponde con la significación que le otorga el resto del orden jurídico contemporáneo), sería penada con prisión de tres meses a un año de prisión (pena sustancialmente menor a la que corresponde al coautor del adulterio señalado en el artículo 394 *eiusdem*). En fin, estableciendo la norma igualmente una menor pena con respecto a la mujer “adúltera” y al coautor del adulterio.

De manera pues que, en este aspecto, considera la Sala que efectivamente le asiste la razón a la accionante y a los demás intervinientes en el presente asunto, cuando señalan hay una diferenciación con respecto al castigo o la punición entre el adulterio cometido por la mujer y el cometido por el hombre, punición que, como ha podido apreciarse, es injustificada y desproporcionalmente desigual desde la perspectiva de género, ante todo, por exigir fidelidad sexual y conyugal básicamente a la esposa y no al esposo (que no estaría sujeto a la exclusividad sexual ni a la fidelidad conyugal; siendo su honor, reputación y la familia concebida desde su perspectiva bienes a los que esas normas en desuso dan preponderancia

respecto de la mujer), como si la relación matrimonial no estuviese regida por el principio de igualdad (discriminación fundada en el sexo) y, más reprochable aun, como si la esposa fuera un objeto del marido o, en todo caso un sujeto inferior a él, en clara afrenta al derecho a la dignidad humana; lo que resulta más palmario cuando se observa la diferencia no solo entre la disímil configuración típica, sino entre las penas asignadas, y, en especial, a la referencia al “poder marital”, únicamente desde la perspectiva del hombre como titular de ese poder, circunstancia que encontraría explicación en el contexto histórico en el que se creó esa norma, desafortunado de la perspectiva de la actual concepción de los derechos humanos y de la actual concepción del Estado.

Al respecto, los artículos 3 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela disponen lo siguiente:

Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. **No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.**
2. **La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.**
3. **Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.**
4. **No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.**

Respecto al sentido y alcance de la norma antes transcrita, esta Sala Constitucional, en sentencia n.º 266 del 17 de Febrero de 2006. Caso: *José Joel Gómez Cordero*. Exp. n.º 05 1337, asentó:

“... en cuanto a la vulneración del contenido del artículo 21 constitucional, específicamente con relación a la presunta desigualdad que genera la norma que se pretendió desaplicar en el presente caso, esta Sala estima que la señalada norma constitucional consagra el denominado principio de igualdad -específicamente en su primer cardinal-, así como las garantías para su debida protección.

... el referido artículo establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

... el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación- (vid. sentencia n.º 898/2002, del 13 de mayo). En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes. / ... no resulta correcto conferírle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (vid. GUI MORI, Tomás. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ÍNTEGRA 1981-2001. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: 'No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales.

... el respeto al principio o derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria. (vid. sentencias 536/2000, del 8 de junio; 1.197/2000, del 17 de octubre; y 1.648/2005, del 13 de julio).

... dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley strictu sensu, también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una

interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley...

... con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos de esta rama del poder público -a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento es susceptible de conllevar a la movilización del aparato de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la ley correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad.”

Asimismo, en sentencia n.º 486 del 24 de mayo de 2010. Caso: *Emérito Playonero Caicedo*. Exp. n.º 09-0870, esta Sala señaló:

“... la Constitución de la República propugna la igualdad y la preeminencia de los derechos humanos, entre sus principios fundamentales y valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado (artículos 1 y 2)”

‘En atención a tales enunciados, el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela previó lo siguiente: ‘Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1. No se permitirá discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de toda persona. 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables, protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan’.

'De lo anterior se colige que la disposición constitucional en el cardinal 1, establece una prohibición expresa y absoluta de las discriminaciones, y en atención a ello, en el cardinal 2, preceptúa una garantía de igualdad a través de la adopción de medidas positivas, estableciendo condiciones jurídicas y administrativas, con el fin de que la misma sea real y efectiva.'

En la República de Colombia, la Corte Constitucional de ese país se ha pronunciado en relación al principio de igualdad y no discriminación entre el hombre y la mujer en la sentencia C-082/99, donde expreso:

"La igualdad de derechos que se reconoce al hombre y a la mujer no es simplemente de carácter formal, pues en algunos eventos se justifican diferenciaciones en aras de terminar con la histórica discriminación que ha sufrido la población femenina. En este sentido se "autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales." Es decir, que no siempre que se utilicen criterios distintivos como el sexo, existe un tratamiento discriminatorio; sin embargo, para que estas diferenciaciones sean constitucionalmente válidas, deben sustentarse en criterios razonables y objetivos que así las justifiquen.

El principio de igualdad se traduce en el derecho a que no se consagren excepciones o privilegios que "exceptúen" a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se infiere que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acontecimientos según las diferencias constitutivas de ellos". Bajo esta perspectiva, en el asunto sub-examine, no puede ser admisible establecer una causal de nulidad del matrimonio aplicable solamente a la población femenina, pues ello no encuentra asidero en los principios y valores constitucionales. Si las relaciones de la familia se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja, es decir, en la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres que la conforman, no es equitativo ni razonable imponer una carga a uno de los miembros y eximir al otro, por su simple pertenencia a un determinado sexo. La norma implícitamente prescribe: la mujer adúltera debe ser "sancionada" si se casa con su "cómplice"; el hombre, por el contrario, no tiene límite a su voluntad y a su sexualidad. Esta concepción, no es compatible con los postulados superiores que reconocen la igualdad de derechos y deberes de todo ser humano, tal y como se desprende de los artículos 13, 42 y 43 de la Carta. Como lo ha reiterado esta Corporación, la decisión de contraer nuevas nupcias corresponde al fuero interno del individuo y, en consecuencia, es arbitraria toda injerencia que limite esa opción individual".

En la República Bolivariana de Venezuela, la paradigmática Ley Orgánica sobre el Derecho a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, establece en su artículo 1 que la misma tiene por objeto garantizar y promover el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, creando condiciones para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, impulsando cambios en los patrones socioculturales que sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, para favorecer la construcción de una sociedad justa democrática, participativa, paritaria y protagónica-

Por su parte, la referida ley dispone en su artículo 3 que la misma abarca la protección de varios derechos entre los cuales se señala de forma expresa a la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer:

Artículo 3. Esta Ley abarca la protección de los siguientes derechos: (...)

3. *La igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.*

En la sentencia n.º 695, expediente 15-0601, del 2 de junio de 2015, esta Sala Constitucional estableció que:

“Es de destacar que la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia se promulgó como un instrumento legal que desarrolla la preeminencia de los derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a las mujeres víctimas de la violencia de género, la cual es vista a nivel mundial como un asunto de salud pública, cuyas raíces se encuentran en la cultura patriarcal de nuestra sociedad, caracterizada por la subordinación y discriminación hacia la mujer; impidiendo así el goce efectivo de sus derechos, entre ellos el de la igualdad ante la ley”.

Así, uno de los aspectos que el Estado venezolano ha abordado de forma prioritaria y perentoria en los últimos lustros ha sido la protección efectiva de la mujer. La Ley Orgánica sobre la Protección de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia es uno de los instrumentos para la consecución de tal fin, en correspondencia con la visión preponderantemente humanista y social del Estado que transversaliza la Constitución de 1999.

Asimismo, los principios de igualdad y no discriminación constituyen principios fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional y ha sido recogido en los principales instrumentos de derechos humanos, entre los cuales se destacan:

a) Declaración Universal de los Derechos humanos:

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

- 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*
- 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

b) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

- c) Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:
(Parte II .Obligación de adoptar medidas. Obligación de no discriminación).

Artículo 2.-

(...omissis...)

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra

condición social.

Asimismo, en el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra el *Estado de Justicia*, que consolida los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley, asegurando el derecho a la vida, al trabajo, la cultura, la educación, la justicia social, y la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, enunciado éste último, que quedó plasmado y que desarrolla parcialmente el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al cual se hizo referencia.

En este mismo sentido, en nuestro país, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la igualdad constituye uno de los principios cardinales que sustentan el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, y, por ende, conforma un postulado básico y garantista del Derecho Penal actual (ver artículo 2 Constitucional).

Por lo tanto, expresar que todos los ciudadanos son iguales ante la ley implica que se tienen los mismos derechos y obligaciones respecto a la sociedad y sus instituciones políticas, correspondiendo su plena y consecuente interiorización para hacerlo valer y respetar cabalmente.

Por tanto, un deber jurídico y de política antidelictiva consiste en continuar revirtiendo y evitando tratos desiguales injustificados, tales como los evidenciados en las referidas normas preconstitucionales, y, por ende, también lo es seguir tutelando de forma prioritaria a los grupos sociales en situación de vulnerabilidad, los cuales han sido precisamente las que han venido recibiendo trato urgente y preferencial, con más contundencia y de forma inédita en la historia venezolana, desde la aprobación y aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; la cual ha consolidado una justa distribución de la cargas, incluso en materia penal, a través de la penalización de las conductas consideradas gravemente lesivas.

Uno de esos instrumentos de protección de los más débiles lo constituye, precisamente, el Estado Social de Derecho, expresión jurídica y política que inspira y orienta de forma sobresaliente el Texto Constitucional de 1999.

Al respecto, la sentencia n.º 85 de fecha 24 de enero de 2002. Caso: Asodiviprilara. Exp. n.º 01-1274, con relación al Estado Social de Derecho refiere:

“Inherente al Estado Social de Derecho es el concepto de interés social, el cual es un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por las propias leyes como débiles jurídicos, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en posición dominante con relación a ellas, por lo que si en esas relaciones se les permitiera contratar en condiciones de igualdad formal, los poderosos obligarían a los débiles a asumir convenios o cláusulas que los perjudicarían o que obrarían en demasía en beneficio de los primeros, empobreciendo a los segundos...” (Negrillas nuestras).

El Derecho Penal y su implementación a través del sistema penal, debe ser una guía jurídica para el respeto de los derechos fundamentales que le asisten a toda persona, no pudiendo establecer criterios de criminalización que afecten valores, principios, derechos o garantías

establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el resto del ordenamiento jurídico.

En un modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos fundamentales, necesarios para la realización personal y la convivencia pacífica en la sociedad, con el menor sacrificio posible de la libertad y demás intereses jurídicos.

Esta Sala Constitucional, en sentencia n.º 915 de fecha 20 de mayo de 2005. Caso: *Kennedy Manuel Sánchez Urdaneta*. Exp. n.º 04-2186, estableció respecto a la función del Derecho Penal, lo siguiente:

“... entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico...”

... la pena -y por ende el Derecho Penal- tiene por función la prevención de delitos, a los fines de evitar que los bienes jurídicos de los ciudadanos se vean lesionados. Claro está, dicha prevención debe estar limitada por los principios antes señalados.”

Ahora bien, este objetivo del Derecho Penal, para ser legítimo, lo debe procurar el Estado respetando los límites que imponen, entre otros, los principios sobre los cuales se construye dicha rama del Derecho (principios penales), que son una proyección de los derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Aunado a lo anterior, las normas en cuestión son refutables desde la óptica de los valores cardinales del Texto Fundamental, como lo es la justicia (Art. 2 Constitucional), sino también al derecho a la igualdad y a la no discriminación (Art. 21 Constitucional).

En relación con lo anterior, los tipos penales previstos en los artículos 394 y 395 del Código Penal representan un tratamiento discriminatorio, fundado en la condición del sexo del sujeto, en este caso la mujer, al que se le castiga por el hecho de ser “adúltera”, no sancionándose de la misma manera al llamado “*concubinato de hombre casado*” o “*concubinato notorio*” del marido, que también estando casado incurre igualmente en adulterio, aun y cuando la norma no lo establezca expresamente. Circunstancia ésta contraria al valor y los principios de igualdad ante la ley y no discriminación fundados en el sexo consagrados en los artículos 2 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, un principio cardinal que se proyecta desde el derecho penal es el llamado *principio de subsidiariedad*, el cual implica que el Derecho Penal debe ser el último recurso (*ultima o extrema ratio*) para solucionar los conflictos sociales, debiéndose acudir a aquél sólo cuando sean insuficientes -o no existan- otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en otras ramas del ordenamiento jurídico.

En efecto, en sentencia n.º 1.676 del 3 de agosto de 2007. Caso: *Francisco Croce Pisani y otros*. Exp. n.º 07-0800, esta Sala estableció que el principio de subsidiariedad se desprende del modelo de Estado Social consagrado en el artículo 2 del Texto Constitucional, siendo uno de sus rasgos esenciales “... *la exigencia de necesidad social de la intervención penal. Así, el Derecho penal deja de ser necesario para resguardar a la sociedad cuando esto último puede alcanzarse mediante otras vías, las cuales tendrán preferencia en la medida en que sean menos lesivas para los derechos individuales. En resumidas cuentas: en un Estado social al servicio de sus ciudadanos, la intervención penal estará legitimada siempre y cuando sea absolutamente necesaria para la protección de aquéllos, y esto se da cuando los mecanismos extra penales no son suficientes para garantizar dicha protección*”.

En tal sentido y adicionalmente, esta Sala observa que en el caso de los artículos 394 y 395 del Código Penal venezolano, al establecerse como tipo penal en el artículo 394 el delito de adulterio en el caso de la mujer, y en el artículo 395 el llamado “*concubinato de hombre casado*” o “*concubinato notorio*” del marido, 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 (*Vid* sentencia n.º 1.676 del 3 de agosto de 2007. Caso: *Francisco Croce Pisani y otros*), 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.

Finalmente, como ha podido apreciarse, los artículos 394 y 395 del Código Penal son disposiciones que en la evolución histórica de la codificación penal en Venezuela han quedado casi inalterados partir del Código Penal de 1863 y a lo largo de los subsiguientes códigos penales, aun cuando ello probablemente responda a las escasas reformas verdaderamente exhaustivas e integrales del Código Penal, a la relatividad en cuando 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, los cuales serán abordados en las páginas que siguen.

Así, la disposición contenida en el artículo 394 del Código Penal, a la luz de los postulados constitucionales y su adecuación en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, no son cónsonos con el texto fundamental, en virtud de la diferenciación que existe en la citada norma preconstitucional de la conducta de la mujer con respecto al hombre cuando están enmarcados en la tipificación del delito de adulterio. Estableciendo la referida norma del artículo 394 del Código Penal venezolano, parámetros diferenciadores en cuanto a sexo, punición y descripción típica, no cónsonos con la actual realidad jurídica y social, donde la mujer se encuentra en una situación de paridad e igualdad de derechos en

relación al hombre en todos los aspectos de la sociedad y en la que ambos tienen el pleno ejercicio de sus derechos individuales (civiles, políticos, sociales, culturales, educativos y económicos). Por lo que no debe existir discriminación entre los individuos de la sociedad que se encuentren ante situaciones análogas o similares situaciones de hecho.

Todas las circunstancias y planteamientos efectuados hasta aquí advierten que las normas *sub examine* no resisten el análisis de su constitucionalidad, evidenciando que no es legítima la actual intervención penal prevista en los artículos 394 y 395 del Código Penal, y que la misma carece de validez por ser contraria a los referidos principios y normas fundamentales, básicamente, por ser discriminatoria respecto de la mujer y atentatoria a su dignidad humana, lo que amerita la necesaria reflexión sobre el control social respecto del adulterio, especialmente en atención a los valores jurídicos del matrimonio, la fidelidad conyugal, la familia, y el interés superior de niños, niñas y adolescentes, entre otros, en armonía con el resto del Texto Fundamental.

Ahora bien, con base en los planteamientos expuestos a lo largo del presente fallo, habiendo advertido la inconstitucionalidad de las disposiciones previstas en los artículos 394 y 395 del Código Penal, puesto que contrarían los valores y los principios de igualdad, no discriminación y dignidad humana, consagrados en los artículos 2, 3 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe esta Sala Constitucional declarar con lugar la presente demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesta por la accionante de autos y respaldada en esencia por las representaciones estatales de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio y la Asamblea Nacional. Así se decide.

En consecuencia, esta Máxima intérprete y garante jurisdiccional de la Constitución, declara nulos los artículos 394 y 395 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial n.º 5.768 Extraordinario del 13 de abril de 2005, por lo que lo que las demás normas vinculadas a los mismos, en lo que a ellos atañe, carecerán de eficacia, toda vez que las normas aquí anuladas son jurídicamente inexistentes e ineficaces por contrariar derechos fundamentales, en la configuración que hasta ahora mantenían; y fijar los efectos *ex nunc* y *ex tunc* de la presente declaratoria. Así se declara.

VI
DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley declara:

1. CON LUGAR la demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesta por la ciudadana Enid Beatriz Méndez Ríos, contra el artículo 394 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario del 13 de abril de 2005.

2.- NULOS los artículos 394 y 395 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario del 13 de abril de 2005.

3. SE FIJAN efectos *ex nunc* y *ex tunc* a la presente declaratoria.

4. Se ORDENA la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en el Portal de la Página Web de este Máximo Tribunal, con la siguiente indicación: *"Sentencia que declara nulas por inconstitucionales las disposiciones previstas en los artículos 394 y 395 del Código Penal, normas que contemplan los tipos penales de adulterio, por ser contrarias, tal como están concebidas, a los principios de igualdad, no discriminación de la mujer y respeto a la dignidad humana consagrados en los artículos 2, 3 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con ocasión a los planteamientos asumidos por la accionante, por la Defensoría del Pueblo, por el Ministerio Público y por la Asamblea Nacional"*.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 11 días del mes de agosto de dos mil dieciséis (2016). Años: 206° de la Independencia y 157° de la Federación.

La Presidenta,

GLADYS M. GUTIÉRREZ ALVARADO

Ponente

Vicepresidente,

ARCADIO DELGADO ROSALES

Los Magistrados,

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

CALIXTO ORTEGA RÍOS

LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS

LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON

La Secretaria

DIXIES J. VELAZQUEZ R.

GMGA

Expediente n.º 15-0424