

UNIVERSIDAD DE CARABOBO
AREA DE ESTUDIOS DE POST GRADO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO PENAL

DESPENALIZACION DEL ADULTERIO EN VENEZUELA

Autora: Mendoza Sánchez, Marlene C.

Asesores: Pérez Ríos, Soraya D.

Rutman, Eloy

**Trabajo De Especialización Presentado Ante El Área De Estudios De Postgrado
De La Universidad De Carabobo Para Optar Al Título De Especialista En
Derecho Penal**

Valencia, Octubre 2.003

UNIVERSIDAD DE CARABOBO
AREA DE ESTUDIOS DE POST GRADO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO PENAL

DESPENALIZACION DEL ADULTERIO EN VENEZUELA

RESUMEN

El presente trabajo de investigación demuestra que es posible la despenalización o discriminación del tipo penal correspondiente al delito de adulterio, previsto y sancionado en el Código Penal Venezolano, en virtud de que, no sólo debe ser considerado el aspecto relativo a la difícil demostración de la materialidad del hecho,

tal y como se ha venido haciendo en trabajos anteriores, sino que deben además tomarse en cuenta otras muchas variables o factores que incitan en la practica a que todas las personas legalmente casadas, por lo menos alguna vez dentro de su relación hayan incurrido en actos de infidelidad. De acuerdo con los resultados obtenidos en el proceso de investigación, se demostró a través de los instrumentos (cuestionario y entrevista), que a los efectos de dar por comprobado el injusto penal de adulterio, hasta ahora, sólo han sido considerado como únicos indicios o elementos de convicción suficientes, el acto carnal en flagrancia y el nacimiento de un hijo producto de una relación extra matrimonial, sin embargo, cabe destacar que con respecto a esto último, se ha recurrido al delito de aborto, para interrumpir el nacimiento En la actualidad, pudiéramos afirmar que los actos de adulterio, entendidos como actos de infidelidad, se han convertido en costumbre, una práctica social y ha llegado incluso a formar parte de la idiosincrasia venezolana. Se demostró que si bien es cierto, el delito de adulterio atenta contra los valores y principios, en la práctica cuando las víctimas de este injusto acuden para interponer legalmente el divorcio prefieren no alegar tal circunstancia para evitar el escándalo y exponerse al escarnio público. Cuando el divorcio es necesario se invoca cualquier otra causal para romper con él vinculo. Quedó demostrada la influencia de los programas televisivos como otro factor o variable incidental en la práctica habitual del adulterio o actos de infidelidad en las parejas, especialmente, con la transmisión de los espacios televisivos, por cuanto estos programas lo que han venido haciendo hasta ahora es propiciar los anti valores.

INTRODUCCION

Venezuela no escapa a la tendencia observada en todas las legislaciones Latinoamericanas, con distintos énfasis, a equiparar la situación jurídica de la mujer, especialmente la casada, con la del hombre. Es así como la flagrante violación al principio de la igualdad establecido desde hace muchos años en diversos instrumentos internacionales ha ido mitigándose en la mayoría de los casos y desaparecido en

otros.

La Constitución Nacional garantiza adecuadamente iguales derechos y deberes a mujeres y hombres con una excepción referente a la nacionalidad que se expone mas adelante. Prohíbe expresamente toda discriminación basada en el sexo.

El Derecho de familia, luego de la modificación experimentada por el Código Civil en 1982, establece una igualdad casi plena entre mujeres y hombres en el ámbito de sus derechos y deberes. No obstante, el adulterio como causal de divorcio es considerado de la misma manera que en la legislación penal, creando una situación de extrema injusticia para la mujer.

Las últimas décadas han sido prolíferas en la gestación de movimientos sociales y políticos que han puesto en jaque el viejo sistema de supremacía del genero masculino sobre el femenino.

La llegada de la Democracia acentuó el proceso de cambio legal. Se adoptaron las principales convenciones internacionales de derechos humanos: La Convención Americana Sobre los Derechos humanos, La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo, La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y la Convención sobre los Derechos del niño hoy, todas ellas con jerarquía constitucional desde la reforma (1924), así como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belén do Para”.

En el ámbito del Derecho Civil se equiparó los derechos de las madres a los de los padres, sancionó el divorcio vincular y suprimió supremacías conferidas al cónyuge varón en la vieja ley de matrimonio civil.

En la esfera penal se ha buscado la manera de desechar la dictadura establecida en los Códigos penales, y luego, lentamente, se fueron introduciendo cambios, al extremo que existen otras legislaciones foráneas

en las que se ha derogado el fosilizado delito de adulterio, con su doble Standard, para la cónyuge - mujer, y para el cónyuge - varón.

Si concebimos al Derecho como una practica social especifica en la que están expresados históricamente posconflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una sociedad determinada, analizar los cambios y las permanencias legales se convierte en una tarea de una riqueza inusitada. Efectivamente, esta tensión se manifiesta tanto en la producción del derecho, llevada acabo por los distintos tipos de órganos designados típicamente, el poder legislativo mediante leyes y el poder judicial mediante sentencias, y en los distintos niveles de la organización en sede legislativa; distintas instancias en el aparato judicial, y en la producción teórica, la doctrina que crean los juristas.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

El delito es la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad. También se le entiende como toda acción u omisión prevista y castigada por una ley penal que esta en entera observancia y vigor. Es un acto humano, culpable, contrario al Derecho y por ende sancionado con una pena. De igual forma, se la ha tenido al delito como una lesión a los sentimientos de piedad y probidad.

Desde épocas muy remotas se identificaba al delincuente como un pecador, y afirmaban que la violación de la ley penal justa ofendía a Dios, en consecuencia, la pena era principalmente el castigo merecido por el delincuente, justa venganza, aplicada para aplacar la vindicta publica, en tal sentido, los delitos constituían ofensa en contra del orden moral sagrado de la sociedad, lo que a su vez corresponde a sentimientos profundos de cada uno de sus miembros, por ende, los delitos eran una violación a la moralidad

social y una afrenta personal en contra de cualquier individuo sano. La pasión constituye el alma de la pena, y la venganza la motivación primordial que subyace en los actos punitivos.

Las sanciones penales son la respuesta a la infracción penal y constituyen, sin duda alguna una aflicción que se le impone a quien la sufre. La sanción penal que se aplica a una persona cuando procesalmente se ha demostrado que realizó una conducta típica, antijurídica y culpable, es la pena.

El castigo a una infracción penal es una expresión del rechazo social de un acto y el grado de este rechazo se encuentra expresado por la magnitud del castigo. Es la pena la que garantiza el cumplimiento de la norma, o, mejor, de la pauta de conducta impuesta por la norma.

Ciertamente, el índice delictivo en Venezuela con el pasar del tiempo, se ha incrementado, y las cifras por delitos graves, de amenaza, de violencia pluriofensivos, han ido aumentando indiscriminadamente, con relación a otros hechos punibles que con el transcurso del tiempo se han convertido más que en un delito, en un acto tradicional y frecuente. Los delitos de mayor relevancia y que afecta mas a la Sociedad, son entre otros el homicidio, las lesiones personales graves, el hurto y robo de vehículos y de entidades bancarias y/o financieras, de corrupción, de tráfico de drogas y violación; delitos estos contra los cuales el Estado Venezolano no ha podido combatir de manera efectiva, y menos aun, establecer políticas adecuadas en procura de garantizar la seguridad de la sociedad, ya sea, por tener ciertos intereses directos o porque, sea más conveniente el aporte económico a otro tipo de política de Estado, y que ni siquiera sea para aquellos sectores básicos que lo requieren, como ocurre en el caso, de la salud, educación, empleo, vivienda, los cuales evidentemente que se encuentra de igual forma desamparados, a pesar de constituir Derechos expresamente consagrados en la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

Son muchos los estudiosos del Derecho Penal, los que rechazan la imposición de penas privativas de libertad para algunas conductas humanas, debido a que su práctica constante las ha convertido en conductas o actos normales, y que se han

hecho costumbre, y por lo tanto, ley.

No se pretende a través del presente trabajo dar a entender que todos esos hechos punibles que a diario se cometen, y que de por sí se han convertido en conductas o actos normales, como lo es el caso del homicidio, el robo, el tráfico de drogas, etc., sean despenalizados. Lo que se busca con esta tesis es despenalizar una conducta humana la cual si se quiere es inducida a través de muchos factores externos, entre los cuales, podemos mencionar la difusión de programas televisados a través de los medios de comunicación social, y esta conducta no es otra que la del adulterio.

Hasta la presente fecha no ha habido ninguna decisión judicial en contra de los medios de comunicación en la que se les haya condenado por la comisión en el delito de instigación a delinquir, por el hecho de transmitir novelas, en las que podemos observar como los personajes de la trama se desenvuelven en un medio en el que se propicia los actos de infidelidad tanto del hombre como de la mujer, y esto al parecer, es muy bien visto por la sociedad Venezolana, quienes afanosamente observan las bien llamadas novelas y tan es así, que podemos ver como dentro del horario de su trabajo y fuera de este discuten lo ocurrido en cada uno de sus capítulos. Pero esto no es lo realmente preocupante, lo verdaderamente preocupante es ver como niños y adolescentes de igual forma discuten y están a la espera de cada una de los capítulos de esas novelas, y lo más preocupante es que la televisión Venezolana básicamente estructura su programación en novelas, con un horario diario que va desde la una de la tarde hasta las once de la noche, esto sin tomar en cuenta que además se transmiten otros programas de recreación y conocimientos, en los que se les induce al sexo, y esto sin incluir las propagandas, en las que se hace alusión a la práctica del sexo y a mensajes de tipos subliminal. Ya es común y normal ver como la familia Venezolana ocupa gran parte de su tiempo juntos observando sin perder detalles cada una de las obras porque para sus escritores las novelas son toda una obra y lamentablemente esto es según ellos cultura gracias a los estereotipos.

Ahora bien, sobre la base de lo antes expuesto podríamos seguir considerando

que el adulterio constituye una acción atípica, antijurídica, culpable, es una trasgresión a las instituciones impuestas por la sociedad al individuo, es una lesión al sentimiento de probidad y por lo tanto, merece ser castigado con una pena corporal. Siendo así podría tenerse al adulterio como una ofensa en contra del buen orden moral sagrado de la sociedad. Sería lo más justo imponer una sanción corporal a la conducta del adulterio siendo que el propio Estado Venezolano toleran y permiten su infracción, y la sociedad clama mas por un espacio televisivo de novelas que trasgrede principios y valores éticos y morales. Considero que al demostrar tanto al Estado como la sociedad misma, su tácita aceptación a la conducta del adulterio, lo más conveniente sería en todo caso su despenalización, es decir, no atribuirle pena corporal alguna a este tipo de acción sino que simplemente tenerla como una causal de divorcio, por cuanto es un problema que atañe exclusivamente al campo privado, de la conciencia o lo moral de cada individuo, y que en nada resuelve las normas penales por ser incongruentes, desadaptadas, y han sido hasta ahora letra muerta.

Considero que para el caso de esta conducta, el Estado si pretende mantener la impunidad de este delito, deberá entonces crear un gran centro de reclusión en el que cumplirán pena todos los delincuentes por este delito el cual no escapa a que sea investigado de oficio, en virtud de que todos los ciudadanos sin excepción alguna, en algún momento de su vida han cometido adulterio o han sido infieles. Podríamos además en la aplicación de la reincidencia por el delito continuado. Es probable, que al imponerse una sanción por este delito a los sujetos, se podría lograr la captura además de sujetos que se encuentran incurso en la comisión de delitos más graves y prácticamente la sociedad quedaría conformada por ciudadanos de tercera o cuarta edad.

Pero, esto vendría a constituir uno de los tantos factores que contribuyen o conllevan a la práctica del adulterio. Otro factor de relevante importancia para este tipo de acción en la mujer viene dado al maltrato físico, moral, psicológico y

emocional de la mujer por parte del hombre, y tan es así que en Venezuela existe una ley que sanciona esta violencia en contra de la mujer. Otro factor incidental en la conducta del adulterio por parte de la mujer lo constituye la problemática social y económica del país otro factor incidental sería el desempleo del hombre, la problemática de adquisición de bienes servicios y el hecho de no poder velar y cumplir por todos y cada uno de los Derechos y Garantías tendentes a asegurar la protección integral de los menores y adolescente habidos en el matrimonio legítimamente establecidos otra causal de relevante importancia a sido el consumo compulsivo de bebidas alcohólicas y de drogas en la pareja dentro del aspecto económico es conveniente resaltar que a veces resulta casi imposible costear todos los gastos tendentes a la manutención del hogar domestico y de los miembros que lo conforma, dado a la incidencia del salario mínimo lo que en muchos casos ha provocado enfermedades como el estrés, por lo que se ha recurrido a los juegos de envistes y azar para buscar obtener una ganancia extra, pero esto lo que ha traído como consecuencia graves problemas dentro del matrimonio porque en cierto modo merman aun más los ingresos.

Como hemos visto hasta ahora en la actualidad son muchos los factores que inciden y conllevan a la búsqueda de otra pareja, y que lamentablemente nos llevan a cometer un acto de infidelidad y de adulterio pero tal acción no es a título de dolo si no que es provocada y realizada en la mayoría de los casos en procura de un bienestar personal.

Es conveniente acotar que debido a la problemática social y económica a veces, en la mayoría de los casos resulta imposible hasta costear un divorcio, y es por ello que encontramos uniones maritales de parte de ambos sexos, aun estando casados con otras personas pero, estas personas están al tanto de tal situación. Hoy en día es preferible costear un mercado de alimentos, o pagar el recibo telefónico, o la mensualidad de alquiler de un inmueble o de condominio que pagar a un abogado el tramite de un divorcio ya que, constituye un hecho notorio el que el salario mínimo de casualidad alcanza para costear uno que otro gasto es decir, si alcanza para una

cosa se debe dejar de hacer otra, es decir, vivimos en una sociedad limitada en la que debemos dar preferencia a ciertos servicios.

Hago un hincapié en la conducta de la mujer motivado a que el Código penal Venezolano sanciona más severamente a este tipo penal en la mujer que en el hombre. Pudiera decir con toda propiedad que se trata de un Código machista que tiende a favorecer tal conducta sólo en el hombre.

Reconocer como idea religiosa que el adulterio es la más grave ofensa que puede inferírsele a un hombre por parte de su mujer, tal y como ha pasado a través de la humanidad en todas sus legislaciones es como reconocer a la mujer como un simple objeto carente de todo Derecho, de sentimientos y formas de pensar. Es tener a la mujer como simple utensilio del hombre de esclava de cosa que esta a merced y voluntad del hombre.

Esta concepción constituye una desigualdad puesto que en toda sociedad ser infiel al cónyuge resulta ser una situación sumamente triste y difícil de afrontar por cualquier sujeto ya que todos somos seres humanos y estamos cargados de emociones. Dentro del matrimonio legalmente concebido y constituido la fidelidad es de ambos para la seguridad de la filiación.

En la legislación penal Venezolana, al igual que en las otras al hombre se le beneficia respecto a la mujer, por cuanto a la conducta de este debe ser reiterada, para sancionarlo, mientras que a la mujer simplemente con incurrir una sola vez se le inculpa y sanciona. Tal y como lo he dicho anteriormente la discriminación de la mujer en este tipo penal, es totalmente contradictoria a la realidad social, y más aun, cuando la mujer ha logrado a través del tiempo iguales Derechos que el hombre y en muchos casos los ha superado, al extremo de llegar incluso a ocupar cargos importantes.

La discriminación de la mujer en el dispositivo legal penal es contraria a la constitución nacional, la cual prohíbe las discriminaciones de todo tipo. Pudiera decir que se trata de una norma que colide con una disposición constitucional es conveniente invocar que a partir del año 1.935 en Venezuela se inicio una campaña

por la igualdad jurídica de la mujer y es así como en la carta magna de 1.945 que por primera vez se le otorgan Derechos a la mujer.

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La realidad social, hoy por hoy, ha demostrado que las disposiciones relativas al delito de adulterio no han sido aplicadas, y esto, se ha debido a que se le ha tenido al adulterio como un hecho cotidiano producto de la idiosincrasia Venezolana, la cual ya sé a echo costumbre, y por lo tanto, ley, lo que permite deducir con clara certeza y convicción que la normativa penal es letra muerta.

Es importante reseñar, que la Jurisprudencia, como fuente formal del Derecho, ha sostenido que el adulterio, es la unión sexual entre una persona casada, con otra que no es su cónyuge legítimo. De ello, podemos inferir que el adulterio no es otra cosa que la consumación de la infidelidad.

No pongo en duda, que el adulterio es un acto indigno, inmoral y deshonesto, censurado por la religión, y por uno que otro de la sociedad, pero, el Derecho Penal nada tiene que ver con la religión, toda vez que, desde el punto de vista moral, cada individuo es dueño y valorador de su propia conducta, y por lo tanto, libre de escoger la manera de conducirse. Las normas de Derecho penal dan cuenta al enjuiciamiento de la conducta externa del sujeto, la moral va dirigida a la conciencia, esto es, al ámbito interior. La persona guarda fidelidad es por la libre convicción de que así debe proceder o actuar. Guardar fidelidad no debe hacerse bajo coacción, y menos aun, por imposición de una norma penal. El acto moral es una elección, no una simple obediencia.

La fidelidad, no es un valor social que importe a una comunidad o sociedad. La fidelidad es un problema de cada pareja en particular, lesiona, si, pero solo al individuo que la sufre, el grupo social no se ve afectado por la infidelidad de una persona puesto que a esta no le interesa.

No todos los conflictos deben ser solucionados en el ámbito de la esfera penal. A este campo solo deben inmiscuirse casos graves que afecten

bienes jurídicos de mayor trascendencia. No puede la sede penal reprimir conductas afectivas, puesto que se estaría permitiendo la intromisión del Estado en la vida privada del ciudadano.

El adulterio en Venezuela es tanto en materia penal como en materia civil, letra muerta, y esto es producto a que como se trata de una acción que deshonra principios éticos y morales tanto en el hombre como en la mujer, lo que a su vez quebrante el orgullo de las personas o parejas afectadas, éstas prefieren callar y guardar silencio algún acto de infidelidad, y cuando deciden poner fin al rompimiento del vínculo matrimonial a través del divorcio, convienen en señalar cualquier otra causal prevista en el Código Civil para intentarlo.

La primera causal de divorcio es sin duda alguna el adulterio, entendido este como el acto de infidelidad por parte de cualquiera de los esposos, y por lo tanto, la solución a esta situación insostenible relación o conducta impropia de los miembros de la pareja, es el divorcio, tratando de que dicho conflicto afecte lo menos posible a los integrantes del grupo familiar, en especial, a los hijos.

Con relación a las pruebas del adulterio, sé precisar que esto implica la demostración de que se han cometido relaciones carnales durante el matrimonio, con persona distinta del cónyuge. Sin embargo, esto es una tarea difícil.

Todos los medios probatorios o elementos de convicción, están a la disposición de los cónyuges o de uno de los cónyuges para que en juicio, prueben el adulterio cometido por uno de ellos. Pero la interpretación de los textos legales hace que los jueces pongan a las partes en el juego del acto sexual. Lo único que le interesa al Juez es que el marido o la mujer hayan sido sorprendidos in fraganti en el acto sexual. Si esto no se desprende de las pruebas promovidas y evacuadas en el proceso, el adulterio no existe. La sospecha, las pruebas indirectas o cualquiera otro indicio no valen por sí solos en materia de adulterio.

Con respecto a la prueba testimonial, se debe precisar que las relaciones sexuales siempre son discretas, y las mismas escapan a la observación de los demás,

por lo que resulta casi imposible que pueda haber testigos presenciales del hecho.

La violación del pacto de fidelidad, que surge del matrimonio, no es un asunto que deba llevarse al Derecho Penal, porque si bien es cierto que el adulterio hiere Derechos de la familia, y destruye la armonía en los hogares, el honor, la moral son elementos intrínsecos de cada persona, del fuero interno del individuo, y el matrimonio, se encuentra regulado y protegido por el Código Civil Venezolano vigente, al establecer; los requisitos para contraerlo validamente, las causas de extinción, las causas de nulidad, causas de divorcio, formación de la comunidad conyugal, administración del patrimonio común, determinación de la filiación, entre otros. No es entonces el Código Penal el que deba tratar estos puntos. Lo que para unos es honesto, para otros no lo es, entonces no está aquí precisamente, la base infranqueable para fundamentar el adulterio como delito.

En cuanto a la moral, como posible aspecto que pretenda protegerse con la penalización del adulterio, tenemos que la misma tiene por finalidad determinar normas dirigidas a enjuiciar la conducta interna del hombre, quien con sus propios criterio de juicio que le da su moral, determinará lo negativo o positivo de su conducta, y él será su propio Juez. La moralidad de las personas, en el sentido de ser fieles a su cónyuge, no puede ser producto de los mecanismos judiciales intentados, debe ser el resultado de un proceso interno. La moral implica una obligación consigo mismo, de actuar de manera ajustada a aquellas normas, que cada cual cree buenas para sí, conforme a su conciencia. Nadie es moral o inmoral porque ha sido coaccionado a serlo.

Cual es entonces el sentido de castigar penalmente el adulterio, si la misma ley penal establece las causas de impunidad, cuando ambos cónyuges se han faltado el deber de fidelidad.

Se entiende que al hablar de adulterio, está en juego la concepción del matrimonio de la familia. Están en juego, el valor social del amor en sí mismo, la moralidad, la decencia, la concepción de las relaciones sexuales, la honestidad, pero, el adulterio, se produce como una consecuencia inevitable de otros males anteriores al

matrimonio, pues se cae en adulterio, cuando se ha perdido el amor, el respeto. Y a otras muchas tantas razones que al principio de este trabajo se explicaron.

El proceso penal de por sí es escandaloso, no es capaz de restablecer los vínculos que fueron relajados por la falta cometida, al contrario, los perjudica más, los aniquila, porque ¿Qué queda después?, ¿Deseos de venganza? ¿Rencor? El proceso penal lo único que logra es hacer sufrir mas, al exponer a un bochorno público a los cónyuges como a los hijos, los cuales no obtienen ninguna reparación, ni ventaja.

De este análisis, podemos en definitiva sostener que si es procedente la despenalización del adulterio por cuanto, en la actualidad no constituye delito, sino que se trata de una conducta habitual, que sólo afecta intereses particulares y no a la sociedad en general, y que como mejor sanción sería el divorcio.

1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA

Al tener al adulterio, como la unión sexual entre una persona casada, con otra que no es su cónyuge legítimo, lo cual constituye consumación de la infidelidad y siendo que tal conducta se ha ido incrementando, no solo en la sociedad Venezolana sino que también ha afectado, a otras sociedades internacionales, ya sea en países desarrollados y subdesarrollados, pasando a hacer un hecho social, notorio y publico, derivado como consecuencia de una serie de factores externos por una parte y por la otra debido a que resulta casi imposible su comprobación o demostración en el proceso con pruebas legalmente obtenidas e incorporadas al proceso conforme a reglas expresamente contenidas en dispositivos legales, lo que ha traído como consecuencia a la desaplicación del tipo penal, y por ende, tenerlo como letra muerta, resulta procedente su despenalización, y dejar solo para el campo civil tal causal como vinculo en la disolución del matrimonio, sin embargo, de igual forma resultara difícil de demostrar en esa esfera la materialidad del hecho esto es la comprobación del acto sexual por uno de los

cónyuges.

El fenómeno de la infidelidad, abarca a ambos sexos en igualdad de condiciones puesto que hoy en día tanto hombres como mujeres gozan de los mismos Derechos sin discriminación alguna.

La idiosincrasia Venezolana no ha escapado a este problema que afecta principios morales en particular, y lamentablemente la sociedad ha aceptado esta conducta y es un grupo minoritario los que podrían quedar exentos de no haber sido en algún momento de su vida infiel a su pareja. Sería un grupo muy reducido de los que estando legalmente casados no hubiesen tenido relaciones sexuales extra matrimonial el adulterio constituye la causa primordial por excelencia del divorcio en Venezuela, pero dada su connotación y los valores y principios éticos y morales que quebranta casi nunca es invocada como causal de divorcio ya que deshonra y vulnera el orgullo humano.

A través de una sanción penal el adulterio no dejara de existir. Es la conducta misma tanto del hombre como de la mujer la familia, la sociedad y el Estado la que determinara lo negativo o lo positivo de ella y esto se logra no a través de una pena corporal sino a través del estudio mismo de la conciencia, de los valores morales, el respeto, la honestidad, la decencia, etc.

1.3 OBJETIVOS DEL TRABAJO

1.3.1 OBJETIVO GENERAL

El presente trabajo tiene como objetivo presentar una serie de propuestas o recomendaciones que permiten o dan lugar a la despenalización o discriminización del tipo penal del adulterio del Código penal Venezolano.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Proponer la desaplicación de la norma que tipifica el tipo penal de adulterio.

- Ratificar lo difícil que resulta la comprobación de la materialidad del hecho.
- Comprobar la clara violación de la norma penal a los Derechos humanos inherentes a la mujer
- Demostrar la incidencia de las telenovelas en la conducta humana como consecuencia de los actos de infidelidad de las parejas lo que conlleva a la práctica del delito de adulterio
- Demostrar que la conducta de infidelidad, constituye una realidad social ya aceptada y por lo tanto, mal puede penalizarse este tipo de acción

1.4 JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

El Código Penal Venezolano sanciona con pena privativa de libertad al delito de adulterio, y merece especial atención el hecho de que tal sanción es más severa en el caso de la mujer que en el hombre. Establece entre sus elementos la cópula directa.

El Código Penal Venezolano al igual que otros Códigos de otras legislaciones mantiene la concepción de castigar aun más a la mujer que al hombre mismo, y es así como encontramos que desde pasados remotos eran impuestas penas demasiado crueles a la mujer, como era por ejemplo la lapidación, la quema y hasta la muerte.

Tal concepción obedecía a que la mujer se debía por entero al hombre y por tanto esta tenía para con su esposo el deber de fidelidad absoluto. La mujer de quien se tuviera la simple sospecha de haber cometido acto de adulterio o de infidelidad para con su esposo era suficiente el hecho de que así lo manifestara el marido, y era condenada a castigos crueles degradantes.

Esta concepción fue cambiando un poco, pero, siempre se le ha tenido a la mujer como el sujeto activo en el delito de adulterio, y por ende merecedor de la sanción más grave. A la mujer nunca se le habían reconocido Derechos. Fue gracias a su lucha constante y debido a los

distintos movimientos instaurados, lo que le dio y permitió que se le reconocieran tales Derechos, al extremo de que hoy en día está en igualdad de condiciones y Derechos que los hombres, pero, lamentablemente los legisladores han mantenido dentro del tipo penal del adulterio la sanción más severa para la mujer.

El compromiso de fidelidad que se deben las parejas dentro del matrimonio, debe ser visto desde un punto de vista absoluto y no unilateral es decir, que solo la mujer debe fidelidad al hombre.

La sociedad Venezolana ha adecuado su conducta a ciertos comportamientos que están fuera de todo orden moral. Así encontramos una amplia gama de libertades en la que se han cobijado los miembros de la sociedad tanto hombres, mujeres, niños, adolescentes, familias enteras, etc., en la que se permite de todo. La conducta de los seres humanos ha cambiado mucho, tan es así, que encontramos una sociedad en la que impera el abuso, la desobediencia, el consumo de bebidas alcohólicas y de drogas, el sexo libre, la violencia, etc. Todos estos factores, de alguna forma u otra han incidido en la conducta directa del ser humano, y han desnaturalizado los valores y principios inculcados por la familia, y lo más relevante y absurdo es que todos estos factores son protegidos por el Estado.

Especial atención merecen temas como el aborto, el adulterio, el consumo de drogas, etc., figuras estas que han tratado de ser despenalizadas. En el caso del consumo de drogas podemos encontrar que ya al consumidor no se le tiene como un delincuente más sino que es considerado un enfermo.

El delito de adulterio hoy en día es cometido en igualdad de circunstancia tanto por el hombre como por la mujer. En el caso del hombre encontramos como aspecto relevante el hecho de la paternidad indiscriminada e irresponsable, es así como podemos ver hombres que han procreado diversidad de hijos en mujeres diferentes, sin importar siquiera la edad y Estado civil. La proliferación de hijos habidos fuera del matrimonio constituye un hecho notorio. Con respecto a la mujer encontramos que su conducta de infidelidad pareciera ser más responsable, ya que

procura a través de uso de los anticonceptivos evitar cualquier embarazo, que pueda afectar así su desenvolvimiento en la sociedad. En algunos casos nos encontramos con mujeres que quedan embarazadas producto de una relación extra marital, y que han acuñado la paternidad a su legítimo esposo, y lo más absurdo de esto es que hayan esposos que asuman la paternidad de un hijo no siendo de este y se conformen con que así se lo haya hecho ver su esposa.

Al principio de este trabajo hicimos referencia a la incidencia de los medios de comunicación, concretamente, la televisión, a través de sus novelas, en el aprendizaje de los actos de infidelidad y de adulterio. Cual ha sido su repercusión en el matrimonio, las parejas, los niños y los adolescentes. Hice referencia de igual forma a otros factores que conllevan a la practica de infidelidad y del adulterio todo esto evidentemente que es un hecho social, y lo más preocupante es que llegara un momento en el que el vinculo del matrimonio desaparezca y la figura del concubinato, aun cuando se trate de un vinculo legal permitido, tienda a incrementarse, o simple y llanamente la sociedad decida vivir en libertad, sin compromiso y sin vinculo alguno que los una, y no por ello el Estado dispondrá tipificar alguna sanción penal que obligue ya sea al concubinato o al matrimonio, y que de no hacerlo se impondrá una pena privativa de libertad.

Cada sujeto es libre de actuar, y lo hace bajo su responsabilidad y conciencia. Esta son acciones que se encuentran inmersas en el fuero interno de cada quién y por lo tanto al no constituir conductas exteriorizadas, mal pueden ser penalizadas a través de un Código penal.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

El imperativo moral "amaos los unos a los otros" tiene límites. Es un precepto que sólo puede ser cumplido bajo ciertas circunstancias: civilizadamente, bajo contrato, prometiéndose fidelidad, moralmente. Se predica el amor legal pero no el

existencial. El amor individual tiende a identificarse con la vida pública social. El Estado impone y regula las pulsaciones afectivas. En cada sociedad la moral doméstica está representada por un conjunto de reglas coercitivas que limitan el derecho de amar.

La experiencia amorosa no conoce fronteras: es un conocimiento de la vida personal, se sitúa por encima del bien y del mal, y se halla ligada a la atracción de los sexos. Es expresión de la libertad, es decir, la manifestación plena según los individuos, a tenor de la libertad de los individuos, fuera de las concepciones legalistas y de los perjuicios de orden religioso o civil. Sin embargo, la sexualidad del hombre está separada del orden natural, de la simple atracción de los sexos, y la colocan en las regiones de lo imaginario.

La ley penal se pone en contra de la ley de atracción sexual, una ley primitiva, anterior a la codificación de la historia. Resulta que los médicos y los abogados se limitan a observar la analogía del amor con las obsesiones conscientes de un reducido número de enamorados -seres excepcionales- y en descubrir en ello una elevada proporción de criminalidad. Castigan el adulterio a favor de la castidad. Por influencias de la religión católica, todo acto carnal al margen de las reglas constituirá pecado. Confunden amor con matrimonio. Restringen el derecho de amar en aras de convencionalismos familiares y sociales.

Adulterar significa "viciar o falsificar una cosa"; "corromper o mezclar". Adulterio proviene del latín "adulterinus", derivado de "adulter", que significa la idea de algo falseado. Se relaciona con la filiación ilegítima, y se aplica al hijo nacido de la unión delictiva o prohibida. La letra legal extiende los significados: es el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados. Es la "profanación del lecho conyugal". Es la "violación de la fe conyugal, cometida corporalmente y a sabiendas". El amor se verá reducido a fórmulas del pensamiento: el amor al prójimo es un canon moral y el amor al cónyuge un modelo jurídico. La vida privada se hace pública. El matrimonio será la unión de los sexos sancionada por la ley, por la

fidelidad y sancionada por el hombre. A pesar de sus grandes excepciones históricas, la fidelidad será una de las características teóricas del matrimonio. Dejar impune la lujuria de los amantes es una infamia, ya que lesiona la honestidad, hiere la moral pública, atenta contra la fe conyugal y el buen orden de la familia; infiere a la sociedad un daño irreparable. Thomas Mann decía: "en realidad, el matrimonio no es solamente la realización y la creación del instinto de fidelidad, es, al mismo tiempo, su engendrador, su escuela, su alimento y su guardián".

En una sociedad de hombres libres, el amor debe estar desprovisto de pautas legales. No es posible codificar el amor en un sentido o en otro. La teoría anarquista del amor libre aporta una visión alterna a la legal. Contrapone la libertad individual a las convenciones sociales, prejuicios de clase, de raza, de circunstancia y de educación. Indica que no sólo la continuación de la especie se halla ligada a la atracción de los géneros. Señala que la sexualidad no es más que un capítulo más de la historia natural, y en esta historia hay costumbres -monógamas o múltiples-, pero no reglas. Ninguna tendencia sexual es superior o inferior, moral o inmoral. Lo esencial es la sinceridad, el espíritu, la necesidad de los que aman. Pero suele darse a conocer una sola especie de amor: la legal, o sea, la unión para toda una vida con un ser que a veces no se conoció hasta el casamiento, que disimula su verdadero carácter y del cual, a pesar del divorcio, en muchos casos no es posible separarse sin graves inconvenientes económicos y sociales.

En el fondo, la legalidad tutela la ley de la reproducción, y la legitimidad la satisfacción del deseo. Es un deber y en la otra derecho. El amor legal debe ser exclusivo y perpetuo. Fuera de estas condiciones normativas establecidas para el matrimonio, la ley condena el amor. Sobre todo el de las mujeres, para quienes se construyó el supuesto del adulterio.

En efecto, el delito de adulterio es una ley al servicio de los hombres para custodiar una propiedad (su mujer) obligadamente casta y fiel. Es el reflejo nítido de dos pilares de la sociedad domesticada: la castidad de las solteras y la fidelidad de las casadas. Desde el punto de vista económico, el adulterio sirve a los intereses de la

propiedad individual y, particularmente, asegura a los hijos de una paternidad cierta la transmisión de los bienes familiares. De ahí que la ley sólo sancione las uniones sexuales después de haber tomado infinidad de garantías y con harta desconfianza (contrato matrimonial, régimen de bienes). Las prácticas de esta ley civil parecen concertadas con el fin de hacer olvidar todo respeto a la ley natural.

Como el Estado carece de facultades afectivas, es imposible reducir el amor a una definición concreta o legal. Planteada la cuestión en estos términos, el amor no es un problema de derechos, sino un problema de necesidades naturales que requieren satisfacción y que no entiende del derecho escrito. Sin embargo, el amor brota del privilegio del matrimonio. Desde luego que nadie puede impedir que los casados amen fuera del matrimonio, pero siempre que lo hagan en las sombras, sin escándalo, guardando las formas. La sociedad ha hecho del adulterio un coito extra legal. Lo ha ubicado en la tipología patológica del amor. Incluso se dice que los enamorados cometen crímenes a menudo, y como los criminales son enfermos, luego enfermos son los enamorados también. Igualmente se puede decir que el adulterio es el delito de sustraernos a la ley a que se hallan sometidos todos los seres (con base en la idea de que la justicia es para todos), pero no hay que olvidar los orígenes de este delito y, por ende, su anacronismo: El hombre primitivo, erigiéndose en justiciero, no es, como puede ser hoy, el amante exasperado por la traición, extraviado por la pasión, sino un señor castigando los desacatos de su esclava, un propietario afirmando su derecho. Sabemos, para vergüenza, el asesinato semi legal por el que estos salvajes, como nosotros vengaban su pretendido honor; esos que no conocían todavía nuestro crimen pasional, nuestro homicidio por amor y celos.

De ello se desprende que la monogamia no tenga nada que ver con el amor. Es un régimen hasta cierto punto artificial. Sin exagerar, la monogamia fue fundada para hacerse de una paternidad para que los hijos, en calidad de herederos directos, pudiesen entrar un día en posesión de la fortuna paterna. El derecho a amar será perturbado por la domesticidad, y el adulterio fincará el privilegio del hombre sobre el sexo exclusivo. Será preeminente el instinto social (económico o propietario) sobre

el amoroso y maternal. Es un orden que relega a segundo plano las exigencias del amor y de la maternidad, y favorece el derecho paterno sobre la descendencia y la transmisión de la propiedad. José Ingenieros nos resume esta historia: el matrimonio individual nació como simple rapto de una mujer para el uso doméstico privado. La mujer fue originalmente una cautiva, una esclava. La finalidad básica de la familia no era el amor, sino la solidaridad doméstica favorable a la protección de los hijos, futuros herederos del patrimonio. Las esposas infieles, dada su condición de objetos, eran severamente castigadas, pues robaban la propiedad de su amo. Los celos del hombre eran un simple sentimiento de propiedad lesionado por la esclava que dispone de su cuerpo sin su consentimiento. Exigencias de orden económico, psicológico y social se sumaron para que las concubinas fueran mantenidas en hogares independientes; sólo se quedaba en el hogar la madre de los hijos que heredaban. La inferioridad de la mujer, el adulterio y la venganza del marido ofendido, son residuos de la esclavitud de la mujer en la familia paterna. Desde que la esclavitud de la mujer dio origen al matrimonio individual, el hombre reprimió tan severamente el adulterio como el robo de un caballo o de una vaca; en las costumbres primitivas no hubo diferencia entre el adulterio y el abigeato.

En fin, la represión severa del adulterio intervino en defensa de la legitimidad de los hijos, en su calidad de herederos del padre. El derecho familiar, entonces, resulta ser una norma que mezcla lo doméstico, lo moral y lo jurídico. El derecho a amar, en un principio, será respetado si es acompañado del deber de fidelidad y de criar la prole. Todo amor sin deberes domésticos será reprobado, execrado, perseguido. Y cuando las sanciones alcanzaron una expresión religiosa o jurídica, el amor no condicionado por la domesticidad se convirtió de inmoralidad en pecado y de pecado en delito.

El sentido común señala que el amor conyugal es lo que por ley natural envejece y muere. En sentido opuesto, la moral y el derecho elevan al rango de lo sagrado el amor conyugal. Lo cierto es que existen puntos de vista antagónicos respecto al dilema de juzgar al amor. Los pareceres son interminables. Antístenes,

fundador de la escuela cínica, decía sobre la calidad de la mujer con quien debía casarse si la recibes hermosa, será común a otros; si es fea, te será gravosa. Otro cínico, Diógenes de Sinope, creía perjudicial el matrimonio porque, según él, altera la serenidad del sabio; y por ello, de acuerdo con sus normas anarquizantes, sustituye el amor matrimonial por el amor libre en una ansia de retorno a la naturaleza y desprecio a las instituciones sociales, él cree que el sabio no necesita leyes, ni gobierno ni autoridad, porque le basta su propia moral de renunciación. En los tiempos de Homero, la adúltera quedaba en situación infamante; entre otras cosas, no podía asistir a los sacrificios públicos y era expulsada de la casa. Al adúltero sólo se le imponía una multa. Sobre la infidelidad de Venus con Ares, los griegos pensaban que siempre es condición humana, y al parecer también de los dioses, despreciar al burlado y envidiar al burlador. En Atenas, Solón no olvidó en sus leyes la cuestión del adulterio y dio facultad a quien sorprendiese al adúltero para matarle. En la antigua Roma, el adulterio era como un deporte, del cual unos se vanagloriaban de cultivar con éxito y otros lo practicaban en secreto. En todas las épocas, la libertad sexual para el hombre es tolerada por la esposa con la aceptación de lo inevitable. Hay una sumisa intransigencia con las infidelidades de su marido. Este monopolio de la mujer en provecho de un hombre ha hecho del libre ejercicio de las inclinaciones sexuales de la mujer un crimen, y asimila el adulterio al robo. La coerción ejercitada y sancionada por penas severas, feroces, ha determinado a la larga una reserva sexual instintiva en la mujer.

San Isidoro, en el Concilio del año 694, definió al adulterio en los siguientes términos: "Adulterium es escarnecimiento del ajeno casamiento, en el que en sucio lecho ajeno tomó nombre de adulterio". En el Fuero Juzgo ("Lex Wisigotorum, Liber Judicu"), "la adúltera y su cómplice quedaban a merced del marido agraviado, que podía castigarlos a su gusto e incluso matarlos. Pero si una mujer casada podía probar que su marido la traicionaba con una soltera, ésta era entregada por la ley a la agraviada para que se vengara de ella según su criterio". Por lo visto, el derecho

reconoce al agraviado el derecho a una justicia sangrienta, a lavar su honor con sangre y, aún más, se le censura si no lo hace. Es la ética que condena la pasión sin apelación, bajo el principio de que el crimen de amor impuro salvará la pureza. Y todo ello porque la moral doméstica es una moral de propietarios. El matrimonio funciona alrededor de una ética económica que privilegia el compromiso recíproco de fidelidad y cooperación, que se resume en la certeza de que sólo heredaré a los que son mis hijos. La víctima del adulterio es el marido y el cómplice de la adúltera un ladrón que roba el amor sin casarse y viola las leyes propietarias de la herencia. Lo singular de esto consiste en que la sanción social de la deshonra afecta por igual a los delincuentes y a las víctimas: Desde el punto de vista de la opinión pública, los padres y maridos burlados son culpables de imprudencia; la sociedad les ha confiado la sagrada custodia de las buenas costumbres y ellos han faltado a su deber al permitir, contra su propiedad privada, un delito que constituye un mal ejemplo o un estímulo para que se atente sobre la propiedad de otros.

Caballeresca medieval bastaba con la simple sospecha para convertir a la mujer en reo de muerte, porque ese honor, que había de lavarse con sangre, era un privilegio masculino que sólo debía guardar la mujer. Tal status de la mujer se verá reflejado en la cultura. Para fray Luis de León, teólogo y poeta, la mujer debe estar en un rincón sentada y también tener la boca cerrada. Para los hebreos, únicamente cometía adulterio la mujer infiel a su marido, o sea, no era delincuente el esposo que rompía la fe conyugal. La lapidación era la pena practicada entre los aztecas. En América también, los araucanos equiparaban el adulterio con el robo, que era una de las más graves infracciones. Así, pues, en todos los derechos pervive (aunque no por influencia directa sino como inconsciente colectivo) la máxima romana: "maritus genitalis thori solus vindex". La venganza no era posible en el adulterio en que había connivencia del marido en la infidelidad de la esposa, pues en tal caso el marido era indigno y se hacía reo de delito.

A partir del siglo XVII, con el triunfo de la burguesía, el amor empieza a salvar el obstáculo de clase. Empieza a establecerse el dilema psicológico, la batalla entre la costumbre acatada y la rebeldía de los derechos naturales del amor. Puede ser. Quizá solamente se aclare el dilema o confrontación entre el tradicional concepto del honor y la fidelidad en el matrimonio y la búsqueda del derecho al amor por fuera de los convencionalismos sociales. Entre el amor para la reproducción y el amor para alcanzar la plenitud emocional, entre el adulterio que atenta contra el deber de fidelidad conyugal y el derecho a la sexualidad según la apreciación personal de la vida. Entre la aspiración de una sociedad legal y obligadamente constituida, que no puede ser sino hostil al amor fuera de reglas, y la elección consciente, razonada, sentimental, impulsiva, emocional, que no es sinónimo de perversión o de pérdida de sensibilidad sexual. Entre el amor que se somete a reglas, entre ellas el adulterio, y el amor libre que rechaza este ilícito desde el momento en que no hay víctima, en que no afecta la vida sexual ajena. Entre la libertad como expresión de lo social y la libertad como expresión de un orden exclusivamente individual. Desde el punto de vista filosófico, esta disyuntiva parece impertinente. Desde Platón se demuestra que las normas morales más elevadas son manifestaciones del más profundo interés propio y social. El individuo está vinculado orgánicamente al mundo en que vive, y al desear lo mejor para él está actuando por el bienestar de los demás; hay un principio unificador entre individuo y grupo. Pero si politizamos la cuestión a pesar de que la mujer es legalmente libre, las costumbres pasadas hacen de ella una esclava. No comprende que en la legislación moderna, orientada hacia la igualdad civil de los cónyuges, persista el adulterio como delito y se concedan derechos bárbaros al marido engañado. Ciertamente que cada época posee un estilo de amar, pero también lo es que cada generación modifica siempre, en uno o en otro grado, el régimen erótico de la antecedente. La historia es un ciclo de continuidad y ruptura. De afanes normalizadores (adulterio) y de libertad (su despenalización). Como que en todas las épocas se da una tensión entre lo que Fichte indicaba como filosofar (normativizar), que quiere decir no vivir, y vivir, que significa propiamente no filosofar

(normativizar). Como señala Ortega y Gasset, "el amor tiene su 'ratio', su ley, su esencia unitaria". Todo amor tiene sentido, su sentido, y está fundado en sí mismo. Y agrega: "para que algo sea un ideal no basta que parezca digno de serlo por razones de ética, de gusto o conveniencia, sino que ha de tener, en efecto, ese don de encantar y atraer nuestros nervios, de encajar perfectamente en nuestra sensibilidad". Los anarquistas dirían que la más alta moral consiste en obedecer lo más dócilmente posible las necesidades de nuestra propia evolución. En otro extremo, Thomas Mann creyó que la fidelidad real en el amor sólo es posible en el matrimonio. Santo Tomás quiso advertir a la mujer que no abandone al marido y se una a otro. En la «Epístola a los hebreos» se indica que sea honesto en todo el matrimonio, y el lecho conyugal sin mancilla. Porque Dios condenará a los fornicarios y a los adúlteros. Mundo de pareceres. Pero un mundo agitado por la autoridad, por el poder. Desgraciadamente, como dijo Levi-Strauss, el matrimonio no es, ni puede ser, un asunto privado. Fue del interés de los miembros de la colectividad, posteriormente fue asunto de los poderosos grupos consanguíneos y ahora de la intervención del Estado (en su acepción más amplia). El es quien orilló a los amantes a buscar el secreto, a ocultarse, porque su pasión los deja sin defensa contra una posible agresión.

Ortega y Gasset menciona algo quizás cierto, "la mayor parte de los hombres muere sin haber gozado jamás una auténtica pasión amorosa". Pero el hombre siempre está expuesto a algún "encanto". Lo más frecuente es que el hombre ame varias veces en su vida. Tales signos humanos son diagnosticados, tratados y domesticados por la norma. El derecho crea lo prohibido. Por fuera del hogar vivirán las queridas, los amantes, en los que el ser humano revivirá el amor cuando lo siente extinguirse en el matrimonio monogámico indisoluble. Todos sienten la necesidad de alguna relación amorosa, pero ser amantes simplemente como un medio de satisfacción sexual, los convierte en adúlteros o promiscuos. A pesar de que el amor no es inherente moral, sino la pura satisfacción de un deseo, las relaciones sexuales no están regidas por la apreciación personal y son otorgadas por el derecho. La lealtad se vuelve obligación. De ahí que todos anhelan una sociedad hecha por ellos y

diferente a aquélla en la que nacieron. Por eso el amor es siempre una amenaza al 'status quo' y a veces es subversivo. Los amantes crean su propio universo afectivo. Para los freudianos el amor es "realmente" sexualidad amoral. Es un mecanismo para satisfacer el amor a uno mismo. El individuo ama a toda persona con base en su propia necesidad de protección. Todo amor, en resumen, es reducible a un deseo de ser amado. Pero el amor es sinónimo de prostitución. El contrato de matrimonio adquiere los caracteres de una sociedad pecuniaria más que afectiva. El adulterio se pronuncia en contra del amor, precisamente porque atenta a las bases materiales del matrimonio. Y el legislador, en venganza, puede llegar a establecer que el esposo culpable no podrá jamás casarse con su cómplice o puede castigarle con la interdicción de un segundo matrimonio. El amor se somete a reglas. El adulterio, en sus raíces, viene a desmentir de modo trágico el juramento de fidelidad conyugal, y eso es intolerable. A toda costa hay que evitar que puedan deslizarse en familia herederos ilegítimos. No obstante que nadie ama sin porqué o porque sí y todo el que ama tiene, a la vez, la convicción de que su amor está justificado, en esta sociedad hay que someter la pasión a la razón jurídica; la voluntad debe triunfar sobre la pasión. Debemos amar con la cabeza, no con el corazón. Se nos inculca que en el arquetípico amor matrimonial siempre se presenta un obstáculo: la sociedad, el pecado, nuestro cuerpo, nuestro yo distinto, cuando el amor debería trascender el mundo de la ley. Kant es muy preciso: "El amor tiene que ver con los sentimientos, no con la voluntad o volición y yo no puedo amar porque deseo hacerlo y aun menos porque debería hacerlo (no puedo sentirme obligado a amar por necesidad), por lo tanto, no hay tal cosa como él deber de amar".

Habíamos dicho que el adulterio es la violación corporalmente consumada de la fidelidad conyugal por cualquiera de los dos cónyuges. En una posición contraria a la "académica" Carlos Alberto Seguin señala que, si nos remontamos a los orígenes "adulterium" proviene de dos términos, "add" y "alter". Estas raíces lingüísticas no se refieren a otra cosa que a una relación con otro, con alguien distinto de la unión conyugal. La infidelidad, por su lado, tiene un sentido moral se trata de una

deslealtad, de un quebrantamiento de la fe depositada. Comprendemos, entonces, que puede haber adulterio sin infidelidad e infidelidad sin adulterio. Ahora bien, independientemente del criterio semántico, el adulterio no es un simple problema de interpretación, sino una imagen que discurre, en el paralelo, con la presencia de un orden moral, y ahí el lenguaje se complica. La semántica del amor viene apoyándose, desde sus inicios, en los preceptos éticos de servicio, deber, fidelidad, compromiso, perpetuidad, por señalar sólo algunos. El ejercicio del amor presupone estos principios o controles, los que finalmente definirán un orden social. Por ejemplo, mediante la prohibición de las relaciones pre conyugales o extra conyugales, la semántica jurídica y su moralidad están indicando que es en el matrimonio donde comienza la libertad. Que el hombre sólo debe amar lo amable, lo digno de ser amado: la esposa, la novia, la pareja; y hay amores que no lo son: la concubina, la amasia, la amante. De esta manera queda estudiada la línea de conducta moral, fiel, ejemplar, porque si se garantizara al amado o a la amada la capacidad de decidir de acuerdo con sus propios sentimientos o gustos, como debería suceder, las reglas quedan rotas por la intervención de los ideales. La vida es muy variable y muchas veces nuestros apetitos se pueden hallar en concordancia o en discordancia con la letra aparentemente coherente de una norma. La atracción entre hombre y mujer se manifiesta a través de un repertorio múltiple de actos y sentidos: el gusto por la forma corporal, por vanidad, por locura, por lealtad, por simpatía, por cariño, por pasión. Incluso podemos apartarnos o alejarnos de los imperativos de nuestra vocación. De ahí que debemos dar un nuevo sentido al deber, al deber de fidelidad en este caso. Como señala Joaquín Xirau, "deber primario es para toda persona el mantenimiento de la propia peculiaridad a través de los cambios y los azares de la vida". Es imposible subordinar la multiplicidad de nuestros apetitos personales a una fórmula universal. La fórmula no es el deber jurídico sino la conciencia amorosa. Sólo tiene sentido la ley si reconoce el azar. Debe separarse aquello que interesa a la ética de aquello que pertenece al amor. De lo contrario, en lo jurídico se seguirá confundiendo sexualidad, amor y moral (matrimonio, en una palabra). El Estado seguirá teniendo

argumentos para intervenir en las relaciones sexuales, para encauzarlas, moderarlas, dirigirlas y enaltecerlas. La conducta erótica padecerá las más diversas formas de acción y de coacción. Más que nadie la mujer, para quien es preciso alcanzar salud, utilidad, belleza, elegancia, dignidad, decoro, honestidad, fertilidad, fidelidad. En efecto, el rigor punitivo se ha centrado especialmente en la mujer. En torno a ella se concentra la infidelidad conyugal. Justa o injustamente, la realidad legislativa muestra que el hombre ha gozado del favor civil y penal frente a la adúltera. Es más, se dice que, en rigor, la tradición canónica considera también adúltera a la mujer divorciada que vuelve a contraer nuevas nupcias. En La India, las leyes de Manu disponían que la adúltera fuera devorada por los perros. En los tiempos de Herodoto se arrancaba la nariz a la infiel. Entre los árabes, pese a la poligamia, la pena era la prisión perpetua. El primitivo derecho romano otorgaba al esposo el derecho de matar a su mujer si era sorprendida en flagrante adulterio (esta venganza pertenecía al padre cuando la hija estuviese aún bajo su potestad). Posteriormente, la "Lex julia de adulteris" convirtió al adulterio en delito público, con la facultad de ser acusadores incluso quienes no fueran ni el marido ni el padre de la adúltera. Actualmente es causal de divorcio. Sé prohíbe que el adúltero vuelva a contraer matrimonio y no puede ser capaz de heredar, salvo expreso perdón. Puede, también, determinar la disolución de la sociedad conyugal y la pérdida de la patria potestad. Es más, puede llegar a afectar la legitimidad de los hijos y la consiguiente paternidad del marido. En lo penal, hay la tendencia a eliminar el adulterio de los códigos represivos, pero no en todos los países.

En la historia de las mentalidades el amor siempre ha supuesto un ritual: el vasallaje amoroso que supone castidad y fidelidad. La mujer jura de rodillas eterna fidelidad, como se hace con un señor o soberano. Es clara la tentativa de normalización de la pasión. Debe negarse toda especie de aventura privada. La religión y el derecho se unen para imponer una higiene sexual autoritaria y hacen del adulterio, a la vez, un sacrilegio y un crimen contra los órdenes natural y social. El sacramento del matrimonio une a dos almas fieles, a dos personas aptas para procrear,

y a dos personas jurídicas unidas bajo contrato. Como se castiga el ideal de la lujuria, el amor feliz no tiene historia en la literatura occidental. Sólo el trágico, doloroso, oculto, castigado. El deseo es fatal, de ahí que el amor en el hombre esté determinado por el demonio. Para Denis de Rougemont, perdimos el amor-pasión "a favor de una moral superviviente que ya no sabemos justificar más que por el derecho". La disputa del alma y el cuerpo, de la honra y el deseo, es un conflicto que precisamente debe resolver el matrimonio cristiano y legal. Un matrimonio que, desde la época feudal, es amarrado por la conveniencia de los rangos y la equivalencia de las "cualidades". El estatus, el origen, la posición, hacen "amable" la unión. El verdadero matrimonio por amor es un acto de indisciplina contra la familia y la sociedad: prohibido primitivamente con rigor, alcanzó más tarde cierta tolerancia legal, reñida por las graves sanciones morales que aún persisten en las clases ricas, en que la constitución de la familia está más directamente subordinada a la transmisión de la categoría y los bienes. Ciertamente, la institución matrimonial descansa sobre bases financieras y no religiosas o morales, como se piensa. A decir verdad, las únicas desviaciones consideradas intolerables son las que suponen una dilapidación del patrimonio familiar. El adulterio no castiga la deshonra sino la posible transmisión de las propiedades y fortunas a un hijo ilegítimo, ajeno a la familia. Sea cual sea su intención de fondo, hallamos que el amor es constreñido a reglas contractuales (civiles), a restricciones (penales), a acuerdos (económicos) y a ritos (matrimonio). El amor no es autónomo, no puede descansar en sí mismo, sino que debe ratificar en sí mismo los valores sociales contenidos en la norma. La legitimidad del amor se funda en su estandarización y el recetario del amor se incluye en un código. El amor se somete a un juicio basado en criterios de validez general o universal. Parafraseando a Luhmann, la sala de audiencias y la escuela sirven de metáforas con las cuales se expresan la enjuiciabilidad y la posibilidad de aprendizaje del comportamiento en los asuntos amorosos. Cuando el acto amoroso tiene que ajustarse a un imperativo y a una norma, el deber amoroso se vuelve imperativo, abstracto y deja de ser la multiplicación de deberes personales, íntimos, sentidos. La religión trata de sublimar

la relación y el derecho a sujetarla, a tutelarla de posibles enfermedades corporales y espirituales, de aberraciones y vicios, de pasiones, odios, crímenes, incorrecciones, injusticias. El matrimonio es el remedio. Esta institución social se define actualmente por la estabilidad. Y quien llegue a trastocarla se arriesga a dos caminos: el aburrimiento resignado o la pasión. El matrimonio fue fundado en tres grupos de valores que le proporcionan sus obligaciones: obligaciones sagradas (ritos de raptó, compra, búsqueda, petición de matrimonio); obligaciones sociales (rango, sangre, intereses económicos, luna de miel), y obligaciones religiosas (indisolubilidad del vínculo, fidelidad, honestidad). En fin, como decía Milton, el matrimonio es un remedio contra la incontinencia.

El derecho castiga el desamor. Tipifica el adulterio como delito cuando no es útil castigarlo. Filangieri decía que "nada vale la pena frente a la opinión pública que ridiculiza al marido". Tissot que "el sentimiento de fidelidad o infidelidad, objeto esencial de la promesa conyugal, pertenece exclusivamente a la moral, que escapa a la violencia y a la represión". Si el matrimonio es un contrato, la autoridad sólo inscribe un acto que interesa únicamente a las partes. Por eso "la pasión amorosa no puede ni debe ser objeto de regulación jurídica" (Pessina). Es un mero injusto civil. El divorcio debería ser el sustitutivo del adulterio: no hay más sanción que disolverlo. Recordemos, con Xavier Rubert de Ventos que desde que las leyes y normas que rigen la sociedad no son ya trascendentes ni reveladas, su legitimidad exige que sean, cuando menos, viables. Pueden ser intrascendentes, pero no inconsistentes: pueden no ser universales, pero su aplicación general ha de ser posible y deseable.

Resolver el desequilibrio de la pareja con medidas morales, sociales o jurídicas sería negarle el carácter esencial que tiene: el de la búsqueda, casi ciega aún, de un nuevo equilibrio de la pareja equilibrio tenso entre las exigencias siempre simultáneas, contrarias, legítimas, de la estabilidad y de la evolución, de la especie y del individuo, y finalmente del cumplimiento de la persona y del Absoluto, que es el único que la suscita y la juzga.

Nada está realmente resuelto. Unas medidas de policía no hacen una cultura,

unas consignas no hacen una moral. La generalización normativa sólo estructura una diferenciación en la semántica amorosa, de acuerdo con la "naturaleza" o el "género" de los amantes. La diferenciación social establece varios códigos amorosos, que van de la complacencia dichosa a la exclusión de los perversos. Configura el amor matrimonial, el amor platónico, el amor altruista, el placer de los amantes (ricos y famosos), el amor sucio y anormal (de los pobres). La norma (ejemplar) pasa a lo individual (conducta moral). El derecho al amor queda supeditado a la razón jurídica, cuando todo lo que consigue la aprobación del compañero(a) es permitido y permisible a la vez. Y la razón solamente puede prohibir aquello que puede perjudicar a los otros (como la violación). Sergio Fernández cita una idea maravillosa de D. H. Lawrence: "El pecado es una cosa extraña. No consiste en quebrantar los divinos mandamientos, sino en quebrantar la propia integridad.

2.1.1 EL ADULTERIO.

El Diccionario de la Real Academia Española define el vocablo adulterio como el “ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados”. En la acepción forense se define como “delito que comete la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada”. Aunque no parezca completa esta definición, si lo es, puesto que no habla con propiedad, quien llama adulterio al trato ilícito y habitual del hombre y mujer, porque tal trato es amancebamiento.

Según Carrara “la etimología que comúnmente nos dan los autores de la palabra adulterio –Ad alterius thorum ire (andar en tálamo ajeno)-, aunque desde el punto de vista histórico y gramatical sea mucho menos exacta, sin embargo, expresa suficientemente el concepto del hecho en forma figurada”. En el léxico jurídico, el adulterio es ad alterum thorum vel uterum accesio; pero –al decir de Jiménez de Asúa– “hay que entender el principio como material de violación del hecho donde yacen los cónyuges”, como que poco importa donde se realiza el acto carnal.

Las más crueles penas se imponían, en el pasado remoto, a la mujer adúltera, como la de la lapidación, la de la horca y por el fuego; y según el último de los citados tratadistas, “estas antiquísimas formas de penar a la adúltera pervivieron en los pueblos aborígenes de América hasta los tiempos de la Conquista. La Lapidación era la pena usada entre los aztecas. En otras tribus, como ocurría entre los indígenas que poblaban el interior de las regiones que hoy constituyen los Estados de Venezuela y de Colombia, se castigaba el adulterio hasta con la muerte, porque la india era cosa propia del marido. Lo mismo cabe decir de la práctica de los calchaquíes y, sobre todo, de los araucanos, pues este delito se equiparaba al robo, que era una de las más graves infracciones. También recibía pena de muerte la mujer adúltera en el Derecho incaico, pero el marido uxoricida no quedaba exento de represión aunque solo se le desterraba. En la Tierra del Fuego, sus primitivos habitantes eran muy respetuosos de la fidelidad conyugal, y la mujer que la quebrantaba podía ser muerta por su marido, e incluso se castigaba con mayor severidad al codelincuente. En el Derecho Romano tampoco se penaba más que a la mujer adúltera, y en el antiguo derecho el hombre era dueño de la acción. Así, por ejemplo, en tiempo de Rómulo, el marido con su consejo de familia, no solo perseguía a la adúltera, sino que era el árbitro en cuanto a la penalidad. Después y conforme a la ley de Julia de adulteris, se declaró público este delito, diferenciándose tres clases de acusaciones: *iure mariti, parentum et extraneorum*; pero, Constantino, abolió esta última facultad y solo abarcó a los parientes próximos: *quos verus dolor ad accusationem impellet*. Por fin, triunfa la máxima que pervive en todos los derechos vigentes: *maritus fenitalis thori solus vindex*. La acción para perseguir a la mujer adúltera prescribía a los cinco años, y no podía ejercerla si había habido connivencia en el adulterio de la mujer, pues en tal caso el marido era indigno y con tal connivencia se hacía reo del delito. La acción se extinguía si hubo reconciliación, y ésta era presumida si no arrojaba de su lado a la adúltera: *crimen adulteri maritum retenta in matrimonio uxore, inferre non posse nemini dubium*.

En el Código de Alfonso El Sabio (Ley I del Título XVII en la Partida VII) se define este delito en los términos siguientes: “Adulterio es yerro que home face a sabiendas, yaciendo con mujer casada, o desposada con otro. E tomo este nombre de dos palabras del latín: alterius et thorus que quieren tanto decir como home que va o fue al hecho de otro; por quanto la mujer es contada por lecho del marido con quien está ayuntada e non de ella”.

2.1.2 ASPECTOS RELATIVOS AL CONCEPTO DE INFIDELIDAD

Respecto al matrimonio, el erotismo, la infidelidad y la familia, la literatura y el humor se ocupan permanentemente. Pero, en relación con la infidelidad o adulterio, en las publicaciones psicoanalíticas existe muy poco escrito acerca de ella y mucho menos cuando se trata de los efectos en la estructura de la familia.

Hablar de infidelidad remite a su par, fidelidad, pero para abocarnos a nuestro trabajo es imprescindible investigar su significado. Así en el diccionario encontramos que la palabra fidelidad alude: 1°. a la cualidad de fiel, 2°. a la exactitud, puntualidad en la ejecución, reproducción o retransmisión de una cosa. El término fiel se aplica a la persona que corresponde a la confianza, amor, amistad, etc., en él depositados, significando también, conforme a la verdad, lo que es verídico o exacto.

Podemos decir que fidelidad implica confianza en que el otro permanente de la pareja no va a tener relaciones sexuales extramatrimoniales, es decir, que se tendrá la posesión sexual exclusiva de su cuerpo.

La cuestión de la infidelidad en nuestra cultura pasa por la sexualidad y las fantasías de posesión del cuerpo del otro permanente de la pareja.

Este síntoma que emerge en la pareja trasciende la restricción de la sexualidad y podemos observarlo y mencionarlo a través de los múltiples sinónimos y antónimos en juego: engaño, traición, etc., lo que enriquece el campo de comprensión.

Nuestra exposición vamos a restringirla a una determinada configuración vincular: la pareja conyugal, tal como rige actualmente en nuestra sociedad: entendiendo por ella a la relación que existe entre dos personas de sexo diferente, que

tienen un vínculo estable, con acuerdos y pactos inconscientes y que permite encuadrarla dentro de los parámetros clásicos a saber: a) cotidianeidad, b) proyecto vital compartido, c) tendencia monogámica (que está asociada con la idea de posesión exclusiva del cuerpo del otro) y d) relaciones sexuales permitidas, se ejerzan o no.

Este marco se puede mantener hasta donde den tanto las disposiciones infantiles de cada uno, como las posibilidades del vínculo, de acuerdo a su constitución y posterior evolución.

2.2 LA DESPENALIZACIÓN

Según Devis Echandía, el mecanismo en virtud del cual una conducta descrita en la ley penal como delito sale de esta esfera jurídica para ser sancionada en el ámbito de una jurisdicción diversa, de naturaleza civil, comercial, o administrativa.

En el informe sobre Descriminalización, producido por el Comité de Europa, Estrasburgo, se dice que la despenalización, (así se le denomina en Europa) está constituida por todas las formas de atenuación dentro del sistema penal. En este sentido, “el traspaso de un delito de la categoría de “crimen” o “felonía” a la de delito menor puede considerarse como una despenalización. Esto también ocurre cuando se reemplazan las penas de prisión por sanciones con menores efectos negativos o secundarios, tales como multas, sistema de la prueba, trabajos obligatorios, entre otras.

Según Pérez Pinzón:

“Despenalizar significa suprimir o disminuir cualitativa o cuantitativamente la sanción, especialmente la privativa de libertad. Ofrece ventajas semejantes a la descriminalización, pues disminuye el costo del delito, evita las consecuencias nocivas de la prisión, previene el estigma carcelario, permite que en los casos en que se considere necesaria la pena sea facilitado el tratamiento penitenciario, y reduce la violencia que significa amenaza punitiva y

ejecución de castigo. Es anormal cuando logrado el cambio del ilícito penal en ilícito administrativo resulta de cualquier modo restringida la libertad, por ejemplo mediante conversión de la multa impuesta en arresto. La despenalización es aparente cuando a pesar de afirmarse que el hecho deja de ser delictivo pasa a ser contravencional o meramente administrativo, en realidad la sanción tiene alcance penal, como sucede, en la retención temporal por exceso de velocidad en el tráfico automovilístico, o en el irrespeto a los funcionarios de policía, que se reprime igualmente con la retención. Y es normal cuando en estricto sentido, se imponen sanciones privativas ni restricciones de la libertad”.

A lo cual hay que agregar, que la Despenalización es confundida frecuentemente con la descriminalización, entre otras razones, porque para algunos no está claro, si la pena es uno de los elementos esenciales del delito o una consecuencia de él, razón por la cual debemos agregar a las interrogantes planteadas ¿si el delito es en si un hecho punible, conservará esa calidad si se le priva de la pena correspondiente?, dicho en otras palabras. Un hecho es punible, porque su producción tiene prevista una pena, la punibilidad, es la previsión legislativa de sancionar al responsable del hecho, en ello radica la coercibilidad, pero si a ese hecho se le elimina la pena prevista para el caso de su producción, pasa de ser un hecho punible a un hecho común, y la consecuencia inmediata es la descriminalización.

Es por ello que tanto preocupa e inquieta la despenalización, pues en su expresión extrema, constituida por la eliminación de la pena prevista para el hecho tipificado o criminalizado, en el fondo lo que produce, es la descriminalización de ese hecho, que el legislador habría considerado indeseable para la convivencia, por afectar un bien protegido, cuya protección se produjo, cuando se elevo a la categoría de bien jurídicamente protegido, estableciendo una sanción para quien adecuase su

conducta, por acción u omisión, a la prevista en la norma penal.

Pero, ¿por qué despenalizar?. En una sociedad en la cual, muchos de sus miembros actúan a diario, exhibiendo un absoluto desconocimiento del derecho ajeno, junto a una agresividad extrema y violenta, en la que se matan a seres humanos, robando y hurtando bancos, aeronaves, vehículos automotor y cuanto bien material que se le ponga al alcance, estafando personas naturales y jurídicas, secuestrando jóvenes y viejos, la violación de mujeres, hombres, niños y adolescentes, falsificando todo tipo de documento público o privado, en fin, cometiendo otros muchos delitos, no parece prudente dejar sin protección legal a la gran mayoría de los bienes a los cuales el legislador acordó protección dentro del sistema penal.

No por ello se puedan negar, todos y cada uno de los abusos que a diario se cometen, los funcionarios del gobierno que tienen la responsabilidad de proteger esos bienes, pero, la solución de esos problemas denunciados, no puede ni debe ser, la disminución o eliminación de la protección al ciudadano común y a sus bienes protegibles, que tiene el derecho a disfrutar de la seguridad ciudadana que el Estado está obligado a proporcionarle, de lo contrario, no tardaremos en constatar, que los ciudadanos han decidido hacerse justicia por si mismos, reacción que ya se ha producido en mas de una ocasión, en diferentes formas y que amenaza con generalizarse y extenderse aun mas.

Al respecto cabe destacar, que con motivo de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, muchos ciudadanos han expresado su opinión con respecto a las bondades y deficiencias de dicha ley, entre ellos, quienes por su condición de juristas tienen una relación más cercana con la administración de la justicia penal y conocen sus detalles, sorprende entonces, que un importante número de charlistas y autores de monografías y trabajos, se hayan manifestado con respecto al mencionado régimen procesal penal, atribuyéndole, entre otras, virtudes, la de que ha contribuido con el descongestionamiento de los centros de reclusión.

Frente a tal razonamiento cabe preguntarse, ¿acaso ese aplaudido descongestionamiento de las cárceles, no produjo como consecuencia un mayor número de delincuentes en las calles, se podría negar en sana lógica, que un buen número de los liberados reincidieron en sus actos antisociales, incluso podría preguntarse para extremar la reflexión, cuantas de las muertes violentas, robos y otros delitos, se podrían atribuir a los beneficiados con dicha libertad a costa de las vidas y bienes del resto de los ciudadanos.

Todo parece indicar, que en nuestro país no es aconsejable despenalizar, ya que es indudable, que los ciudadanos respetan las leyes, por convicción, producto de la educación y la formación cívica o por temor a una sanción privativa de libertad.

El sistema penal no puede ni debe ser utilizado como mecanismo para sancionar el desapego a ciertos valores morales, toda vez que se trata de actos particulares que ponen en peligro a una muy minoritaria sociedad, como lo es la familia y no a la sociedad en general.

2.2.1 DESPENALIZACIÓN Y DESCRIMINALIZACIÓN

En un ambiente de conflicto social en el cual se lesiona a personas, grupos y a veces a pueblos enteros, una forma de demostrar la intención de solucionar el conflicto es atacando las causas que lo originan y enfrentando los síntomas costosos que usualmente se le asocian. Se pueden iniciar estas tareas con acciones que tiendan a sanear el ambiente por medio de intervenciones constructivas de parte de las autoridades y la cooperación de los integrantes de la sociedad civil. Existen algunas condiciones objetivas para que las autoridades tengan la posibilidad de realizar ese tipo de intervenciones:

1. La necesidad de promover y preservar la legitimidad para lograr una influencia efectiva;
2. La toma de decisiones tienen que identificar y satisfacer las necesidades humanas

básicas en todos los niveles de interacción;

3. La identificación y satisfacción de las necesidades requiere descentralización de decisiones y la aportación de medios para influir en las decisiones de otros niveles;

4. Se deben proporcionar satisfactores a las necesidades básicas respecto de las cuales los individuos no pueden asumir responsabilidades, por ejemplo, educación, seguridad y salud, de tal suerte que se asegure su satisfacción general;

5. El establecimiento de instituciones para la solución de problemas en todos los niveles de interacción es un respaldo necesario en todas las sociedades;

6. Las intervenciones extranjeras deben estar sujetas a la misma clase de obligaciones y restricciones.

La empresa tendiente a la solución de conflictos sociales requiere de análisis interdisciplinarios y transdisciplinarios pues sólo así se comprende la complejidad de la situación especial; debe ser constante y quienes se comprometen en ella han de ser conscientes de que el logro de objetivos es resultado de procesos que se desarrollan a medianos y largos plazos.

Partiré de una situación, un propósito y un enfoque en este trabajo; la situación es la existencia de una legislación penal representada por un Código, el propósito es enfrentar el análisis de desregulación penal vía descriminalización y despenalización y el enfoque será principalmente filosóficos y teóricos. No se trata de una investigación de campo, pero sí considero la existencia de un conflicto social y la información cotidiana acerca de la comisión de delitos, persecución delictiva, procesos penales, operativos, retenes, detenciones arbitrarias, negaciones, pretextos, desatenciones y racionalizaciones de las autoridades y aumento de la delincuencia e inseguridad pública, etc. Tengo presente los costos que produce una política eminentemente correctiva y la falta de una política preventiva en serio, costos referidos al sostenimiento de las organizaciones persecutoria de los delitos, judicial y de aplicación de las penas, la construcción de reclusorios y la inversión en programas de readaptación, así como las consecuencias costosas que producen: deshonestidad y

corrupción. A estas alturas del siglo y a punto de entrar al siguiente milenio parece que la situación de desorden es lo suficiente objetiva y de alto riesgo para no tomarla en consideración.

Uno de los medios adecuados para lograr los objetivos de enfrentar los conflictos sociales es el proceso legislativo practicado razonablemente y con la intención indudable de iniciar el saneamiento del ambiente social.

CRITERIOS UTILIZADOS EN LA DESREGULACIÓN PENAL

El número y la variedad de criterios para justificar la descriminalización o despenalización de ciertos tipos penales son lo que usualmente mencionan los filósofos, científicos, miembros de las comunidades sociales y de asociaciones políticas y ciudadanos de la sociedad civil cuando expresan opiniones críticas en relación con la legislación penal de los Estados en los cuales se estima existe una legislación penal deficiente por inflacionaria e hipertrófica. En dichas apreciaciones subyace el juicio de que las conductas tipificadas como delitos no merecen reproche penal.

Ante el elevado número y diversidad de criterios para justificar una actitud de descriminalizar o despenalizar es recomendable metodológicamente intentar una clasificación de ellos. Considero para este propósito la referencia a los siguientes universos de discurso: Filosofía del Derecho, Teoría Penal, Derecho Constitucional en especial la parte relativa a los Derechos Humanos, reclamos fundados sobre el establecimiento legal y progreso de derechos humanos y sistema de la legislación penal. Intentaré recoger algunos criterios objetivos en cada uno de los ámbitos mencionados y utilizarlos en forma rigurosa y crítica.

CRITERIOS CONTENIDOS EN TEORÍAS PENALES

En este apartado esbozaré algunas ideas de Luigi Ferrajoli, autor que construye una teoría - Sistema Garantista de Derecho Penal - con base en 10 axiomas; y aludiré a tres de ellas que orientan su concepción de política

criminal referidas al cuándo, cómo y qué prohibir.

Estos tres axiomas son el principio de lesividad o de ofensividad -nulla necessitatis sine iniuria-, el de materialidad o exteriorización de la acción -nulla iniuria sine actione-, y el de culpabilidad o de la responsabilidad personal -nulla actio sine culpa.

En el desarrollo de sus ideas afirma: Una vez excluida la posibilidad de llegar a criterios positivos y absolutos de justificación externa y de legitimación interna de los contenidos de la prohibición, se pueden, sin embargo, formular criterios negativos o limitadores, realizables sólo relativa y tendencialmente, con el valor de condiciones necesarias, aunque no suficientes, de legitimidad. Estos criterios o condiciones negativas no son, por otra parte, más que las garantía penales o sustanciales: el principio de lesividad, el de materialidad y el de responsabilidad personal, que respectivamente definen los tres elementos constitutivos del delito: el resultado, la acción y la culpabilidad.

En el cuestionamiento de política criminal y antes de entrar a la explicación específica de los tres axiomas, ofrece cuatro criterios orientados a la tutela máxima de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos.

Impedir ataques concretos a bienes fundamentales. Entiende por ataque no sólo el "daño causado" sino también el peligro que han corrido los derechos fundamentales en general, el interés colectivo y una administración honesta.

Ningún bien justifica una protección penal -en lugar de civil o administrativa- si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena sin que la pena no se transforme en un impuesto, perdiendo con ello su eficacia disuasoria.

Las prohibiciones no sólo deben estar "dirigidas" a la tutela de bienes jurídicos sino deben ser "idóneas". El principio de utilidad y la separación del Derecho y la Moral obligan a considerar injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos -individuales, económicos o sociales- de su violación. Como

ejemplos de esta situación expone el autor los siguientes: aborto, adulterio, concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia. Su prohibición, afirma, es inútil en la medida en que se demuestra que está abocada a no surtir efecto; es decir, estos delitos formales se seguirán cometiendo clandestinamente y no se castigarán.

Una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes. Un campo importante es el de los delitos culposos, los cuales se reducirían si se adoptasen medidas eficaces y severas. (No se trata en estos casos, diría yo, simplemente de asegurar el riesgo) Ideas similares sostiene respecto de delitos dolosos, así la disminución de ataques a la integridad corporal por la disminución de la producción de armas.

PRINCIPIO DE LESIVIDAD O DE DAÑO

Alude al principio de lesividad o de daño y la importancia legal de que se actualice en los diferentes tipos; aun cuando no esté previsto en las Constituciones lo exige la teoría del bien tutelado. La inobservancia de este principio, dice, produce al menos tres problemas inflacionarios en las leyes penales:

El establecimiento de delitos sin daño como cuando se castigan las ofensas a entidades abstractas como la personalidad del estado o la moralidad pública y el aumento del número de los denominados "delitos de bagatela", a menudo consistentes en meras desobediencias y contravenciones usualmente valoradas como administrativas.

Descripciones vagas, imprecisas y valorativas que derogan la estricta legalidad de los tipos penales, como son los delitos asociativos y los de peligrosidad social.

Delitos de peligro y expresiones como "actos preparatorios", "dirigidos a" o "idóneos para poner en peligro", etc., y otros como la penalización de acciones contra uno mismo -desde la embriaguez al uso inmoderado de estupefacientes- o de los

delitos de opinión o contra la religión.

En esta virtud -continúa expresando el mismo autor- la navaja de Occam cumple la función restrictiva y minimizadora en tres clases de delitos cuando se tiene el propósito deflacionario en relación con la legislación penal en virtud al aumento injustificado de tipos; la primera restricción es cuantitativa respecto de los denominados "delitos de bagatela" o sea, todos aquellos que son sancionados con pena pecuniaria o alternativa de una privativa de libertad; la segunda restricción es cualitativa y se da con relación a los casos en que los bienes tutelados son ciertas abstracciones -la personalidad del estado, la administración pública, la actividad judicial, la religión del estado, la piedad para con los difuntos, el orden público, la fe y la economía pública, la industria y el comercio, la moralidad y las buenas costumbres, el pudor y el honor sexual, la integridad de la estirpe, la familia, el matrimonio, la moral y los deberes de asistencia familiar, el patrimonio, otros como los asociativos, los atentados y descatos que son formas de agravar otros delitos, los de ultraje y de opinión que contradicen los principios de libertad y de democracia y otros que no lesionan a terceros y que son inevitables con la pena: la prostitución, los delitos contra natura, la tentativa de suicidio y, en general, los actos contra uno mismo, desde la embriaguez al uso personal de estupefacientes; la tercera restricción es estructural en relación con los delitos de peligro o de atentado, pues unos son mera tentativa de otros delitos y en otros sucede que se duplica la responsabilidad penal porque se trata de tipos ya previstos y el delito que duplica es sólo un medio especial para la realización de los otros. Por ejemplo: asociación, conspiración, instigación para ciertos delitos contra la seguridad interior del Estado o sólo aparecen como delitos de "sospecha" que ocupan el lugar de otros más concretos no sometidos a juicio por la falta de pruebas.

PRINCIPIO DE MATERIALIDAD

De acuerdo con el principio de materialidad de la acción, ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una

acción. Por ello no pueden ser sancionados los estados de ánimo interiores o actitudes sino deben concretarse en acciones humanas - materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables - describibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal. La materialidad exteriorizada de la acción criminal es así un presupuesto necesario de la lesividad o dañosidad del resultado, caracterizado, a su vez, como un hecho empírico externo que se distingue de la acción, como ocurre en los llamados "delitos de resultado", o que se identifica con ella, como en los delitos llamados de "mera actividad". Al mismo tiempo queda excluido del nexo causal, así considerado, toda forma de responsabilidad objetiva "por hechos de otro" o "por caso fortuito", supuestos más de ausencia de acción que de ausencia de culpa.

A las ideas anteriores se agrega la de la separación entre Derecho y Moral y el de la soberanía de la conciencia manifestada en el respeto al ciudadano, a su libertad interior y a su libertad exterior para realizar todo lo no prohibido. Un éxito del liberalismo moderno, ahora, -expresa- es el derecho a la inmoralidad: observado en negativo, como límite a la intervención penal del estado, este principio marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su libertad interior como presupuesto no sólo de su vida moral sino también de su libertad exterior para realizar todo lo que no está prohibido. Observado en positivo se traduce en el respeto a la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su dignidad personal; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables sólo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

De acuerdo con el principio de culpabilidad se exige la relación de causalidad entre la decisión, la acción y el resultado del delito; la condición psico-física del agente de entender y de querer y la intención o culpabilidad o sea la consciencia y voluntad de cometer el delito particular. Se requieren las tres condiciones para que se realice el axioma de nulla actio sine culpa. Una serie de delitos no consideran esta condición y se relacionan más bien con la situación de la persona o con su forma de ser. En la explicación de este criterio Ferrajoli plantea la pregunta de ¿cómo prohibir? y presenta la posibilidad tradicional de hacerlo por normas penales regulativas y normas penales constitutivas. Esta clasificación esclarece y sirve para criticar la práctica de prohibir penalmente mediante el segundo tipo de normas. Las primeras regulan un comportamiento al calificarlo como permitido, prohibido u obligatorio y las segundas lo cualifican inmediatamente, esto es, sin la mediación de comportamientos cuya comisión o omisión supongan su observancia o su infracción, calificaciones y/o efectos jurídicos, -un ejemplo que menciona son los antiguos delitos de brujería, o sea castigar a alguien por el hecho de ser bruja-. Críticamente observa el autor que se ha sustituido en muchos casos el ser bruja por ser, por ejemplo, peligroso, prostituta, drogadicto, reincidente, sospechoso, peligroso y rehabilitado. El infausto precepto bíblico "No permitirás vivir a las brujas" puede ser considerado como prototipo de las normas penales constitutivas las cuales no prohíben actuar sino ser e implican desigualdad y discriminación.

CRITERIOS CONSTITUCIONALES

En particular los criterios constitucionales son los derechos humanos reconocidos -para efectos de análisis de la legislación penal mexicana- en la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela y tienen la función de limitar la actividad del legislador en la tarea de tipificar delitos. Por esta razón si existen tipos penales que se opongan a los derechos humanos se cuenta con un buen argumento para sostener justificadamente la procedencia de su descriminalización o

despenalización; así, la transgresión a la libre manifestación de las ideas, a la libertad de asociación y reunión, al derecho a presentar protestas ante las autoridades estatales, a la libertad de tránsito, a la igualdad, y a otros haría inconstitucional la censura penal del legislador secundario.

Un Derecho Humano relevante en relación con la descriminalización es el relacionado con la intimidad de las personas en cuanto a sus manifestaciones de privacidad y secrecía; la primera relacionada con un ámbito de acción en el cual las autoridades no tienen derecho a intervenir, y la segunda vinculada a la exigencia de no hacer públicas las acciones que en dicho ámbito se desarrollan. Es necesario considerar esas dos manifestaciones como guías para que determinadas conductas no se estimen peligrosas penalmente.

Es útil una clasificación de los Derechos Humanos en la cual se considere que ciertas conductas no son susceptibles de ser delitos y si así están tipificadas proceda su descriminalización o despenalización por transgredir uno o varios Derechos Humanos. La clasificación que propongo es la siguiente:

Si un Derecho Humano no se encuentra limitado en el texto Constitucional no procede limitarlo en una ley penal secundaria. Un ejemplo es el Derecho de que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil, el derecho así otorgado posibilita considerar inconstitucionales algunos tipos del delito de fraude que se refieren a no cubrir las prestaciones por servicios profesionales o a incumplir contratos civiles.

Si está limitado en ciertas proyecciones y el tipo penal las excede, entonces existe argumento en favor de cancelar el tipo. Por ejemplo la libertad de tránsito sólo está limitada por responsabilidad penal o civil, en materia migratoria en salubridad general y tratándose de extranjeros que se estiman perniciosos; por tal razón, sería violatorio de tal derecho la prohibición de participar en "marchas" para protestar por algún acto u omisión de autoridad estatal.

Si la limitación es por remisión a la ley secundaria y ésta tipifica un delito que se estima viola la garantía de que se trata, entonces no es legítimo

sostener porqué sería una falacia de petición de principio, que la tipificación penal está autorizada en el precepto constitucional, pues es precisamente la cuestión sometida a juicio. La Constitución Nacional establece la libertad de trabajo la cual incluye el libre ejercicio de las profesiones; si una ley penal establece como delito el ejercicio de una profesión y el gobernado estima que la ley es inconstitucional, no sería correcto sostener que la ley respeta los límites del precepto constitucional, en tanto que determina cuales son las profesiones ilícitas.

Quizá sea necesario considerar otros preceptos constitucionales relacionados con los Derechos Humanos como son los que establecen la forma democrática de Gobierno, etc. Esta relación serviría para analizar algunos tipos penales y, en virtud de la no concordancia con el contenido de derechos humanos, sostener la pertinencia de descriminalizarlos. Son ejemplos de estas situaciones los ya derogados delitos de disolución social.

CRITERIOS EN MANIFESTACIONES DE PROTESTA

Otros criterios que es indispensable considerar en el análisis de la descriminalización y despenalización se contienen en las razones y argumentaciones expresadas en los reclamos bien fundados en que se ocupan personas y grupos de personas. En efecto, en tales actos de protesta manifestados en acciones, ilícitas en muchas ocasiones como en la desobediencia civil y la objeción de conciencia, se impugnan decisiones, leyes o políticas de las autoridades estatales y en ocasiones se tiene el objetivo de incorporar algún "Derecho Humano" en el catálogo constitucional; es importante conocer las razones esgrimidas por los reclamantes para evaluar tales actos. El valor de estas manifestaciones de protesta se comprende también por los bienes (vida, salud, propiedades, trabajo, familia, etc.) que exponen los involucrados para convencer a las autoridades de la razonabilidad de sus pretensiones y por su disposición a aceptar las sanciones, lo cual

demuestra su sinceridad.

Manifestaciones de protesta para la defensa de prácticas homosexuales o de la prestación de sexo-servicio se fundan en la libertad e intimidad que tienen las personas para realizar ciertas conductas sexuales o el derecho para ejercer una profesión. Similares apreciaciones son aplicables a las manifestaciones en contra de la prohibición del aborto.

Las conductas de referencia generalmente no lesionan bienes de terceros, no causan daño y sólo son objeto de reprobaciones morales.

Otras manifestaciones son las que han practicado los pueblos indios en la búsqueda del reconocimiento de su autonomía y de la consecuente incorporación como un Derecho Constitucional; de esos reclamos se derivan argumentos para decidir la procedencia de nuevos Derechos Humanos en una Constitución. Obviamente sobre el particular hay mucho más que decir, pero es posible que sin el reconocimiento se cayera fácilmente en los supuestos de la ley penal o que al menos estuviera la amenaza permanente si no se admite el pluralismo jurídico. Piénsese tan sólo en la resolución de conflictos de acuerdo con las formas de vida de las comunidades, pues se ha sostenido que algunas de ellas no son compatibles con la unidad del sistema jurídico Venezolano.

Las aplicaciones de los anteriores criterios constitucionales y los contenidos en las manifestaciones de protesta bien fundadas se practican sobre bienes estimados valiosos para la sociedad; así, la persona con sus virtudes, la organización familiar, la propiedad y formas de vida con base en una consideración desarrollista de los Derechos Humanos.

CRITERIOS DERIVADOS DE LA EXIGENCIA DE SISTEMATICIDAD EN LA LEY PENAL

Otros criterios se derivan de la propia legislación penal en cuanto se considera un sistema de normas; en efecto, como sistema le corresponden las características de ser consistente, completo e independiente. Si se advierte alguna transgresión a estas

características se presentaría una buena razón para proceder a la descriminalización o despenalización.

ACTITUDES DE DESCRIMINALIZAR Y DESPENALIZAR

Con el propósito de avanzar una actitud de descriminalizar o despenalizar el Código Penal, así como para señalar cuales serían los regímenes a los cuales pasarían las conductas inicialmente consideradas delitos y respecto de las cuales ya no existe reproche penal, me orientaré principalmente por las ideas de Michel van de Kerchove.

RECONOCIMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL DE LA CONDUCTA ESTABLECIDA COMO DELITO

En esta actitud existen razones que legitiman social y jurídicamente la conducta que había sido establecida como delito, de tal manera que cobra pleno reconocimiento y se le protege con los medios legales adecuados. Para dar una idea de esta actitud mencionaré que en algunos momentos de la historia era delito estallar una huelga como medio para defender intereses gremiales, después se deroga, se asume la legitimidad social y jurídica y se protege ese instrumento de defensa. Si bien no advierto ejemplos tan obvios en el Código Penal Venezolano para ubicarlos en esta actitud, puedo mencionar algunos que se aproximan; así, las manifestaciones de protesta a través de lo que se conoce como "marchas", algunas acciones vinculadas con delitos políticos y el ejercicio de algunas profesiones y oficios.

En la actitud de reconocimiento jurídico una conducta que estaba prohibida con todas las implicaciones legales, deja de estarlo y se permite expresamente; es posible que las autoridades estatales tengan además de la obligación de no intervenir en el desarrollo de la misma la de ofrecer facilidades para su realización. En esta actitud se pasa al régimen de legalización de la conducta correspondiente, aun cuando se tenga la obligación de cumplir ciertos requisitos para realizar el acto.

Como ejemplos de esta actitud de descriminalización o despenalización

considero lo siguiente:

El delito de aborto. Al respecto estaría sujeto a revisión el principio de prohibición y la tendencia a sustituirlo por el de permisión, indicando límites relacionados con la edad gestacional del embrión o del feto: por ejemplo, la permisión de abortar antes de las 10 semanas de embarazo. La libertad de la mujer a decidir lo que pasa en y a su cuerpo, en especial a su aparato reproductivo, como parte del Derecho a la intimidad, sería uno de los criterios para justificar este propósito. Además, esto constituye una garantía individual o Derecho Humano- que toda persona tiene el derecho de determinar el número y el espaciamiento de sus hijos de manera libre, responsable e informada.

La eutanasia considerada como delito. En efecto, actualmente no se permite y quien la practica comete el delito de homicidio.

Delitos contra la salud. Por diversas razones merecen especial atención los delitos contra la salud. En la actitud de descriminalizar o despenalizar conductas uno de los criterios es la intimidad de las personas para realizar la conducta que estimen adecuada y que sobre ella no exista interferencia alguna ni publicidad. El principio de opacidad es fundamental en este supuesto. Si es el caso que no sé prohíbe a las personas adultas y "normales" el consumo de sustancias tóxicas, entonces en alguna forma se permiten actividades relacionadas con la producción, transporte, posesión, tráfico, comercio y suministro de tales sustancias -no me refiero a las drogas especialmente destinadas a la industria farmacéutica y desviadas para otros propósitos sino a otras sustancias como podría ser la cannabis indica, para poner un ejemplo.

Resulta inconsecuente permitir el consumo y no permitir los medios para lograr el producto: puedes querer y lograr el fin, pero los medios están prohibidos es la disposición penal. Para evitar la inconsistencia procede establecer mínimas permisiones sobre las conductas relacionadas y por supuesto controles necesarios y rigurosos en todas ellas. Por el rumbo de este modelo estaría la legalización; importa el debate en el cual se abarquen casos más difíciles.

INDIFERENCIA JURÍDICA

En la actitud de indiferencia jurídica una conducta prohibida penalmente con todas las consecuencias legales, deja de estarlo por una decisión legislativa y no se adopta un régimen expreso para tal comportamiento; en virtud del principio de que no hay delito sin ley, al quitar la prohibición penal y no legislarse sobre el particular, la conducta queda permitida independientemente de las consecuencias civiles o administrativas ya reguladas.

Algunos ejemplos:

El delito de adulterio. Bajo esta actitud quedaría cancelado y no habría norma jurídica sustituta. Principios como el de la intimidad y la falta de lesión y materialidad serían el fundamento para proceder a la descriminalización y despenalización.

El delito de bigamia, tendría la misma suerte y se aludiría a los mismos criterios de justificación.

En estos casos el régimen al que pasa la conducta es al de desjuridización penal completa.

RECONOCIMIENTO JURÍDICO CONDICIONAL Y RESTRICTIVO

En esta actitud la prohibición penal queda cancelada y procede regular la conducta correspondiente en reglamentos o leyes de carácter administrativo, ya sea para sancionarlas como faltas o para otorgar autorización de realizar la conducta anteriormente prohibida, si se cumplen ciertos requisitos.

Como ejemplos menciono los siguientes:

El delito de lenocinio. El tipo penal se define como la conducta de quien regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio de sus productos.

En este caso la conducta puede llegar a legalizarse bajo determinadas condiciones en virtud del reconocimiento de prácticas profesionales y de prácticas sexuales mediante pagos en dinero o en especie. Si se trata de

adultos normales quienes se dedican a esas actividades y media el consentimiento libre y consciente para realizar un trabajo bajo cierta organización, no se advierte lesión a algún bien de terceras personas o de grupo o al interés social.

El delito de ultrajes a la moral pública Consistente en invitar de modo escandaloso, a otro, al comercio carnal.

Uno de los criterios aplicables en este caso para la descriminalización de la conducta es que la legislación actual establece una sanción alterna: prisión o multa, lo cual significa la poca importancia que el legislador le ha dado. Podría ser considerado como una contravención administrativa y sancionarla con una medida de la misma naturaleza.

El delito de provocación o instigación de un delito y apología de éste o de algún vicio. Al respecto son aplicables las mismas consideraciones que con relación al supuesto anterior. No se advierte que se actualicen los principios de materialidad y de lesividad

DISUASIÓN

La conducta objeto de reproche penal se cancela y se pretende evitarla a través de la fiscalización; es decir, se permite legalmente pero deben cubrirse pagos elevados en concepto de contribuciones para poder realizar la conducta de que se trata, aun cuando el propósito principal es disuadir ese tipo de comportamientos.

El delito de lenocinio, ya o analizado, puede caer en este régimen con base en la libertad de trabajo y el pleno consentimiento de personas mayores de edad y normales de tomar la decisión de dedicarse a prestar servicios sexuales mediante retribución.

Los delitos de ultrajes a la moral pública. El primero se relaciona con la conducta de fabricar, reproducir, o publicar libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y al que los exponga, distribuya o haga circular y el

segundo con la de publicar por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas. Los temas de la obscenidad y de la pornografía tienen relación con la libre manifestación de las ideas, así como con la intimidad en el sentido de una esfera de acción en el cual a las autoridades estatales no le corresponde intervenir.

JUSTICIA CON EQUIDAD

Para lograr una justicia con equidad se plantea la necesidad de despenalizar ciertas conductas que ya son aceptadas socialmente

Un grupo nutrido de organizaciones no gubernamentales y de instituciones ligadas al mundo empresarial y comercial le presentaron al presidente Caldera un documento titulado Principios básicos para la reforma del sistema de administración de justicia. Allí proponían alrededor de 50 medidas que consideran necesarias para lograr una reforma integral del Poder Judicial.

Entre las propuestas relacionadas con una justicia equitativa se solicitó la decriminalización de hechos que socialmente ya no tienen razón para ser tomados como punibles.

Al respecto el coordinador del área de defensa jurídica de Provea, Marino Alvarado, admite que la despenalización es un tema delicado en un país donde el Estado tiende a querer corregir todas las conductas desviadas mediante la represión.

La descriminalización es un asunto de justicia. Si ésta es el objetivo primordial del Derecho, lo correcto es que aquellas conductas que ya la sociedad no considera como sancionables dejen de estar tipificadas como delito, apunta Alvarado.

Advierte que no existe un inventario de los hechos a despenalizar, pero a manera de ejemplo asoma el caso del adulterio y la bigamia.

En un país donde una gran parte de la población es infiel no luce lógico que el Código Penal castigue con prisión a una mujer adúltera, expone.

Mayor preocupación que los desfases que pueda tener el Código Penal en relación con ciertos hechos que deberían ser despenalizados provocaban las

disposiciones de la Ley de Vagos y Maleantes, la cual aun cuando no tiene el carácter de normativa penal, pues possibilitaba la privación de la libertad de las personas.

Esa normativa sancionaba con ese tipo de penalidades cuestiones tales como la prostitución, el desempleo y la alteración del orden público.

Para Alvarado, en un país con más de un millón de desempleados resulta incongruente que una ley establezca la posibilidad de arrestar a una persona por no tener oficio.

La Ley de Vagos y Maleantes negaba el derecho a la defensa y además ponía en manos de prefectos y gobernadores facultades que debían estar en manos de jueces.

Otro de los argumentos para abogar por la descriminalización de ciertos hechos se funda en que mientras no sean modificadas las normas que los penalizan, los ciudadanos quedan sujetos a la discrecionalidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

2.3 LAS TELENÓVELAS

La enorme popularidad que tienen las telenovelas, entre los televidentes de nuestro país y de otros del área, merece en realidad un análisis detenido. Los publicistas podrían investigar la razón de tanta preferencia del consumidor, ya que sus clientes se disputan la "franja" ocupada por tales programas, tratando de alcanzar sus metas mercadológicas.

El fenómeno debe resultar apasionante para sociólogos y psicólogos que se ocupan de las reacciones de las masas. ¿Cómo es posible que, una tras otra, estas producciones repetitivas, sobreactuadas y algunas veces desbordantes de mal gusto, cautiven a tantas señoras... y señores?

Supongo que para actores y directores teatrales también debe constituir un hecho curioso. Miles de televidentes, de diversos niveles de formación, pasan horas de su tiempo libre pendientes de las palabras (mal pronunciadas y de dudosa pulcritud), que algún actor declama o grita con escasa aproximación al

más elemental arte escénico.

No obstante, para los educadores el problema representa consecuencias muy graves.

En el proceso formativo del adolescente, la telenovela es una abundosa fuente de anti valores. Día tras día, el muchacho asimila mensajes nocivos en la construcción de su personalidad. De una telenovela a otra, el estudiante adquiere como aceptables conductas de irreverencia e ingratitud a los progenitores; los logros académicos no representan esfuerzo, son un adorno más del galán; la desintegración familiar y la infidelidad conyugal son vanalizadas y hasta exaltadas, y la mayor aspiración de una mujer es asegurarse un marido rico y apuesto.

Entiendo que el éxito de la telenovela se debe, en gran parte, a que pretende ser un reflejo del diario vivir. En ellas aprende el estudiante que la vida es una sucesión de conflictos, traiciones, intrigas y astucias donde nadie se esfuerza por lograr su realización personal. Un mundo de estereotipos donde la bella es bondadosa y termina rodeada de lujos (sinónimo de felicidad) y los antihéroes están condenados al oprobio.

En el siglo pasado, nuestras románticas lectoras, a falta de radio y de televisión, leían las novelas por entregas que también apelaban al fácil recurso del héroe y la heroína nimbados de atributos. Aunque en esas novelas podía haber una alta dosis de ingenuidad, siempre se destacaban los valores esenciales de la sociedad de entonces. Y el lenguaje era un verdadero regalo estético. El ejemplo más cercano nos lo dejó Don Pepe Milla con "La hija del adelantado", editado por Clásicos Roxsil.

El humor con que Vargas Llosa ridiculiza la creación en serie de las radionovelas que apasionaban a nuestras abuelas, en "La Tía Julia y el Escribidor", perfectamente puede aplicarse a las telenovelas actuales. De seguir progresando cuantitativamente la afición por este subgénero dramático, quizás algún día aparezca un quijotesco personaje con el cerebro azotado por los vendavales lacrimosos de las melodramáticas protagonistas.

Pero volviendo al daño intelectual que estos programas causan a nuestra

juventud, no deja de sorprender la impavidez o la indiferencia de la familia salvadoreña. O el silencio de las instituciones que la defienden.

No se trata de pedir la supresión de este teleteatro. Es cuestión de regular su transmisión. Si los adultos queremos llenar nuestras horas de descanso con diálogos descosidos y reacciones primarias, que la opción exista en horas nocturnas, cuando los padres pueden -o deben- escoger el mensaje que recibirán en su hogar. Pero actualmente los muchachos pueden ocupar su tiempo de estudio independiente en la adquisición de tan poco recomendables actitudes.

Los medios de comunicación en nuestro país han sido siempre cuidadosos autorregulándose. Es la manera más inteligente de evitar la censura. Ellos deben evaluar. Para establecer un difícil equilibrio entre la creciente demanda de sus clientes y la obligación moral de no dejar a la infancia y juventud de este país a la merced de la estolidez y de la escasa o nula creatividad.

2.3.1 MARCO REFERENCIAL

No es necesario realizar un estudio riguroso para concluir que las telenovelas se han convertido en la categoría de programación más importante de la televisión venezolana; este hecho no sólo se refiere a la cantidad sino también a la frecuencia con la cual se transmiten estas producciones dramáticas. De tal manera que se constituyen en el eje alrededor del cual se estructuran en cada canal todos los otros bloques de programación.

En un informe técnico de la División de Análisis de Contenido de la Dirección General Sectorial de Comunicaciones del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, se reporta que de 251 horas de programación evaluadas, 45 horas correspondieron al género telenovelado. Además, desde el punto de vista del género la importancia de la telenovela ha sido reconocida por escritores e investigadores del tema. "El término telenovela comienza a usarse a partir de 1958, lo que coincide con la decisión de las empresas de aumentar el número de capítulos, antes habían aumentado el tiempo del espacio de quince minutos a media

hora. Se inicia entonces un proceso en el cual, en capítulos de media hora, se narran historias que mezclan al melodrama con la truculencia exagerada y, la prensa comienza a llamarlos culebrones.

La telenovela es el único espacio de la televisión en el cual los venezolanos pueden verse. Es el género programático con características propias, con temas melodramáticos donde el amor juega un papel fundamental y desarrolla múltiples historias en torno a una principal. Tiene una estructura de obra abierta que le permite escribirse a diario sobre la pantalla.

El género telenovelado es un recurso importante desde el punto de vista sociológico y psicológico, que por su flexibilidad permite la expresión de una variedad no sólo del conflicto dramático convencional (recurso amoroso), sino también en discurso social y político asociado a la cotidianidad, que en ocasiones se ha convertido en un macro - discurso, además, en torno a ella se reúne una audiencia importante que desde la década de los años ochenta dejó de ser espacio restringido a la mujer ama de casa, para transformarse en un fenómeno sociocultural, que atrapó a una audiencia realmente heterogénea y que de alguna manera ha venido cautivando a la audiencia colectiva. De tal manera que efectivamente el melodrama es un elemento unificador del gusto del espectador, cuestión ésta que es aprovechada por los ejecutivos del rating, para planificar estrategias y pre ventas de espacios publicitarios. Lo que puede significar en cualquier momento que el desarrollo de la producción y la calidad de la telenovela se vea comprometida o sacrificada en función de los reportes numéricos que arroja el análisis de los estudios de audiencia.

En el caso de las producciones extranjeras que se transmiten en el país, los ejecutivos sólo esperan que el comportamiento de la audiencia sea igual o mejor que en el país de origen, pero en todos los casos utilizan sus espacios para introducir campañas promocionales con el fin de motivar a los espectadores a observar sus nuevas adquisiciones dramáticas.

Otro elemento de las telenovelas, que se aprecia con frecuencia en aquellas

más contemporáneas, es el tratamiento de "la realidad" a través de algunos referentes reales de acontecimientos, hechos o sucesos que se incorporan a la trama para dar una ubicación histórica de tiempo y espacio y al parecer constituye un factor que garantiza sintonía.

A estas alturas cabe apuntar que al final de un impresionante cúmulo de críticas, ataques, discusiones, análisis y estudios acerca de este género que tan rápidamente se arraigó en el gusto popular, se ha llegado a la conclusión de que precisamente una de las razones del poder de penetración de la telenovela es su capacidad para reflejar, más o menos acertadamente, una realidad cotidiana.

Luego de la etapa de la "Telenovela Cultural", que se inició en 1975 con las adaptaciones de obras importantes de autores venezolanos, tales como "Doña Barbara", "Boves el Urogallo", "La Trepadora", "Pobre Negro", "Canaima" y la de los años 80, que planteaba problemáticas cuyo marco referencial era la situación de la mujer, sus derechos en la familia, en la relación de pareja y en el rol que debía jugar en la sociedad ("La Hija de Juana Crespo", "La Señora de Cárdenas", "Soltera y Sin Compromiso", etc.) se incorporan a la telenovela venezolana nuevos recursos, producto de la influencia de otras telenovelas extranjeras (Brasil), y de la efervescencia social a la que estuvimos sometidos los venezolanos. De tal manera que la dinámica permite observar aspectos de audiencia, de crítica social y de reflexión, haciendo que la telenovela se convierta en un instrumento de recreación y de información. No sólo la ven las mujeres sino toda la familia incluso los niños. A la gente le gusta porque refleja verosimilitud, lo personal y lo cotidiano.

2.3.2 ASPECTO JURÍDICO DE LAS TELENÓVELAS

Para la evaluación de las telenovelas desde el punto de vista jurídico es necesario ubicarse en tres aspectos importantes de la norma (Decreto N°2625):

Clasificación de la Telenovela asignada por el canal: Este aspecto no ha sido tratado por los canales de televisión con estricto apego a la norma, ya que en algunos

casos los criterios para dicha clasificación no se tienen supuestamente claros, aun cuando la normativa jurídica establece cuáles son las características de contenido que no deben tener en cada caso. (Artículo N°4, Decreto N°2625).

Los horarios de transmisión, están estrechamente relacionados con la clasificación, de tal manera que si la clasificación de los canales es errónea, la telenovela se ubicará en un espacio de horario inadecuado salvo en los casos que la clasificación es por arriba, sobre todo aquellas que se transmiten en el espacio que va de 3:00 p.m. hasta 6:00 p.m., cuyo contenido debe estar ajustado al público al cual está destinado (menores de 18 años y programación exclusivamente infantil):

En relación con los contenidos, no se puede imaginar una telenovela que no posea conflictos dramáticos, pues ésta es su esencia, pero la diferencia en cuanto a su adecuación a los públicos a quienes se dirige se debe centrar en el tratamiento que se dé en el desarrollo a la diversidad de conflictos que se plantean. Sin embargo, en la mayoría de las telenovelas estos conflictos se abordan con una dosis considerable de truculencia, morbo y violencia:

2.3.3 CONSIDERACIONES SOBRE LAS TELENÓVELAS

Desde el punto de vista del control que debe ejercer el Estado sobre los contenidos de las transmisiones, las telenovelas constituyen un sector difícil de evaluar, debido entre otras razones a la propia estructura del género que obedece a una necesaria seriación, es decir que el Estado se encuentra limitado a la hora de tomar decisiones sobre la base de una temática o un contenido telenovelado que está en desarrollo y es temerario afirmar o suponer lo que sucederá en los capítulos siguientes.

Otros de los aspectos que limitan la actuación del Estado es la propia normativa que debe aplicarse a las telenovelas dado que la misma establece ciertas libertades para las estaciones de TV. De tal manera que ellos pueden incluir telenovelas casi en todos los horarios, excepto entre 6:00 a.m. a las 12 meridiem y 7:00 p.m. a 9:00 p.m... En este sentido, el horario más vulnerable sería el de las 3:00 a

7:00 p.m., ya que todos los demás destinados a la transmisión de programas novelados están considerados en la normativa jurídica como "Orientación de los Adultos" donde la reponsabilidad el Estado se la deja a la posible, cuando estos espacios sean observados por menores.

Dentro de estas perspectivas, la mayoría de las telenovelas que se transmiten en la actualidad, sin considerar su calidad, están ajustadas a los horarios y a la clasificación; no obstante su contenido y tratamiento pueden eventualmente estar reñidos con dicha normativa.

En cuanto a la estructuración de la programación, se puede concluir que el punto anterior es uno de los fundamentos que permiten que esa programación sea transmitida en forma anárquica, a pesar de que según la Normativa, a excepción de pornografía, desviaciones sexuales patológicas y apología del delito, se puede transmitir cualquier tipo de contenido, siempre y cuando se estructure de acuerdo con la naturaleza de los programas y los horarios de transmisión, tomando en consideración al público al cual se dirigen.

Es el caso de las telenovelas, que aparte de dar el mal ejemplo de la infidelidad y los crímenes, quienes las ven muchas veces opinan a favor del infiel o el criminal; entonces en que quedamos, será mejor ser un infiel o criminal de los buenos como en las telenovelas?

Estudios recientes en la Iglesia Cristiana han detectado elevados índices de audiencia a espectáculos televisivos que promueven anti valores cristianos como aborto, infidelidad, adulterio, homosexualismo, sexo libre, robos, homicidio, corrupción, chisme, envidia, celos y mucho más.

De acuerdo con los datos estadísticos de las encuestas, entre el 50 y el 70% de los hombres y del 30 al 50% de las mujeres serán infieles en algún momento de la vida matrimonial. Las informaciones indican que los índices de infidelidad van aumentando entre las mujeres. Por ejemplo, las encuestas han encontrado que el 50% de las mujeres ha tenido por lo menos un amorío; otro mecanismo descubrió que el 70% de las mujeres casadas hacía más de

cinco años que había sido infiel. Las estimaciones dan cuenta de que el 80% de los matrimonios sufre alguna vez una experiencia de infidelidad. Todos los meses se divorcian unas 100.000 parejas, lo cual significa el 50% de los casamientos (es decir, sólo sobrevive uno de cada dos matrimonios). Del número de las parejas fracasadas, se calcula que el 65% llega a la separación a causa del adulterio.

Otra característica de la traición al vínculo conyugal son las emociones que despierta en la víctima. En una encuesta que preguntó: ¿Qué haría si sospechase que su esposo/a tiene una aventura?, el 75% respondió que reaccionaría violentamente contra el engañador y el 6% afirmó que lo echaría de la casa. Como mencionáramos arriba, más de la mitad de los divorcios se produce por esa causa. La frialdad de las estadísticas y los números son incapaces de reproducir las vivencias perturbadoras y terriblemente dolorosas que acompañan los actos de infidelidad.

La contra cara de esta triste y dramática realidad es que cuando el adulterio se trata en el momento oportuno por profesionales competentes, la gran mayoría de las parejas superan la discordia (hay fuentes que aseguran un 98% de éxito) y aún puede resultar en una experiencia de fortalecimiento y crecimiento para el matrimonio.

2.4 BASES LEGALES

2.4.1 EL DELITO DE ADULTERIO EN EL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO

En el Capítulo V del Título VIII del Código Penal Venezolano aparecen incriminados en los artículos 396 y 397 el adulterio consumado por la mujer y el cometido por el marido, sancionado aquél con mayor severidad que éste, si bien los artículos siguientes contienen disposiciones comunes a los dos.

El primero de aquellos artículos prescribe: “La mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años. La misma pena es aplicable al coautor del adulterio”.

No define este precepto legal el adulterio, como lo hacía el artículo 425 del primero de nuestros Códigos penales, el de 1873, el cual establecía al respecto: “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”.

Maggiore lo define como “la infracción dolosa del vínculo matrimonial, cometida por la mujer casada que concede su propio cuerpo a un hombre distinto al marido”. Para Rodríguez Devesa “cometen 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”.

Sujetos activos de este delito han de ser necesariamente un hombre y una mujer, y ésta debe ser casada. Se trata de un típico caso de concurso necesario, como que el delito previsto en el artículo pre inserto 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.

Si el hombre ignora que la mujer es casada, no incurrirá en el delito. Y si fuere inimputable, como sería el perturbado mental o el menor de dieciocho años, solo podrá considerarse reo a la mujer. Puede ocurrir que la mujer sea la inimputable y entonces se sancionará al varón exclusivamente.

Para que pueda cometerse el delito previsto en el artículo 396 del Código Penal se requiere la existencia de un matrimonio válido, considerándose como tal el anulable, mientras no se haya declarado judicialmente su nulidad, pero no al inexistente por no haberse cumplido con todos los requisitos esenciales a su contracción. No puede hablarse de adulterio cuando falta matrimonio, bien porque no haya existido, o porque haya dejado de existir por muerte del marido, por anulación o por divorcio.

Si la mujer estuviese legalmente separada de su esposo por decisión del Tribunal competente, bien a solicitud de ambos cónyuges por mutuo

consentimiento, o mediante el juicio correspondiente, podría incurrir en adulterio, porque, si bien esa separación suspende la vida en común de los esposos, no rompe el vínculo conyugal.

No es necesaria la consumación del matrimonio para que la mujer casada que yazga con un hombre distinto a su esposo incurra en el delito de adulterio, ya que la mujer casada es la que ha contraído matrimonio y desde el momento de contraerlo, aunque alguno de los contrayentes o ambos se haya hecho representar por apoderado expresamente constituido al efecto.

Se requiere que la mujer haya tenido acto carnal con un hombre que no sea su marido. Este delito, con respecto a la acción de la mujer, es instantáneo. La reiteración de actos carnales no implica otros tantos delitos si los realiza con el mismo codeficiente; pero si los realiza con varios hombres, cometerá tantos adulterios cuantos sean éstos.

Comete asimismo adulterio el marido que mantiene concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella, si el hecho es notorio. La pena será en este caso de prisión de tres a dieciocho meses, y la condena producirá de derecho la pérdida del poder marital. La concubina será penada con prisión de tres meses a un año. Así lo establece el artículo 397.

El verbo rector de esta figura delictiva da la idea de permanencia, como que mantener quiere decir, precisamente, dar permanencia. Y así, el adulterio del marido, que en el Derecho Penal español se denomina amancebamiento y concubinato en el italiano, aunque esta última denominación carece de propiedad, es delito de carácter permanente, vale decir, que, a diferencia de lo que ocurre con la mujer casada, la conjunción carnal del marido con mujer distinta de su esposa no constituye el adulterio, si no hace vida marital con ella. Y según expone Nuñez, “el marido hace vida marital con una mujer que no es su esposa cuando, compartiendo con ella en alguna medida el mismo techo, le pertenece sexualmente, aunque no le sea fiel y aunque no la mantenga” en el sentido de no proveer a sus necesidades “sino que viva a su costa”, ya que el amancebamiento no es

incompatible con la rufianería”.

El artículo 417 del Código Penal de 1.873 castigaba con prisión de tres meses a un año y pérdida de la cuarta parte de los gananciales, a favor de la esposa, el adulterio del marido que consistía en tener manceba dentro de la casa conyugal. La misma disposición legal señalaba para la coautora de este delito –la manceba- en forma manifiestamente pleonástica, la pena de expulsión fuera del Estado o confinamiento por tiempo de uno a dos años. El ilustre expositor patrio Doctor Francisco Ochoa, señaló la incongruencia de que, no obstante señalar la legislación civil, como causal de divorcio, el hecho de tener el marido concubina en la casa conyugal o fuera de ella, si el hecho era notorio, no se hubiera declarado esta última hipótesis en el Código Penal como constitutiva de adulterio. El legislador de 1.897, por considerar procedente la crítica del experto penalista, en el artículo correspondiente, prescribió: “el marido que mantenga concubina en la casa conyugal, o fuera de ella, o 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 a seis meses.

Por casa conyugal debe entenderse el local o inmueble que sirve de habitación a los esposos y a los demás integrantes del grupo familiar, incluidas sus dependencias y anexidades, que muchas veces no será precisamente una casa, sino un apartamento, tan de moda en la actualidad.

Sujetos activos del delito tipificado en el artículo 397 del Código Penal sólo pueden serlo el hombre casado y la mujer que hace vida marital con éste, si conoce su estado civil, puesto que, si ignora que es casado, no comete delito alguno. El sujeto pasivo es la esposa del concubinataro.

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. Así lo estatuye el artículo 398. Como puede observarse, no solo la separación legal

de los cónyuges, sino también la de hecho, es circunstancia atenuante, como que el abandono de uno de los esposos por el otro no es otra cosa que una separación de hecho. Y la reducción de la pena es la misma cualquiera sea el cónyuge culpable.

La acción derivada de uno u otro de los delitos preindicados corresponde de manera exclusiva al cónyuge agraviado; por eso establece el artículo 399 en su primer aparte que “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. Agrega el citado artículo que “la querrela comprenderá necesariamente al coautor del adulterio o a la concubina”.

Fácil es observar la diferencia manifiesta establecida por el legislador entre las sanciones señaladas por éste a los dos tipos de adulterio, de la que se deduce que asigna mayor gravedad al de la mujer que al del marido, pues castiga el primero de seis meses a tres años y el segundo con penas de la misma naturaleza pero los términos menor y mayor equivalentes a la mitad de uno y otro de los de aquél y acuerda además una rebaja a la que ha de aplicarse a la concubina, como que el término máximo de la establecida para ésta es de apenas las dos terceras partes de la indicada para cuando el culpable es el amante.

El requisito de perseguibilidad relativo a que la querrela deberá comprender al coautor del adulterio o a la concubina, presenta el problema de sí, cuando el coautor sea desconocido aunque se presuma que vive, será posible al agraviado querrellarse solamente contra el culpable conocido. La respuesta ha de ser obviamente negativa, conforme a lo dispuesto en la preinserta primera parte del artículo 399. Pero asimismo es evidentemente admisible el criterio de Rodríguez Devesa, al afirmar que aquella interpretación “conduce al absurdo de conceder la impunidad a los culpables, precisamente cuando a la afrenta a la fe conyugal se une la ocultación del adulterio, como en el supuesto de que, ausente el marido, la mujer conciba y de a luz un hijo, negándose a confesar, cuando regresa el esposo, el nombre del padre y haciendo imposible su descubrimiento y castigo. Hay que conceder dice ese autor, si se quiere evitar esto, que el marido agraviado pueda querrellarse contra la mujer y quien resulte

su co reo sin especificar cual sea el nombre de éste.

Prescribe, además, el artículo en estudio que “la instancia o querrela no es admisible si ha transcurrido un año desde la fecha en que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del adulterio cometido; y que la acusación no será tampoco admisible si procede del cónyuge por cuya culpa se hubiere pronunciado sentencia de separación de cuerpos.

Ya se dijo antes la razón de esta caducidad de la acción: si el cónyuge agraviado deja transcurrir un año desde que se entera del agravio de que ha sido objeto, sin promover la querrela contra el culpable, se impone ciertamente la presunción de una renuncia tácita de la acción.

En cuanto al aparte final del artículo en estudio, es perfectamente claro: pues hace de la sentencia de separación de cuerpos una causa de impunidad a favor del cónyuge que no resulte inculcado en ella.

El artículo 400 exime de pena al cónyuge culpable del adulterio cuando comprueba que el acusador ha incurrido en el mismo delito, en el año anterior; y así prescribe que “el culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes quedará exento de pena: 1º En el caso de acusación o querrela del marido, cuando la mujer pruebe que él también en el año anterior al hecho, había cometido delito similar, o había obligado o expuesto a la mujer a prostituirse o excitado o favorecido su corrupción. 2º 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 396 del Código Penal.

Debe observarse que, en el primer caso, la mujer deberá comprobar el concubinato del marido, bien porque mantiene concubinato en la casa conyugal, y entonces no se requerirá la notoriedad del hecho o que la tiene en cualquier otra parte notoriamente. Y es bueno advertir que para que el hecho sea notorio no es necesario que cause escándalo. Aunque acaso resulte superfluo, debe advertirse también que la frase adverbial no significa que el adulterio del querrellado haya debido ocurrir en el año astronómico anterior, sino que debe haberlo cometido en

alguno de los trescientos sesenta y cinco días inmediatamente anteriores al en que se haya promovido la acusación, como que, si para esta última fecha ha transcurrido un año desde que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del adulterio cometido, no será admisible la querrela, conforme a lo que establece en su primer aparte, el artículo 399.

Las expresiones “en la casa conyugal, o también fuera de ella”, están por demás evidentemente, puesto que el lugar en que el hombre casado mantenga a la concubina no influye en lo absoluto en cuanto a la calificación del hecho, ni siquiera en la agravación de la pena.

Tanto el adulterio de la mujer como del hombre pueden concurrir con el delito de bigamia, si aquella contrae matrimonio con el coautor o si el hombre casado se casa con la concubina. En uno y otro caso habrá concurso real de esos delitos, ya que los dos se consuman mediante actos diferentes: el adulterio, con el acto carnal de la mujer o el concubinato del hombre, y la bigamia con la celebración del segundo matrimonio. También puede haber concurso ideal de adulterio y corrupción o seducción, si el hombre casado ha corrompido o seducido a la concubina; y también concurso del adulterio con violación, si el marido ha constreñido a la concubina a realizar el acto carnal, por medio de violencias o amenazas, y si se trata de los casos previstos en el aparte del artículo 375. Además, el adulterio de la mujer y el del marido pueden concurrir idealmente con el incesto, cuando la una tenga conjunción sexual con alguno de los parientes masculinos indicados en el artículo 381; o cuando el otro tome como concubina a laguna de las parientes preindicadas.

2.4.2 EL ADULTERIO EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

En materia de divorcio y de separación de cuerpos se introdujeron importantes cambios con la entrada en vigencia de la Reforma Parcial del Código Civil del año 1.982.

La disolución del matrimonio a través de la fórmula del divorcio, se había

concebido en la legislación anterior como un proceso fundamentalmente de sanción o castigo hacia uno de los cónyuges. En esta perspectiva de sanción están presentes algunas causales que revelan una evidente desigualdad entre los miembros de la pareja.

Así por ejemplo, mientras la causal de adulterio era aplicable a la mujer en todos los casos, para ser aplicada al hombre se requería de un requisito indispensable para que se configurara la causal, como lo era que éste mantuviera concubina pública y notoria.

El espíritu del proyectista del Código Civil del 82, era el de asumir el divorcio no como una sanción, sino como una solución a una situación insostenible de los miembros de una pareja, tratando al mismo tiempo que dicho conflicto afecto lo menos posible, a los integrantes del grupo familiar, en especial, a los hijos.

Sabemos que el adulterio es la unión sexual o ayuntamiento carnal entre un hombre y una mujer siendo uno de ellos, o ambos, casados.

Para que haya adulterio es menester que concurra el elemento material, representado por el acto carnal o cópula realizada por una persona casada con persona diferente a su cónyuge, y el elemento intencional, que consiste en que el acto se ejecute de manera voluntaria y conscientemente.

El ordinal Primero del artículo 185 del Código Civil del año 1.942, daba un tratamiento diferente al adulterio como causal de divorcio, según se tratase del adulterio de la mujer o del adulterio del marido. En efecto, el adulterio de la mujer era considerado por ese Código causal de divorcio en todo caso, en tanto que, para que el marido incurriera en la causal de divorcio de adulterio era menester que mantuviera concubina notoriamente y que hubiera un concurso de circunstancias tales que constituyera una injuria grave para la mujer. Durante la vigencia de ese Código, el adulterio del marido era causal facultativa de divorcio, ya que alegados y comprobados los hechos, el juez tenía la facultad para apreciar sí, en el caso en concreto, el adulterio había sido llevado a cabo manteniendo concubina notoriamente o con un concurso de circunstancias tales

que constituyeran injuria grave para la mujer y sí, en consecuencia, tales hechos habían constituido transgresión grave de deberes conyugales. Conforme al Código Civil reformado el adulterio del marido, al igual que el de la mujer, es causal de divorcio perentoria, lo que significa que, comprobado el adulterio, sin ninguna otra circunstancia, durante el juicio, el Juez debe declarar el divorcio sin tener facultad para estimar si, en el caso en concreto, los hechos probados constituyen o no transgresión grave de las obligaciones conyugales, pues tal calificación ha sido hecha por el legislador.

El adulterio de la mujer siempre ha sido, conforme a nuestra legislación, causal perentoria.

El proyecto de Ley de Reforma parcial del Código Civil inicialmente presentado a la Cámara de diputados eliminaba el adulterio como causal independiente de divorcio. Se argumentó que por la dificultad de su prueba, excepcionalmente se alegaba el adulterio como causal de divorcio y, por otra parte, que todo adulterio constituye una injuria grave para el cónyuge, por lo que no era necesario mantenerla como causal autónoma, sino que quedaba incluido dentro de la causal de injuria grave. Luego, en el decurso de las discusiones de dicho proyecto, se acordó mantener el adulterio como causal de divorcio sin establecer diferencia entre el del marido y el de la mujer.

La prueba del adulterio requiere la demostración de que el marido o la mujer, según el caso, ha tenido relaciones sexuales con persona diferente a su cónyuge. No es menester probar el elemento intencional, pues el acto humano debe considerarse voluntario hasta que se demuestre lo contrario.

La demostración del adulterio es difícil; su prueba directa casi imposible. Puede resultar, sin embargo, de la cosa juzgada penal o civil o, también, del reconocimiento, por una persona casada, de su hijo adulterino, lo que es posible, conforme al Código reformado, y debe admitirse al menos como indicio, en la prueba del adulterio.

Con la Reforma Parcial del Código Civil, podemos observar como el

legislador eliminó la discriminación sobre la notoriedad del concubinato en el caso del adulterio del marido. De igual manera, se consideró que el deber de fidelidad corresponde a ambos cónyuges, es decir, se planteó la igualdad de condiciones para la pareja, reconociendo tácitamente que no puede ser considerado que sólo la mujer deba fidelidad al hombre.

2.4.3 CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

El Título III, “De los Derechos Humanos y Garantías”, Capítulo I, de las Disposiciones Generales de nuestra Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela dispone entre muchas otras cosas, que el Estado Garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e inter dependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esa Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

Señala nuestra Carta Magna que:

1.- Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

2.- Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

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.

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 encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional, así como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Es conveniente citar que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución Nacional y la ley es nulo.

De acuerdo con la Ley Suprema, corresponde al Estado Venezolano la protección del 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.

2.4.4 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, es un instrumento legal internacional suscrito y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela, el cual tiene como propósito consolidar, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

Este instrumento reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento

los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos, principios estos que han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Dispone el artículo 1º de la citada Convención que los Estados partes se encuentran comprometidos a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte el artículo 2 establece el deber que tiene el Estado de adoptar Disposiciones de Derecho Interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Entre los Derechos expresamente consagrados en la Convención, podemos citar:

Derecho a la Integridad Personal: es decir, que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Protección de la Honra y de la Dignidad: Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Libertad de Conciencia y de Religión: Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar o cambiar sus creencias.

Protección a la Familia: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

2.4.5 CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Se trata de un instrumento internacional que de igual forma aparece suscrito y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela, que atendiendo a los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas, reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Es un instrumento que:

Reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamadas en la Carta de las Naciones Unidas, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo.

Reafirma la obligación de los Estados partes en los Pactos Internacionales de

Derechos Humanos de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

Reafirma los postulados de las Convenciones Internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Reafirma las resoluciones, declaración y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

Reconoce que a pesar de existir diversos instrumentos, las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones.

Reafirma que la discriminación en contra de la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

Reconoce que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia, contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer.

Reconoce que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz.

Reconoce el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocidos, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos.

Reconoce que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la

sociedad y en la familia.

En tal sentido, los Estados Partes están obligados por todos los medios y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, deben comprometerse a:

Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohibían toda discriminación contra la mujer;

Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones Públicas actúen de conformidad con esta obligación;

Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

2.4.6 LEY DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA LA MUJER

Esta Ley regula el ejercicio de los derechos y garantías necesarias para lograr la igualdad de oportunidades para la mujer, con fundamento en la Ley Aprobatoria de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de

Discriminación contra la Mujer.

El objeto de esta Ley es garantizar a la mujer el pleno ejercicio de sus derechos, el desarrollo de su personalidad, aptitudes y capacidades.

Esta Ley se fundamenta en el reconocimiento de la igualdad jurídica de la mujer para todos los actos y negocios jurídicos, por lo que las leyes que aún mantengan normas que excluyan o atenúen su capacidad jurídica, son consideradas como discriminatorias a los efectos de ésta.

Esta Ley al igual que los ordenamientos jurídicos antes señalados, obliga al Estado Venezolano garantizar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres ante esta Ley, a través de políticas, planes y programas, sobre las bases de un sistema integral de seguridad social donde se asuman los aspectos de salud, educación, alimentación, recreación, trabajo y estabilidad laboral.

Se ratifica una vez más el derecho a la igualdad de oportunidades a la no discriminación contra la mujer, implica la eliminación de obstáculos y prohibiciones, originados con motivo de su condición femenina, conforme al artículo 1º de esta Ley.

A los efectos de la Ley, se entiende como “Discriminación contra la mujer”:

La existencia de leyes, reglamentos, resoluciones cualquier otro acto jurídico, cuyo espíritu, contenido o efectos, contengan preeminencia de ventajas o privilegios del hombre sobre la mujer.

La existencia de circunstancias o situaciones fácticas que desmejoren la condición de la mujer y, aunque amparadas por el derecho, sean producto del medio, la tradición o la idiosincrasia individual o colectiva.

El vacío o deficiencia legal y reglamentaria, de un determinado sector donde intervenga la mujer, que obstruya o niegue sus derechos.

2.4.7 LEY SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA FAMILIA

Esta Ley tiene por objeto prevenir, controlar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la familia, así como asistir a las víctimas de los hechos de violencia previstos en esta Ley.

Entre los Derechos protegidos por esta Ley:

- El respeto a la dignidad e integridad física, psicológica y sexual de la persona;
- La igualdad de derechos entre el hombre y la mujer;
- La protección de la familia y de cada uno de sus miembros; y
- Los demás consagrados en la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

CAPITULO III

MARCO METODOOGICO

El presente trabajo de investigación, es el resultado de una actividad de investigación dirigida a establecer no sólo el área del fenómeno social que se va a estudiar o investigar, sino que también busca precisar que es lo que se intenta saber, descubrir, probar o demostrar a través de la descripción de los hechos y/o situaciones que pueden llegar a constituirse en el objeto de verificación o comprobación, con lo cual se puede identificar la situación actual.

Un trabajo de investigación como el que aquí se presenta, puede ser opuesto a través de la modalidad de trabajo de campo, sin embargo, por exigencias de la Universidad de Carabobo, para la presentación del correspondiente trabajo, se incluirá la modalidad de Investigación de Campo, es decir, tratado de observar el fenómeno en estudio en su ambiente natural.

El diseño del marco metodológico, constituye la médula de la investigación, Se refiere al desarrollo propiamente dicho del trabajo investigativo: la definición de la población sujeta a estudio y la selección de la muestra, diseño y aplicación de los instrumentos, la recolección de los datos, las tabulaciones, análisis e interpretación de los datos.

En este Capítulo, se contesta fundamentalmente, la pregunta ¿cómo? Es decir, aquí se indica la metodología que va a seguirse en la investigación para lograr los objetivos propuestos o para probar las hipótesis formuladas. En él debemos especificar cuál es la población que abarca nuestro trabajo, determinar la muestra y

especificar cómo se realizó el muestreo.

También hay que presentar aquí, el diseño de la investigación que se pondrá en práctica y el tipo de investigación que vamos a realizar; se elaboran los instrumentos para la recolección de los datos y se indica cuáles serán los procedimientos a seguir para el análisis de los mismos. Hay autores quienes que en esta parte indican los recursos que se necesitan para el buen desarrollo de la investigación, tanto humano como material y el tiempo.

3.1 EL ESTUDIO DE LA INVESTIGACIÓN

Esta Tesis hace el diagnóstico a un problema, que en este caso es la Despenalización del delito de adulterio en Venezuela, en virtud que se trata de un tipo penal que a parte de ser difícil su comprobación y demostración a través de los medios de prueba expresamente consagrados o listados en los ordenamientos jurídicos correspondiente, aparte de eso, existen muchos otros factores externos que ha conllevado a que en la práctica, tal conducta humana se haya convertido en una costumbre y haya pasado a constituir una realidad social. Adminiculado a esas circunstancias tenemos además que las disposiciones contenidas en el Código Penal Venezolano sobre este injusto, se han convertido en letra muerta.

Atendiendo al contenido que debe cumplirse dentro del marco metodológico de toda investigación, a continuación, paso a presentar el diseño para este trabajo de tesis.

De la prueba piloto. Antes de comenzar la investigación y con el objeto de procurar cuidar la confiabilidad y validez de la misma, se efectuó una prueba de los instrumentos que iban a ser utilizados, tal es el caso de los cuestionarios y las entrevistas, a fin de determinar las posibles deficiencias existentes en ellos.

La muestra para esta prueba piloto consistió en entrevistas orales sostenidas con Jueces en materia penal y representantes del Ministerio Público de la

Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia.

Del resultado obtenido a través del análisis de la prueba piloto pude determinar que los instrumentos que serán utilizados van a servir para recolectar la información que necesito, por lo tanto considero que tales instrumentos si son validos.

De la población y la muestra. La muestra representativa seleccionada se encuentra conformada por los siguientes elementos representativos de la población personas e instituciones Jueces en materia Penal del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo y Fiscales Titulares del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia.

Tipo de muestreo. Probabilístico: Azar simple y No probabilístico: Intencional y de expertos.

Tamaño de la muestra. El tamaño está representado por la totalidad de los Jueces del ámbito en el Derecho Penal que conforman el Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, Valencia y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público de esta Circunscripción Judicial.

La muestra por lo tanto quedo conformada de la siguiente forma:

1.- Por la Sede del Palacio de Justicia del Circuito Judicial del Estado Carabobo:

- Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control (11)
- Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio (07)
- Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución (3)

Por la Fiscalía del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo:

- Fiscales en materia Penal ordinaria (11)
- Fiscales del Régimen Penal Transitorio (10)

CUADRO N° 1

Distribución de la muestra

Encuestados	Muestra
--------------------	----------------

Jueces en Materia Penal	21
Fiscales del Ministerio Público en Materia Penal Ordinaria	11
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	10
Total	42

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

Determinación del tipo de Investigación. Investigaciones cuantitativas, debido a que a través de esta se puede obtener mayor conocimiento y comprensión acerca del fenómeno en estudio, y por cuanto permite la resolución de problemas. Con este tipo de investigación podrá estudiar la evolución del fenómeno a lo largo del tiempo. Se trata de una investigación exploratoria, por estar orientada a conocer los factores o variables que intervienen en el fenómeno. Es descriptiva y explicativa por estar dirigida a establecer el tipo de relación existente entre las variables. Por su amplitud es del tipo macrosociológicas, ya que se estudia el fenómeno abarcando grandes grupos. Atendiendo al marco o lugar donde se desarrolla, se trata de una Investigación de campo, ya que se ha observado directamente el fenómeno dada su naturaleza: es de tipo documental, por cuanto gran parte de la recopilación de los datos fue obtenida a través de textos y otras fuentes documentales. Es de tipo teórico. De acuerdo con el objeto al que se refieren: Por la disciplina, es una investigación Sociológica y de Derecho y además trata sobre asuntos de familia.

Diseño de Investigación. El plan a seguir para dar respuestas a las preguntas formuladas y para probar la hipótesis de la investigación consistió en el diseño y elaboración de cuestionarios y entrevistas.

Tipos de Diseño. Validez. El presente trabajo de investigación permite detectar la relación real que pretendo analizar y por tanto tiene plena validez. Posee:

Validez externa. La investigación está diseñada de tal modo que sus resultados pueden generalizarse a toda la población, a otros individuos y grupos.

Confiabilidad. El requisito de esta investigación cuantitativa se fundamenta en el grado de uniformidad con que los instrumentos de medición cumplen su finalidad.

Selección y diseño de los instrumentos para la recolección de la información. La información de las unidades de observación se recogerá a través de instrumentos tales como los cuestionarios y las entrevistas.

3.2 ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

Este capítulo presenta los resultados obtenidos a través de un estudio realizado sobre la opinión de los Jueces en materia Penal del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, en las diferentes etapas del proceso penal acusatorio, excluidos tan solo los Magistrados que componen cada una de las Salas de la Corte de Apelación; quienes desempeñan sus funciones en la sede del Palacio de Justicia, ubicado al final de la Avenida Aránzazu, Valencia, Estado Carabobo, así como sobre los Fiscales Titulares del Ministerio Público en materia penal ordinaria y especial y los designados para el Régimen Penal transitorio también de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo y Comando Regional N° 2 de la Guardia Nacional, Zona Industrial de Valencia. Estado Carabobo, respectivamente.

Para presentar los resultados del análisis, en primer lugar, se presentan los resultados obtenidos a través de los ítems relacionados con la investigación.

Es conveniente antes de hacer la presentación de tales resultados, definir y justificar como quedo conformada la muestra sobre la población en estudio.

Atendiendo a lo que debe entenderse como población o Universo, para el caso en estudio el concepto de población no iría referido al número total de Jueces y de Fiscales del Ministerio Público de todo el Territorio Nacional, puesto que obviamente no se dispone de tiempo ni recursos para estudiarlos a todos y casa uno de ellos, por lo que, en ese sentido, se seleccionó como muestra primaria, sólo los del Estado

Carabobo, Valencia.

Una segunda muestra sobre la primera, fue obtenida al azar y siguiendo criterios lógicos, de allí que se escogió sólo un pequeño número de Operadores de Justicia y representantes del Ministerio Público. En tal sentido, a continuación se presentan los cuadros de cómo quedó distribuida la muestra definitiva que fuera utilizada para la investigación:

CUADRO N° 2

Distribución de la muestra

Jueces en materia Penal Valencia – Estado Carabobo	Muestra
Jueces en funciones de Control	11
Jueces en funciones de Juicio	07
Jueces en funciones de Ejecución	03
Total	21

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

CUADRO N° 3

Distribución de la muestra

Fiscales del Ministerio Público, Valencia – Estado Carabobo	Muestra
En materia Contencioso-Administrativo	01
En materia de Drogas	01
En materia Penitenciaria	01
En materia de Protección de menores y adolescentes	08
En materia de Responsabilidad Penal de menores y adolescentes	01
En materia Penal Ordinaria	11
Bajo el Régimen Penal transitorio	10
Total	33

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

Con respecto a los Representantes del Ministerio Público, cabe destacar que en virtud de que la Fiscalía General de la República les ha sido dividido o asignado una competencia atendiendo a la materia, a los efectos del presente estudio, sólo

fueron considerados como muestra, los Fiscales del Ministerio Público asignados para la materia Penal Ordinaria y los designados para el Régimen Penal Transitorio, estos últimos quienes conocen de las causas indicadas con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código Orgánico Procesal Penal. Tal selección se hizo de tal forma por cuanto hay Fiscales del Ministerio Público, que conocen sobre materias especiales como Drogas, Salvaguarda del Patrimonio Público, Protección del Menor penitenciaria, etc. Por lo que, en definitiva la muestra quedo reducida y representada de la siguiente forma:

CUADRO N° 4

Distribución de la muestra

Fiscales del Ministerio Público. Valencia- Estado	Muestra
Carabobo	
En materia penal ordinaria	11
Bajo el régimen penal transitorio	10
Total	21

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

A continuación, se presentan los resultados obtenidos de los ítems relacionados con la presente investigación:

Ítem 1 A raíz de la entrada en vigencia del actual Código Orgánico Procesal Penal, ¿Conque frecuencia ha conocido de investigaciones por la comisión en el delito de adulterio?

CUADRO N° 5

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción

Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 1.

Frecuencia y Porcentaje	Mucha		Poca		Ninguna	
	F	%	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	--	--	--	--	11	100
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	--	--	--	--	7	100
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	--	--	--	--	3	100
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	--	--	--	--	11	100
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	--	--	--	--	10	100

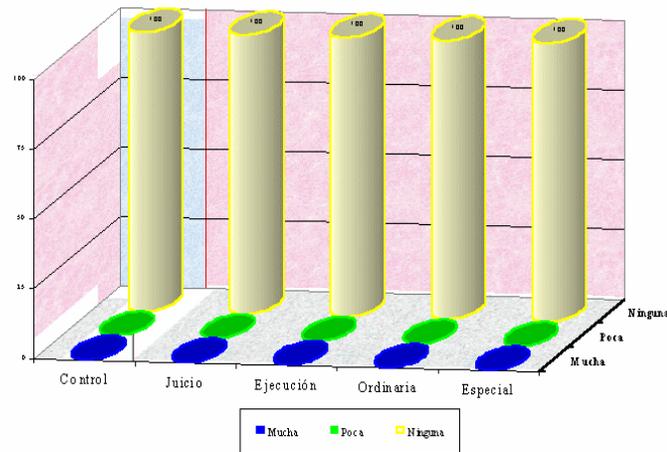
FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

Los resultados demuestran que tanto los Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control, Juicio y Ejecución del Estado Carabobo así como los Fiscales Titulares del Ministerio Público en materia ordinaria y bajo el régimen de transición, a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, no han conocido de ninguna causa por la comisión en el delito de adulterio, lo que permite evidenciar que las víctimas de este injusto, no acuden a ninguna de estas instancias para interponer Denuncia o Querrela alguna y mas aun cuando se debe considerar el hecho de que se trata de un delito de acción privada. Los Fiscales del Ministerio Público, con relación a este ítem, señalaron que de la revisión que han hecho hasta ahora de las causas iniciadas con anterioridad al nuevo Régimen Procesal Penal, no han encontrado ninguna por la comisión ente injusto penal.

GRÁFICO N° 1

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia

penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 1



Item 2 ¿considera Usted, que la materialidad del hecho punible en el delito de adulterio hasta ahora ha resultado ser es de difícil comprobación o demostración?

CUADRO N° 6

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 2

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%

Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	9	82	2	18
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	6	86	1	14
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	9	82	2	18
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	8	80	2	20

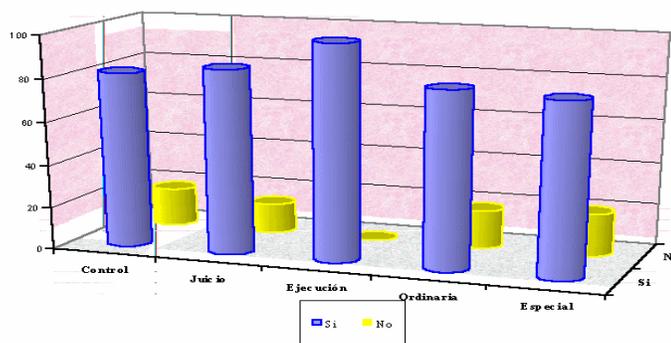
FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

Como podrá observarse, los encuestados en su mayoría orientaron su respuesta hacia la alternativa “SI”, es decir, que los jueces de Primera Instancia en lo Penal y representantes del Ministerio Público, están conscientes que la materialidad del hecho en el delito de adulterio, es de difícil demostración, y toman en consideración para argumentar su respuesta el que la Doctrina ha sostenido que a los efectos de la comprobación del injusto penal se hace necesaria la demostración o evidencia del acto sexual o acto carnal con persona distinta a la de la relación

matrimonial, es decir, prácticamente se exige que el delito se halle en estado de flagrancia para suponer la notoriedad del hecho. Sólo un pequeño número de los entrevistados no estuvo de acuerdo con que el delito sea de difícil demostración, y señalaron que una prueba que permitiría evidenciar el acto carnal sin necesidad de constituir flagrancia sería el hecho de un embarazo. Advierten estos encuestados, que hasta ahora ésta ha sido la única prueba que la Doctrina y jurisprudencia ha reconocido, pero, sin embargo, atienden al criterio de que pudiera dejar de existir tal prueba, si la persona investigada, en este caso, la mujer se practica un aborto, o en el caso del hombre que induzca a la persona contraria a su práctica, todo ello con el fin de desvirtuar la presunción que pudiera existir.

GRÁFICO N° 2

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para del Ítem 2.



Ítem 3 ¿Considera Usted, que a los efectos de la comprobación tanto del

cuerpo del delito así como de la culpabilidad del imputado en el delito de adulterio, la prueba testimonial es suficiente?

CUADRO N° 7

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 3

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	--	--	11	100
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	--	--	7	100
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	--	--	3	100
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	1	9	10	91
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	2	20	8	80

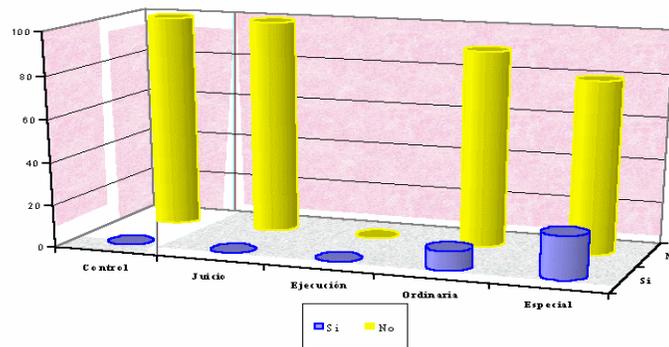
FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

La cifra del porcentaje de los encuestados que afirman que la prueba testimonial no es suficiente a los efectos de dar por comprobado tanto el cuerpo del delito de adulterio y menos aun la culpabilidad penal del imputado evidentemente que supera con creces el criterio de algunos de los encuestados. Afirieron aquellos que orientaron su respuesta a la frecuencia “NO” que la prueba testimonial no es suficiente, ya que la misma no permite deducir con certeza y convicción que el testigo haya podido percatarse del momento mismo de la relación sexual o acto carnal entre las parejas, es decir, que la prueba de testigo no puede dar fe de ese hecho controvertido, ya que como es sabido este tipo de relación extra matrimonial se realiza en secreto. Para que la prueba testimonial pueda tener el valor probatorio de indicio se hace necesario la existencia en autos de otros medios de prueba que puedan

ser comparados y analizados en conjunto.

GRÁFICO N° 3

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 3.



Ítem 4 ¿Considera Usted, que a los efectos de la comprobación tanto del cuerpo del delito así como de la culpabilidad del imputado en el delito de adulterio, la simple sospecha pudiera constituir prueba?

CUADRO N° 8

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 4.

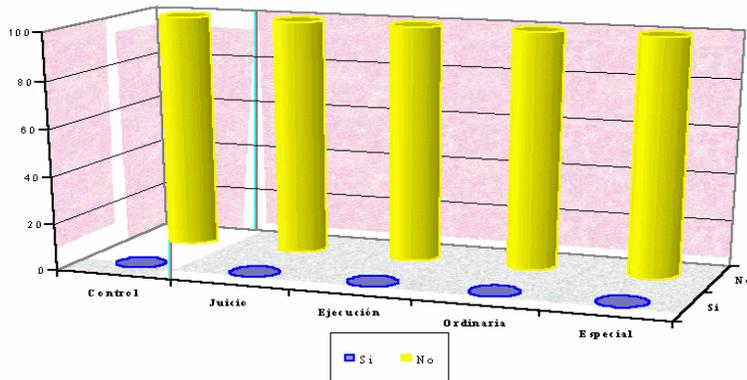
Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	--	--	11	100
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	--	--	7	100
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	--	--	3	100
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	--	--	11	100
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	--	--	10	100

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

El 100 por ciento de los encuestados reconoce que dentro del Derecho Penal Venezolano, la sospecha no constituye medio de prueba, ni siquiera aun se le pueda atribuir el valor de simple presunción. En tal sentido mal puede asignársele valor probatorio a la prueba testimonial que verse sobre la simple sospecha o suposición. En ningún otro ordenamiento jurídico la sospecha tiene fuerza probatoria.

GRÁFICO N° 4

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 4.



Ítem 5 ¿Considera Usted, que lo dispuesto en el Código Penal Venezolano con relación al delito de adulterio, viola los Derechos Humanos de la mujer, toda vez que las penas corporales que se imponen son más severas a esta que para el esposo, y por tanto, existe violación a los Derechos Constitucionales a la no discriminación y al derecho de igualdad?

CUADRO N° 9

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 5.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	11	100	--	--
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	7	100	--	--

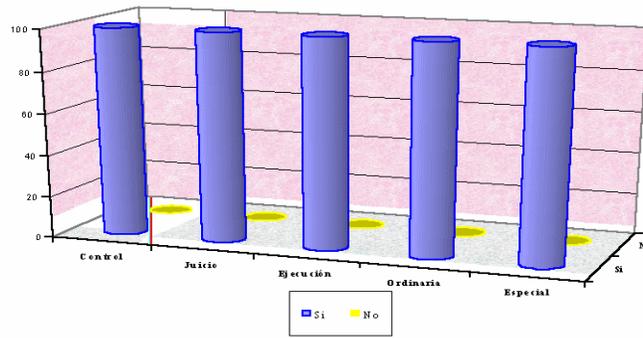
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	11	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	10	100	--	--

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

La totalidad de los encuestados conviene en afirmar que efectivamente lo dispuesto en el Código Penal Venezolano con relación al delito de adulterio, en especial, lo relativo a la pena probable a imponerse a la mujer que comete tal ilícito contraviene la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Inter. Americana de los Derechos Humanos y la propia Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de que la pena es discriminatoria y no existe igualdad entre las partes. Ratifican de igual forma, el ejercicio del Derecho constitucional ala no discriminación y al Derecho de igualdad previstos en la Constitución Nacional Bolivariana de la República de Venezuela.

GRÁFICO N° 5

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 5



Ítem 6 ¿Considera Usted, que en la actualidad el delito de adulterio, entendido como acto de infidelidad de algún miembro de la pareja, ha pasado a formar parte de la idiosincrasia Venezolana, y por lo tanto se ha convertido en un hecho social aceptado?

CUADRO N° 10

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 6.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	9	82	2	18
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	6	86	1	14
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	9	82	2	18
Fiscales del Ministerio Público bajo el	8	80	2	20

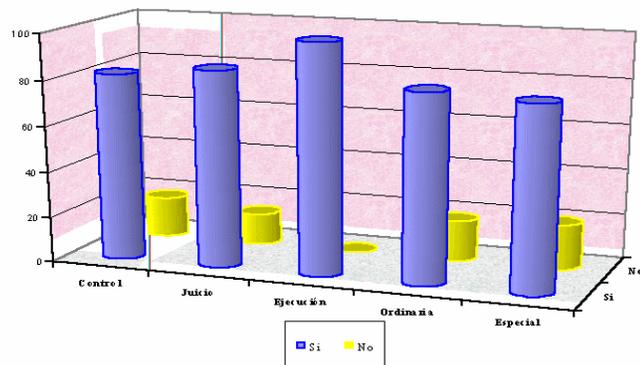
Régimen Penal Transitorio				
---------------------------	--	--	--	--

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

La casi totalidad de las instituciones encuestadas orientan su respuesta en afirmar que efectivamente nuestra sociedad ha aceptado el acto de infidelidad en las parejas como un hecho social y por ende, cabe afirmar que forma parte de la idiosincrasia Venezolana, puesto que constituye un hecho notorio que no ha habido alguna pareja o persona que haya escapado de cometer algún acto de infidelidad extra matrimonial. Desde épocas remotas se le conoce al hombre como un sujeto polígamo. Gracias a la igualdad que las mujeres hoy en día han alcanzado lo cual las equipara en muchos aspectos con los hombres en igualdad de Derechos y condiciones, tal actitud ha sido de igual forma asumida por la mujer. Se puede llegar a la conclusión de que los actos de infidelidad constituyen una realidad aceptada por la sociedad por el hecho de que la figura de los matrimonios ha disminuido, y las relaciones concubinarias a corto y mediano plazo se han incrementado. Con el pasar del tiempo la infidelidad ha sido la primera causa de divorcio no sólo en Venezuela, sin embargo, las parejas que deciden romper con el vínculo del matrimonio, por lo general, prefieren aducir cualquier otra causal de las previstas en el Código Civil para proceder a la separación. Por otra parte, la respuesta dada por los encuestados afirma que ciertamente hay muchos otros factores que inciden dentro del matrimonio que conllevan a algún miembro de la pareja a cometer delito de adulterio entendido como un acto de infidelidad.

GRÁFICO N° 6

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 6



Ítem7 ¿Considera Usted, que en un proceso penal por la comisión en el delito de adulterio pudiera los representantes del Ministerio Público oponer el principio de oportunidad previsto en el Código Orgánico Procesal Penal y solicitar ante el Juez de Control autorización para prescindir, total o parcialmente del ejercicio de la acción?

CUADRO N° 11

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 7.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	9	82	2	18
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	6	86	1	14
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--

Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	9	82	2	18
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	8	80	2	20

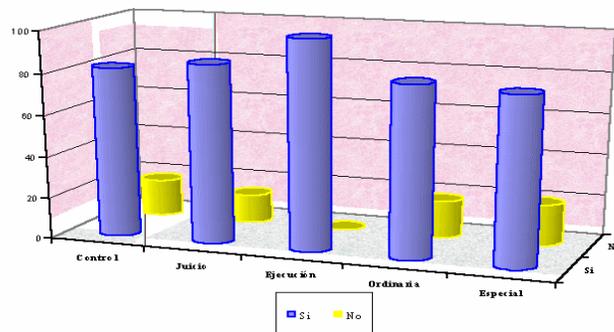
FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

Este es un ítem que iba mas dirigido a los Representantes del Ministerio Público que a los jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control, Juicio y Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, por cuanto corresponde a los representantes de la vindicta pública el solicitar autorización ante los Jueces de Control para prescindir total o prácticamente del ejercicio de la acción penal. Sin embargo, atendiendo a que son los jueces de control quienes a través de una decisión debidamente fundamentada y razonada aplican o no el principio de oportunidad, tal ítem se extendió hasta ellos, y si se quiere hasta el resto de los jueces que conforman el Circuito Judicial Penal, por cuanto en cualquier momento estos pudieran ser rotados o transferidos como Jueces en funciones de Control. El porcentaje mayor de los encuestados considera que si fuese procedente la autorización para prescindir totalmente del ejercicio de una acción penal en los casos de delitos por adulterio, debido a que tal conducta pudiera tenerse como insignificante, dada su constante práctica habitual y por tanto, constituye una realidad social aceptada. Los encuestados afirman que sostener un juicio por este delito, acarrearía mas bien pérdidas al Estado Venezolano, que es preferible seguir juicios que realmente son más atroces y que afectan aun más a la sociedad en general y al bien jurídico tutelado que estos protegen, como sería el caso de los delitos de homicidios, Lesiones personales intencionales graves, secuestros, hurtos y robos de toda índole y especie, corrupción, drogas, etc. Por otra parte afirman muchos de los encuestados que el delito de adulterio afecta sólo interés particulares y no a la sociedad en general, de allí que no afecta gravemente el interés público. También

consideran los encuestados que atendiendo a la pena probable aplicable, se trata de un tipo penal que no excede de tres años en su límite máximo. En tal sentido, si estuviesen dados todos los supuestos necesarios como para decretar la extinción de la acción penal.

GRÁFICO N° 7

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 7



Ítem 8 ¿Considera usted, que por el simple hecho de que el delito de adulterio afecta principios morales y éticos así como el deber del pacto de fidelidad que surge en el matrimonio, esto sea un asunto que deba ser resuelto en el ámbito de la esfera penal por herir Derechos inherentes a la familia y por destruir la armonía de los hogares y el honor?

CUADRO N° 12

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 8.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	9	82	2	18
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	6	86	1	14
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	9	82	2	18
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	10	100	--	--

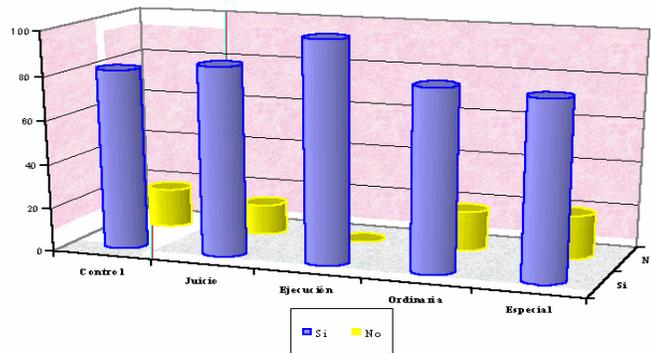
FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

El porcentaje mayor de los encuestados considera que el simple hecho de que el adulterio afecte principios morales y éticos así como el deber del pacto de fidelidad que surge dentro del matrimonio, todo lo cual hiere Derechos de la familia y destruye la armonía de los hogares así como el honor, esto deba ser un asunto que se resuelva en la esfera penal. Señalan la gran mayoría de los encuestados que en nuestro país ya son demasiados los valores y principios que se han ido perdiendo al extremo de que en la actualidad están prácticamente destruidos y lo más lamentable de todo esto, es que el Estado Venezolano, en nada se ha preocupado por resaltar esos valores y principios. En definitiva, estos encuestados reafirman que el acto de adulterio debería terminar simple y llanamente con el divorcio, es decir que debería ser una conducta a ser resuelta por los juzgados en materia civil de Familia. No puede la Ley

penal castigar conductas subjetivas y que solo atañen a los principios y valores de cada cual.

GRÁFICO N° 8

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 8



Ítem 9 ¿Considera Usted, que el delito de adulterio afecta de alguna manera intereses de la sociedad en general

CUADRO N° 13

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 9.

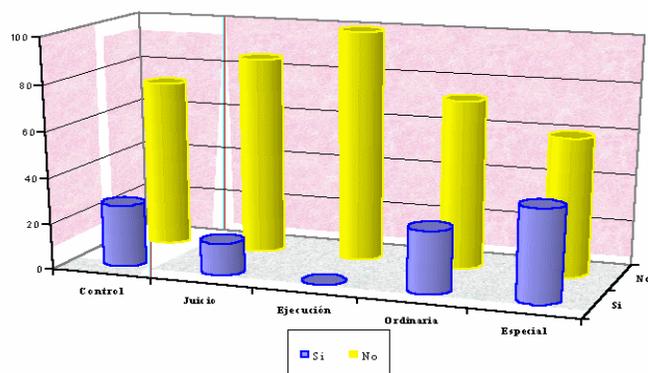
Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	3	27	8	73
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	1	14	6	86
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	--	--	3	100
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	3	27	8	73
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	4	40	6	60

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

La gran mayoría de los encuestados, escogió la respuesta “Sí” para este ítem, ya que reconocen que el adulterio o acto de infidelidad, afecta sólo intereses particulares y no a intereses de la Sociedad en General. Los que escogieron como respuesta a la alternativa “No” de este ítem, sostienen que la afección viene dada en no podemos olvidar que la familia constituye la célula fundamental de la sociedad y así expresamente lo consagra la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

GRÁFICO N° 9

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 9



Ítem 10 ¿Considera Usted, que una de las causas para que no se de inicio a una investigación por la comisión en el delito de adulterio, vendría a ser el hecho de que por ser el proceso penal de por sí escandaloso, las víctimas no quieren exponerse al escarnio público debido a que esto vulnera su orgullo como persona?

CUADRO N° 14

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 10.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	10	91	1	9
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	7	100	--	--
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público en	9	82	2	18

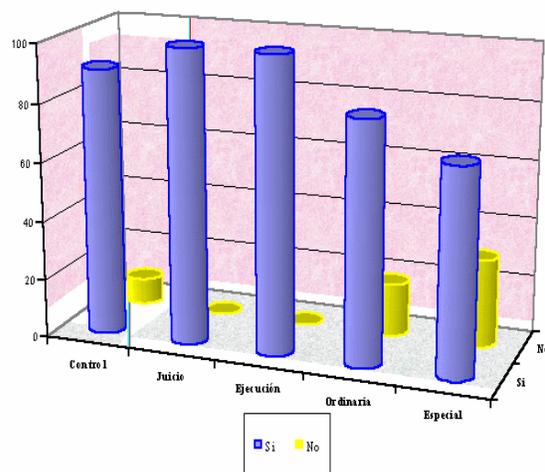
materia Penal Ordinaria				
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	7	70	3	30

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

La casi totalidad de los encuestados, afirma que ciertamente una de las causas que ha conllevado a que no se haya dado inicio a una investigación penal por la comisión en el delito de adulterio y más aun, con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, es debido a que el proceso actual es de tipo oral y público, lo que obliga a las partes intervinientes a someterse a un debate con la presencia de un público espectador, y esto es lo que lo hace ser bochornosos hasta cierto punto. Ciertamente el Código Orgánico Procesal Penal dispone que el Juicio podrá celebrarse en audiencia privada si así lo convienen expresamente las partes, sin embargo, a pesar de ello, las víctimas no quieren de ninguna forma exponerse y menos aun, declarar para así evitar al escarnio público. Obviamente, que la presentación ante un Tribunal de Juicio con el objeto de celebrarse una audiencia pública y oral, expondría a las partes al escarnio y a que se le vulnere su orgullo como ser humano. Debemos tener presentes, que en nuestro país la colectividad o ciudadanía está más pendiente del mal ajeno que del suyo propio.

Gráfico N° 10

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 10



Ítem 11 ¿Esta Usted de acuerdo con que el delito de adulterio, por no ser denunciado a instancia de parte, quede totalmente impune?

CUADRO N° 15

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 11.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	6	55	5	45
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	4	58	3	42
Jueces de Primera Instancia en lo Penal	2	67	1	33

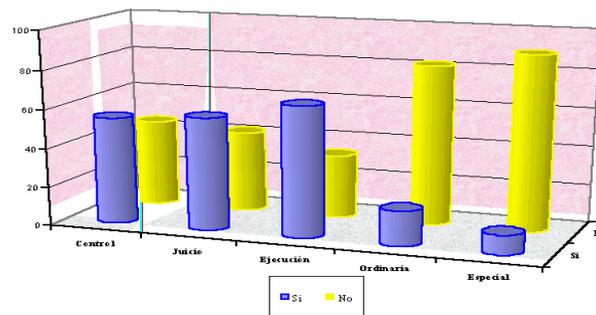
en funciones de Ejecución				
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	2	18	9	82
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	1	10	9	90

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

La inmensa mayoría de las personas encuestadas, no están de acuerdo con la impunidad del delito, sin embargo, consideran que una conducta tan insignificante como en la que ha desencadenado la infidelidad en Venezuela y el consecuente delito de adulterio, no debería ser penalizado corporalmente, sino que tal conducta de por sí aceptada por la sociedad, debería sólo desencadenar en el divorcio.

Gráfico N° 11

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 11



Ítem 12 ¿Esta Usted de acuerdo en que debe constituir una causal de impunidad, el hecho de que ambos cónyuges se hayan faltado al deber de fidelidad?

Cuadro N° 16

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 12.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	10	91	1	9
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	7	100	--	0
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	0
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	10	91	1	9
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	10	100	--	--

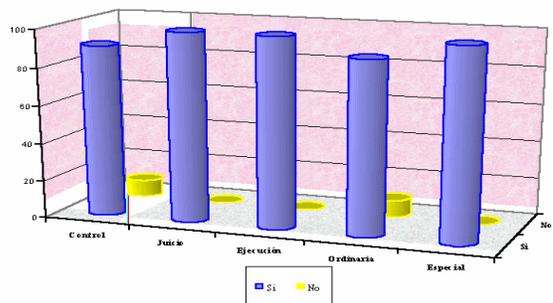
FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

Tanto los Jueces de Primera Instancia en lo Penal, en funciones de Control, Juicio y Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo así como los Representantes titulares de ministerio público, reconocen la impunidad en el injusto por parte de alguno de los cónyuges, toda vez que el Código Penal Venezolano en su artículo 400, dispone que se exime de pena al cónyuge culpable del adulterio cuando comprueba que el acusador ha incurrido en el mismo delito en el año anterior o a expuesto a la mujer a prostituirse o excitado o favorecido su corrupción. En caso de acusación de la mujer, el marido podrá comprobar que ella también durante el tiempo arriba indicado, ha cometido delito de adulterio.

GRÁFICO N° 12

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal

ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 12



Ítem 13 ¿Considera Usted, que el delito de adulterio, debería desencadenar tan sólo en el Divorcio?

CUADRO N° 17

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 13.

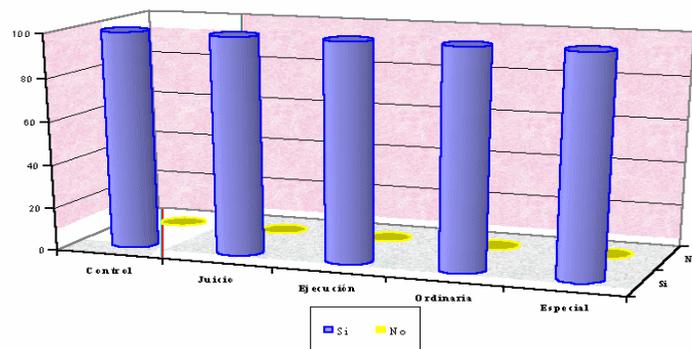
Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	11	100	--	--
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	7	100	--	--
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	11	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	10	100	--	--

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

El 100 por ciento de los encuestados estuvo de acuerdo en que el adulterio o acto de infidelidad entre las parejas legalmente casadas, es una conducta humana que no debería ser inmiscuida dentro del ámbito de Derecho Penal Venezolano, y que tal conducta debería ser resuelta por los Juzgados de la esfera civil, a través de la disolución del vínculo matrimonial.

GRÁFICO N° 13

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 13



Ítem 14 ¿Considera Usted, que la televisión Venezolana, ha contribuido en la perdida de valores éticos y morales, al propiciar no sólo el delito de adulterio como acto de infidelidad, sino que también muchos otros delitos, es decir, ha instigado de una manera en la proliferación de conductas que constituyen delito?

CUADRO N° 18

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal

**ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción
Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 14.**

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	11	100	--	--
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	7	100	--	--
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	11	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	10	100	--	--

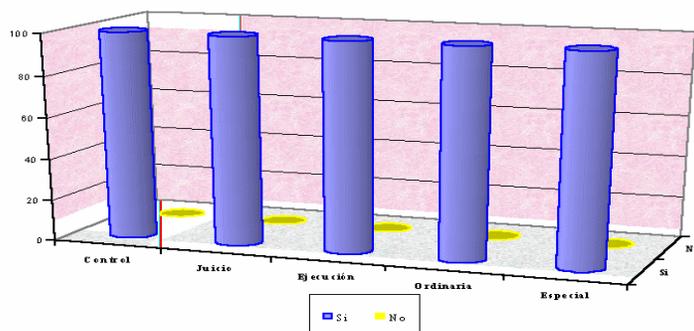
FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

La totalidad de las personas encuestadas, coinciden en afirmar que la Televisión Venezolana es una fuente anti valores. Es el caso de las telenovelas, consideran que aparte de dar mal ejemplo sobre infidelidad y muchos otros delitos y crímenes, quienes las ven muchas veces opinan a favor del infiel o el criminal. Consideran los encuestados que los espacios televisivos promueven aspectos anti valores cristianos como el aborto, la infidelidad, el adulterio, el homosexualismo, el sexo libre, robos, homicidio, corrupción, chisme, envidia, celos y mucho más. Consideran los encuestados que la Televisión Venezolana ha cambiado la ideosincracia de la Sociedad, y ha enseñado muchas conductas que hoy en día son legalmente aceptadas, y por ello ahora constituyen una realidad social. Señalan los encuestados, que ha sido negligente el Estado Venezolano, en cuanto a los aportes negativos que hace la televisión y que nada a hecho por tratar en lo posible de evitar la transmisión de tantos programas de tipo cultural y educativo que realcen los valores y principios morales.

GRÁFICO N° 14

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal

ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 14



Ítem 15 ¿Considera Usted, que existen muchos otros factores que han incidido en la practica habitual del adulterio en la Sociedad Venezolana?

CUADRO N° 19

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 15.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	11	100	--	--
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	7	100	--	--
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	11	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público bajo el	10	100	--	--

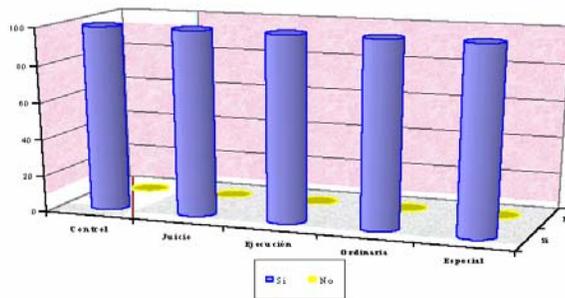
Régimen Penal Transitorio				
---------------------------	--	--	--	--

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

Todos los encuestados coinciden en que dentro de la conducta de ser infiel han incidido muchos otros factores. Coinciden los encuestados que no es sólo el factor de imposible comprobación o demostración de la materialidad del hecho es el que ha conllevado a la impunidad de este ilícito, entre muchos otros factores mencionan la problemática social y económica por la que atraviesa el país, el maltrato físico por parte del hombre hacia la mujer, la violencia en contra de la mujer, el delito de violación, las innumerables discriminaciones que se han hecho en contra de la mujer, el alto índice de desempleo que ha traído como consecuencia la proliferación de la prostitución, etc.. Todos estos factores deben ser hoy en día tomados en cuenta tanto por los Juzgadores al momento de decidir y por los legisladores al momento de promulgar una Ley.

GRÁFICO N° 15

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 15



Ítem 16 ¿Considera Usted, que atendiendo a esos muchos otros factores, entre los que pudiéramos mencionar la violación de Derechos Humanos, la violencia contra la mujer, la problemática social y económica por la que atraviesa el país, etc., sería procedente la despenalización del adulterio?.

CUADRO N° 20

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 16.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	9	82	2	18
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	6	86	1	14
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	7	64	4	36
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	6	60	4	40

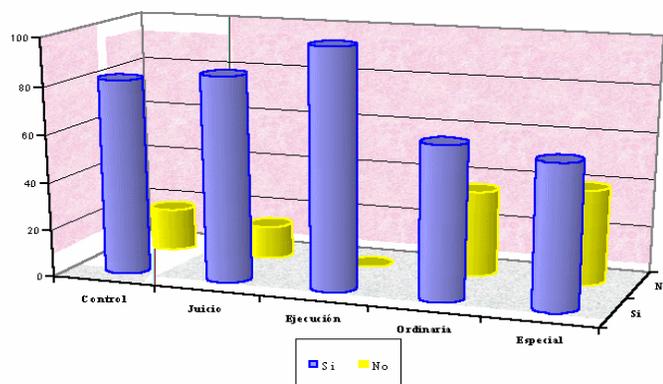
FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

La gran mayoría de los operadores de justicia coinciden en que al existir muchos factores que han incidido en la conducta habitual del adulterio o infidelidad por parte de cualquiera de los miembros de una pareja legalmente casada, lo procedente sería en todo caso dejar en manos de la esfera civil todo lo relacionado a este tipo de conducta, para que sea resuelta a través del divorcio, y no por medio de una sanción penal con pena privativa de libertad, que en nada buscaría remediar o solucionar tal práctica constante. Los encuestados reconocen que en la actualidad existen conductas humanas que se encuentran tipificadas como delito, y que siendo la tendencia actual, la conducta, al igual que en otras legislaciones foráneas es perfectamente despenalizable. En cambio, algunos representantes del Ministerio Público están de acuerdo con los Jueces, sin embargo otros, discrepan de la opinión y eso se debe a que consideran que lo procedente en todo caso, sería reformar la sanción corporal y en su lugar imponer una sanción menos gravosa.

Cabe destacar, que de acuerdo con el vocablo despenalizar, el mismo significa suprimir o disminuir cualitativa o cuantitativamente la sanción, especialmente la privativa de libertad. Ofrece ventajas semejantes a la descriminalización, pues el estigma carcelario, permite que en los casos en que se considere necesaria la pena sea facilitado el tratamiento penitenciario, y reduce la violencia que significa amenaza punitiva y ejecución de castigo.

GRÁFICO N° 16

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 16



Ítem 17 ¿Considera Usted, que toda la normativa prevista en el Código Penal para el delito de adulterio, se ha convertido en letra muerta, es decir, se encuentra en desuso o desaplicada?

CUADRO N° 21

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 17.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	11	100	--	--
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	7	100	--	--
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	3	100	--	--
Fiscales del Ministerio Público en	11	100	--	--

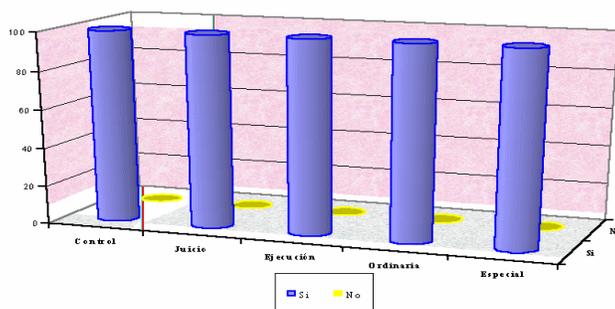
materia Penal Ordinaria				
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	10	100	--	--

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

La totalidad de los encuestados coinciden en que la normativa prevista en el Código Penal con relación al delito de adulterio, se encuentra un desuso y está desaplicada desde hace muchos años, incluso antes de la entrada en vigencia del actual Código Orgánico Procesal Penal. Desde que el proceso era inquisitivo y ahora acusatorio, las víctimas por este injusto nunca han comparecido ante las instancias correspondientes a interponer formal denuncia, querrela o acusación privada. Esto a ocasionado si se quiere la impunidad para este tipo penal. Las causas, para que las víctimas de este delito no hayan acudido ante un Tribunal Penal o ante la Fiscalía del Ministerio Público han sido explanadas anteriormente en el ítem anterior. De todo ello se puede inferir que ciertamente la normativa legal, está en desuso y por lo tanto si constituyen letra muerta dentro del Código Penal Venezolano.

GRÁFICO N° 17

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 17



Ítem 18 ¿Esta Usted de acuerdo con el criterio de la reducción de lo penal, para lo cual habría que seguir las técnicas de despenalización o descriminalización propuesta por los grandes especialistas?

CUADRO N° 22

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 18.

Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	7	64	4	36
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	4	58	3	42
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	2	67	1	33
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	6	55	5	45
Fiscales del Ministerio Público bajo el	6	60	4	40

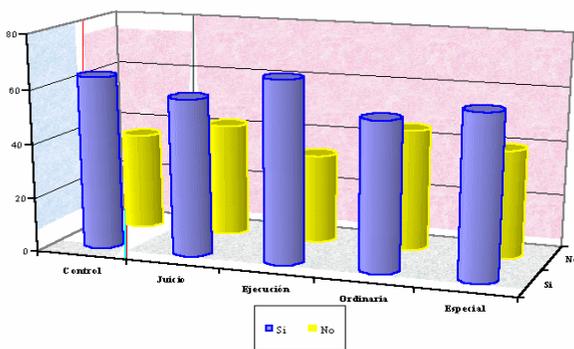
Régimen Penal Transitorio				
---------------------------	--	--	--	--

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

Las opiniones de los encuestados a este respecto, estuvieron casi compartidas, sin embargo un grupo de Jueces de Primera Instancia en lo Penal y Representantes del Ministerio Público, consideran pertinente la utilización de las técnicas de despenalización o descriminalización propuesta por los grandes especialistas dentro del Derecho Penal Contemporáneo e impuestas ya en algunos otros ordenamientos jurídicos internacionales, ya que esto propicia un Derecho penal mínimo que busca despenalizar conductas o tipo penales menos gravosas. Han sostenidos los seguidores de esta corriente que con respecto a otros delitos, que afectan mas el bien jurídico tutelado que protegen, los Códigos Penales deberían ser más severos. Ratifican los encuestados que existen muchos otros delitos de gran magnitud, pluriofensivos, de violencia, que merecen una mayor atención y penalización para así evitar su impunidad, pero esto también requiere de un Estado que efectivamente cumpla con su deber y asigne el presupuesto suficiente para ello. El resto de los encuestados si se quiere parten de estos mismos principios, pero, al parecer consideran al vocablo despenalizar como algo que no es permitido, ya que si reconocen que la pena privativa de libertad para algunas conductas debería ser otra, es decir, disminuida cualitativa o cuantitativamente.

GRÁFICO N° 18

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 18



Ítem 19 ¿Está Usted de acuerdo con que en otras legislaciones se haya aprobado la Despenalización de delitos como el adulterio, la bigamia, el aborto, etc.?

CUADRO N° 23

Distribución porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y del Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el Ítem 19.

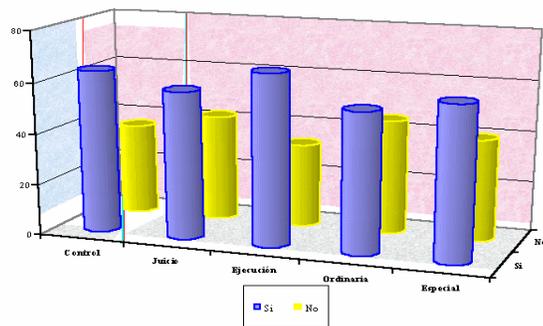
Alternativas	Sí		No	
	F	%	F	%
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Control	7	64	4	36
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio	4	58	3	42
Jueces de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Ejecución	2	67	1	33
Fiscales del Ministerio Público en materia Penal Ordinaria	6	55	5	45
Fiscales del Ministerio Público bajo el Régimen Penal Transitorio	6	60	4	40

FUENTE: Mendoza Sánchez. 2003

Las opiniones con respecto a este ítem de igual forma estuvieron compartidas. Un grupo de Jueces de Primera Instancia en lo Penal y Representantes del Ministerio Público, consideran pertinente como ya se dijo la utilización de las técnicas de despenalización o descriminalización propuesta por los grandes especialistas con el fin de propiciar un Derecho Penal mínimo. Señalan estos encuestados que no podemos seguir sumisos ante un Código eminentemente positivista. Debemos seguir los nuevos lineamientos, directrices que establece el Derecho Penal Moderno y la Criminología, estas son las bases que debe seguir el ordenamiento jurídico penal venezolano. Gracias a estas Técnicas y teorías Despenalizadoras se han logrado grandes avances y reformas en los Códigos Penales de otros países, no sólo desarrollados, sino que también se ha implementado en países latinoamericanos. Venezuela, si se quiere posee todavía a pesar de la reciente Reforma, un Código Penal obsoleto y arcaico. Los encuestados que orientaron su respuesta a la alternativa “Si”, reclaman por un Derecho penal mínimo y si están de acuerdo con la despenalización de algunos tipos penales, como hasta ahora ha ocurrido en el caso del adulterio, la bigamia, la eutanasia, delitos informáticos, el adulterio y muchos otros. Conocen de las propuestas para la despenalización de algunas conductas relacionadas con el tráfico de Drogas. El resto como ya se dijo, orientan su respuesta es decir “No”, quizás lo hagan porque se sienten comprometidos, pero reconocen que ciertamente existen tipos penales que deberían despenalizarse mas no descriminalizarse.

GRÁFICO N° 19

Representación porcentual de las respuestas dadas por los Jueces en el ámbito penal y por los Fiscales Titulares del Ministerio Público, en materia penal ordinaria y bajo el Régimen de Transición, todos de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Valencia, para el ítem 19



CAPITULO IV

CONCLUSIONES, PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

A partir del análisis estadístico de los resultados obtenidos en el desarrollo de la presente investigación se formulan algunas conclusiones, las cuales tienen relación con los objetivos formulados y sirven de base para la propuesta final.

Que a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, los Jueces en materia Penal del Circuito Judicial del Estado Carabobo, ni los Representantes del Ministerio Público, han conocido de alguna causa por la comisión en el delito de adulterio.

Que la comprobación tanto del cuerpo del delito como de la culpabilidad del imputado en el delito de adulterio, es de difícil demostración y que la prueba testimonial no es suficiente para ello y menos aun puede ser admitida la simple sospecha como medio de prueba.

Que las disposiciones legales contenidas en el Código Penal Venezolano con relación al delito de adulterio, violan Derechos expresamente consagrados en la

Constitución Nacional de la República de Venezuela así como en los Convenios y tratados internacionales relacionados con los Derechos Humanos en contra de la mujer. Asimismo, el delito de adulterio viola Derechos como el de la no discriminación y el derecho de igualdad, entre otros.

Que el delito de adulterio, entendido como acto de infidelidad ciertamente ha pasado a formar parte de la idiosincrasia Venezolana, y por tanto constituye un hecho social aceptado.

Que aun a pesar de que el delito de adulterio afecta principios morales y éticos, el deber del pacto de fidelidad que surge en el matrimonio, esto no es un asunto que deba ser resuelto en el ámbito penal, sino que debe ser resuelto en la esfera civil a través de la figura del divorcio.

Que si es procedente la despenalización del tipo penal atendiendo a las circunstancias ya indicadas y se debe reconocer que el mismo Código Penal Venezolano establece causales de impunidad, cuando ambos cónyuges se han faltado al deber de fidelidad.

Que la Televisión Venezolana, ha contribuido en la pérdida de valores éticos y morales y en tal sentido han servido como medio para propiciar no sólo el delito de adulterio como acto de infidelidad, sino que también muchos otros delitos.

Que la normativa prevista en el Código Penal para el delito de adulterio, se ha convertido en letra muerta, es decir, se encuentra en desuso o desaplicada.

Que en Venezuela los encargados de administrar justicia así como los representantes del Ministerio Público están de acuerdo con el criterio del Derecho penal moderno en cuanto al establecimiento de un derecho penal mínimo.

4.2 PROPUESTAS

Se propone una nueva Reforma del Código Penal Venezolano así como del Código Civil, en lo relativo al delito de adulterio. Tal propuesta se hace atendiendo a que existe una profunda relación entre la sociedad y el sistema jurídico que la reglamenta, ya que este último es su conductor.

Se plantea promover la igualdad jurídica de la mujer.

Se plantea y propone la preparación y capacitación tanto de Jueces y Fiscales del Ministerio Público en materia de violencia sexual y familiar sobre todo, en los casos relativos a violencia doméstica en contra de la mujer. Estas medidas tienen como objetivo sensibilizar a los funcionarios en su trato con un problema cotidiano.

Se propone un plan de Igualdad de Oportunidades para las mujeres

Se plantea la creación de juzgados especializados en materia de violencia sexual y familiar, procurando garantizar a las mujeres, niñas y niños, la privacidad, el respeto a su dignidad y se continúe la atención psicológica, para evitar nuevos episodios de abuso.

Se propone, además, que el Estado incorpore la protección y ejercicio de los Derechos Humanos y libertades fundamentales del sector en los principios rectores del programa general de desarrollo (1998-2000), y que además, se pronuncie acerca de la insistencia de prohibir, bajo pena de sanción, el despido por motivos de embarazo o licencia de maternidad.

Se debe propiciar que antes de la celebración de un matrimonio, los solicitantes deben recibir información de las obligaciones y derechos que obtienen, así como una explicación de las figuras jurídicas de sociedad conyugal, derechos reproductivos, patria potestad y custodia de los hijos, para prevenir actitudes irresponsables o violentas entre ellos o contra sus hijos.

Establecer un comité de vigilancia y seguimiento que realice evaluaciones periódicas; impulsar mecanismos para flexibilizar los horarios de capacitación y los de las instituciones que se dedican al ciudadano de hijos e hijas de las trabajadoras, promover que las mujeres que viven embarazos y se encuentran puedan ser atendidas durante el alumbramiento fuera de las instalaciones de los reclusorios o centros de readaptación, a fin e que sus hijos no sufran ningún tipo de estigmatización en el futuro.

Dar cumplimiento estricto a lo previsto en la Constitución Nacional, en lo concerniente a la igualdad jurídica entre hombres y mujeres.

4.3 RECOMENDACIONES

Penal o no-penal, este es un dilema, parece ser el monólogo triunfante de toda la reflexión criminológica crítica contemporánea, y también, de la de muchos penalistas y de iusfilósofos de Corte progresista. Pero, ni la crítica de lo penal, y ni siquiera las críticas del control en general son, críticas desmovilizadoras. Representan, más bien una instancia teórica que propicia una nueva y actualizada discusión sobre la racionalidad y la humanidad de ese control.

Por eso, la reforma científica y humanística de un Código Penal en la época que pudiéramos denominar del paradigma de los abolicionismos, es una tarea ciertamente ardua, porque los abolicionismos penal, judicial, policial, penitenciario, que representaron en su momento una posición de franca ruptura que podríamos señalar de revolucionaria, en razón de haber pretendido un cambio radical de paradigma. Hoy cargan a cuevas una serie de debates y argumentaciones cuyas conclusiones últimas no están aun suficientemente esclarecidas.

En pro o en contra, de todos modos, están sobre el tapete importantes conclusiones que podríamos llamar de “alcance medio”, por haber intentado reconstruir, a partir de la antítesis del control una síntesis que, como veremos, es a veces dialéctica. Todas estas conclusiones son tributarias de aquel impulso negador original, que removi6 los cimientos de los mitos y las ideologías establecidas en torno al sistema penal, y que no ha perdido su atractivo intelectual. Por ello tienen su impronta y por ello, nada de lo que se haga a partir de este momento, puede ignorar las tensiones e interrogantes que esa discusión suscit6.

Así, pues, aun la defensa del mantenimiento de un sistema penal está marcada para siempre con una orientación fuertemente debilitadora del mismo. A través de la historia más reciente, muchas han sido las tentativas de superar el paradigma penal.

La cuestión se había planteado desde los más diversos puntos de partida

epistemológicos, y tanto desde el Derecho Penal, como desde la criminología y la filosofía penal.

No podemos obviar, por ejemplo, las coincidencias que los criminólogos positivistas y los criminólogos críticos han tenido sobre este punto, aun cuando los fundamentos de las proposiciones de ambas tendencias hayan sido fundamentalmente diferentes. “Descriminalización”, primero, y “Abolicionismo”, después, fueron desde el interaccionismo y la fenomenología, las propuestas criminológicas progresivas del Hulsman.

La síntesis de todo esto la encontramos hoy en las propuestas de Ferraioli y de Baratta de un “Derecho Penal Mínimo”. Sin embargo, la diferencia entre ambos es significativa: Ferraioli asume su propuesta desde la defensa a ultranza de las estructuras presuntamente libertarias y garantizadoras del Derecho Penal liberal, revalorizadas a partir de la presencia creciente, en las democracias occidentales, de un autoritarismo basado en la administrativización de la justicia y de las llamadas “penas informales”. Baratta lo asume como una postura actualmente estratégica, que se moviliza hacia una transformación y abolición radicales del sistema penal en el futuro, y sobre la base del respeto de los Derechos Humanos, históricamente determinados, como necesidades reales fundamentales.

Es pues, la ansiedad garantista, producto de un análisis contemporáneo de las nuevas modalidades del ejercicio del poder, lo único que mantiene, aun en el seno de las discusiones progresistas, la defensa de lo penal.

El rango más valioso del sistema penal, para estas posiciones, en consecuencia, sería el efecto negativo, de contención del poder, que representan las limitaciones que le oponen el sistema penal; el principio de legalidad, las garantías procesales, el principio “in dubio pro reo”, el control de la ejecución de la sentencia. Los argumentos en boca de algunos parecen ser del más puro corte liberal, y enfrentarían, no sin éxito de audiencia no solo los autoritarismos contemporáneos de todo tipo, que regresan la actividad contralora a manos del Poder Ejecutivo, a través de la acción puramente policial.- sino también las alternativas positivistas de

“tratamiento” y “reeducación” que escamoteaban estas garantías, al confiar el control a las manos de expertos no jurídicos. Porque no cabe duda que los Derechos Humanos, al menos en la letra de los textos normativos, parecen estar mejor asegurados en los códigos penales clásicos que en los positivistas.

El problema de aceptar como definitiva esta postura, que está también históricamente determinada por la coyuntura política contemporánea, es que lo penal aseguraría su perennidad una vez demostrada su calidad frente a otro tipo de controles.

Ninguna investigación ha demostrado que las penas tengan la eficacia intimidatoria que les asigna una parte de las teorías sobre el supuesto “derecho a castigar”. Aunque tampoco se ha podido comprobarlo contrario. Sobre este punto se ha centrado Ferraioli para defender la vigencia del sistema penal. No habría que confundir, dice las “funciones” con los “fines”. Que las funciones no se cumplan no quiere decir que los fines no permanezcan. Una doctrina normativa, afirma él para argumentos puramente asertivos. Sin embargo, es difícil defender un sistema que nunca ha tenido condiciones históricas para realizarse.

La pena tendría más bien la función de cohesión o integración social, de supervivencia del sistema mismo, de afirmación de valores, de rectificación de que la conciencia colectiva sigue siendo común.

Abolir el sistema penal, puede significar el crecimiento de intervenciones comunitarias más insidiosas e invasoras, y tal vez nuevas modalidades de castigo. Y desde luego una extensión desmesurada del control.

Así salvar el Derecho Penal sería asegurar “menos control”. no estoy segura de la existencia del derecho penal no implique la desmesurada presencia de otros controles, formales e informales.

También se ha dicho que el argumento de que el derecho penal es un instrumento de contención del poder no es suficiente para justificar su existencia en la práctica, ha actuado mas como autorización para castigar que como limitación del ius puniendi. El punto a defender no es pues salvar el derecho penal sino salvar sus

garantías. Cualquier otra rama del sistema jurídico, debidamente equipada con estas garantías, podrá ayudar a resolver conflictos hoy solamente solucionados a través de lo penal.

Así pues, lo que sí parece cierto es que la esfera de lo penal esta hoy cargada de mitos, de inercia y de sentimiento arcaicos de venganza y castigo disfrazados de civilidad, a la vez que cumple funciones sociales y políticas que reproducen la estratificación mediante los estereotipos que conforman, y la legitimación del poder que realiza.

Frente a estas argumentaciones despenalizadoras, somos simultáneamente testigos de la aparición de nuevas fuerzas sociales tendentes a la criminalización. Ellas son producto, también y a su manera de la constatación de la selectividad del sistema penal actual. Así los movimientos ecologistas, feministas, antimilitaristas, antirracistas y las Organizaciones de vecinos, consumidores y otras comunitarias de toda índole, han reclamado igualdad, o al menos equilibrio en la punición de conductas que afectan bienes sociales actualmente no suficientemente protegidos por lo penal.

Un mini Código Penal de los Derechos Humanos debe conformarse según las directrices de cuatro tipos de criterio orientadores:

I El criterio de la reducción de lo penal: Para lo cual habría que seguir las técnicas de descriminalización propuestas por los especialistas, y continuar progresivamente descubriendo otras.

II Los Derechos Humanos como limitación de la actividad criminalizadora.

III El criterio del bien jurídico como protección de derechos humanos: Lo cual implica hacer un análisis de cuales son las necesidades reales fundamentales en el momento histórico concreto.

IV El criterio de un Código Penal como un simple indicador axiológico.

I El criterio de la reducción de lo penal.

Hulsman es, sin dudas, quien mejor ha sistematizado las técnicas de

descriminalización. En resumen, y en términos generales, estas serían algunas directrices, muchas suyas, y otras agregadas por la gran cantidad de literatura sobre el particular:

- No criminalizar cuando se trata de hacer dominante una concepción moral determinada.
- No criminalizar para hacer creer que se ha solucionado, con eso, un problema, o como forma de provocar catarsis social a una situación que conmueve profundamente al grupo. Es el caso de las llamadas legislaciones de emergencia.
- No criminalizar los comportamientos de grupos que son socialmente más débiles, o que son discriminados, o que corren el peligro de serlo.
- Priorizar los delitos que se persiguen por acción privada.
- No criminalizar los “delitos sin víctimas” ni los comportamientos donde se considere que sólo hay una lesión al concepto abstracto de los intereses de la comunidad.
- No criminalizar los comportamientos demasiados frecuentes (adulterio y aborto por ejemplo), ni aquellos que son propios de grupos subculturales.
- No criminalizar los comportamientos que se realizan solo en caso de desajustes social o psíquico. Ni los comportamientos cuando son atinentes solo a la esfera privada de la persona, como el incesto.
- No sólo criminalizar los comportamientos cuando no haya ningún otro medio para controlarlos, tratando más bien de procurar indemnizar, o de satisfacer a la víctima a través de otras ramas del sistema jurídico, el cual debe ser siempre considerado en su totalidad. La restitución es un medio más satisfactorio que la sanción penal.
- Analizar primero si, por la vía penal, se evita la venganza privada, se da satisfacción psicológica a la víctima o se refuerza su sentimiento de seguridad.
- Pesar previamente el daño que, al pasar un comportamiento a la esfera penal, puede causar, tanto a la víctima como el autor, por estigmatización y otras de sus consecuencias comprobadas.

II Los derechos humanos como limitación de la actividad criminalizadora.

El llamado proyecto Zaffaroni sobre Derechos Humanos y Sistemas Penales Latinoamericanos, ofrece una amplia descripción de técnicas legislativas y de principios que deben respetarse en una concepción humanística de lo penal. En resumen de las más importantes recomendaciones, diferentes a las anteriores, que pudieran orientar una reforma de la parte especial de un Código Penal, podría ser el siguiente:

- Cuidar la redacción de leyes penales en blanco que puedan remitir la tipificación sustancial a decisiones administrativas o a actividades informales.
- Seleccionar un vocabulario explícito y definido para la redacción de los tipos con especial atención del verbo típico, evitando las ambigüedades, los elementos subjetivos, éticos o jurídicos, no bien definidos, las tipificaciones enunciativas y las abiertas.
- Reducir los tipos omisivos no escritos al mínimo, interpretándose restrictivamente las fuentes de la posición de garante.
- Afirmar el principio “nullum crimen sine conducta”.
- Eliminar los delitos que no afectas bienes jurídicos o en los que éstos se presuman, o que constituyan en bien jurídicos la sola autoridad del estado.
- Reducir los de peligro en abstracto.
- El respeto a la libertad de creación artística y a los avances de la dinámica, en los llamados delitos de ultraje al pudor público.
- Limitar los delitos contra la libertad sexual en lo que se presume la ausencia de esta libertad en caso en lo que ésa libertad pudiera estar presente, como en algunos de los considerados mentales incapaces.
- Que la legítima defensa de prioridad al valor de la vida humana sobre otros bienes jurídicos.
- El respeto a las pautas culturales o religiosas minoritarias que no atenten directamente contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas.

III- El criterio del bien jurídico como protección de derechos humanos.

IV- El Código Penal como un simple indicador axiológico. La

criminalización, políticamente hablando una afirmación de valores. Los valores están definidos por los objetivos de cada sistema socioeconómico y político. Pero un Código Penal no es una Biblia ni un elenco de principios políticos, religiosos o morales. Por lo tanto, no deben estar todos ellos protegidos necesariamente por la vía penal. Tampoco hay que temer a que la desaparición de tipos actualmente existente, pueda tener un efecto pedagógico negativo sobre la colectividad. Esto se ha convertido a menudo en una coartada para sobrecriminalizar, es decir, para que cada vez que se reforme un Código, se agreguen delitos, pero no se eliminen tipos penales existentes.

En todo caso, los valores siguen siendo solo una guía para ciertas decisiones legislativas. Para la deficiente protección que se ha hecho de estos bienes, tal vez uno de los valores a seguir es el que, acatando siempre las reglas de reducción de lo penal, deberían afirmarse básicamente los delitos que afecten intereses difusos o generalizables.

Los valores están también representados por las cuantías de las penas.

La cuantía de la pena no debería depender de un presunto manipulado o arcaico “clamor popular”, ni de situaciones políticas emergentes, o de necesidades coyunturales de legitimación. Esta es tal vez, la mayor tentación que debe exorcizar.

Se dice que la gravedad de las penas debe también tener límites en su eficacia, su proporcionalidad y su oportunidad.

Ni la eficacia ni la oportunidad han podido ser evaluadas a través de la historia.

La proporcionalidad, por su parte es la más irreal de las proposiciones. Imposible saber objetivamente saber cual es la proporción. Tal vez porque la pena privativa de libertad, en si misma, no tiene mas sentido que el proclamado por Pavarini, de poner precio al valor de la libertad, en un sistema de mercado. Este expreso es absolutamente imponderable.

Por otra parte, investigaciones proporcionadas por la criminología demuestran

que los efectos de la prisión eliminan los hipotéticos efectos de una pena de larga duración. Y que las llamadas técnicas de neutralización definidas por Matza y Sykes, reafirman, más bien, para sus actores, en valor de la conducta realizada. Con lo cual la pena tampoco serviría para nada. Así que la cuantía de la pena, lo único que representa el teórico, es una aproximación, absolutamente fantasiosa, al valor que se le asigna a los bienes jurídicos. Pero ellas nunca deberían superar el tiempo de privación de libertad que marca los límites entre en mero castigo y la tortura, tal como resulta de las penas de larga duración, en la que el deterioro físico y mental del encierro prolongado se agrega a los efectos primeros de esa privación de libertad.

Los valores también están representados por la ordenación que se hace de los tipos en el texto normativo. Una reforma no tendría tampoco que temer el hacer un reordenamiento diferente que privilegie los Derechos Humanos y no el sistema, como sistema en sí.

Una rápida mirada al Código Penal Vigente, nos animaría a sugerir un examen de las posibilidades de aplicar algunas técnicas de descriminalización a algunos títulos. Todo ello, por supuesto, no como un signo aprobatorio de esa conducta, sino porque haría medios más eficaces o, al menos, menos dañinos, para controlarla.

BIBLIOGRAFÍA

- BALANDIER, George (1988) **El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales.** España.
- BARATTA, Alessandro (1997) **Criminología crítica y crítica del Derecho Penal,** Madrid, España.
- BENTHAM, Jeremy (1948) **An Introduction to the Principles of Moral and Legislation.** New York.
- BURTON, John (1990) **Conflict: Resolution and Provention,** The Macmillan Press Lid., Londres.
- FIALLO, Delia (1992), **La Telenovela, el Viejo melodrama.** Conferencia para la Universidad de Salamanca. Revista Todos. Publicación Restringida del Grupo

JBC. Caracas.

FERRAJOLI, Luigi (1961) **Derecho y razón.** Teoría del garantismo penal. Oxford University Press.

MARTt, H.L.A., **Introducción a los principios de la pena en Derecho y moral,** Barcelona, España.

MARTt. H.L.A. Law, **Liberty, and Morality,** Londres Oxford.

KERCHOVE, Michel van de (1984) **Reflexions analytiques sur les concepts de depenalisation et de decriminilisation.** Universidad de Saint-Louis, Brucellas.

MAC CORMICK, Neil (1990) **Derecho legal y social democracia.** Ensayos sobre filosofía jurídica y política, Madrid, España.

MALEM, Jorge (1996) **Estudios de ética jurídica.** México

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés (1991) **Presente y futuro de la legislación penal, Una visión de conjunto** Hacia el derecho penal del nuevo milenio. México.

PEREZ CARRILLO, Agustín y otro (1982) **Modelo de política legislativa, Aplicación al caso de aborto.** México.

URIBE, Nora. (1991) **La Telenovela: ¿amiga o enemiga?** Conferencia al V Encuentro de Investigadores de la Comunicación.

CÓDIGOS, LEYES Y CONVENIOS INTERNACIONALES

Código Civil Venezolano, Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982

Código Penal Venezolano, Gaceta Oficial N° 5.494 Extraordinario de fecha 20 de octubre de 2000.

Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, Ley Aprobatoria de la presente Convención fue publicada en La Gaceta Oficial N° 3.074 Extraordinario de fecha 16 de diciembre de 1982.

Convención Universal Sobre Derechos Humanos, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada

Interamericana sobre Derechos Humanos

Ley de Igualdad de oportunidades para la mujer, Gaceta Oficial N° 5.398 Extraordinario de fecha 26 de octubre de 1999

Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia, Gaceta Oficial N° 36.531 de fecha 3 de septiembre de 1998.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 , Fecha de recepción del instrumento de ratificación en Venezuela : 10 de mayo de 1978. Fecha de entrada en vigor para Venezuela: 10 de agosto de 1978.