



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: El Adulterio: debe seguir siendo un delito penal?

Autor: Gabriel Mazzinghi

Hace algunas semanas fui invitado a un programa televisivo (¹), en el que se discutió el tema de la eventual desincriminación del delito de adulterio.-

Las razones vertidas por los participantes, y en particular por el diputado Argüello, autor de un proyecto de ley que pretende tal desincriminación, me han llevado a profundizar algo más en el tema y a escribir esta colaboración.-

La cuestión, a primera vista no parece demasiado interesante, ya que, en concreto, son prácticamente inexistentes las sentencias de jueces que, aplicando la figura del art. 118 del Código Penal, condenan a alguien por el delito de adulterio.-

Podríamos decir que la figura penal ha caído en desuso. Por más que el adulterio es una conducta que se verifica en medida cada vez mayor, nadie es condenado penalmente por ello.-

Pero el interés en el análisis de una realidad jurídica, no está dado exclusivamente por su mayor o menor grado de vigencia. En el plano científico o, mas propiamente en el plano ius-filosófico, la cuestión puede abordarse -a nuestro criterio- con verdadero interés.-

Porque invariablemente, detrás de las figuras penales, y detrás de los proyectos tendientes a derogar o modificar tales figuras, hay todo un mundo de valores en juego, sobre los que conviene reflexionar.-

Por lo demás, también resulta interesante a propósito del tema que nos ocupa, detenernos a considerar cual es el papel que la ley está llamada a cumplir en la sociedad. Sobre ello volveremos más adelante.-

¹. Se trató de un programa dirigido por los periodistas Raúl Urtizberea y Horacio de Dios.-

I

EL DELITO DE ADULTERIO Y SU REGULACION DISCRIMINATORIA

El art. 118 del Código Penal establece que "serán reprimidos con prisión de un mes a un año: 1º La mujer que cometiere adulterio. 2º El codelincuente de la mujer. 3º el marido cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal. 4º La manceba del marido".-

Tal redacción proviene del Código sancionado en el año 1922.-

Como se advierte a simple vista, la ley trata de manera claramente diferente al hombre y a la mujer adúlteros. Para que se configure el delito, basta con que la mujer mantenga una relación sexual con otro hombre distinto de su marido; mientras que el marido, en cambio, deberá tener "manceba", lo que supone una relación que requiere permanencia de trato con una misma mujer, dentro o fuera del hogar.-

Así, el marido podría mantener relaciones sexuales periódicas con distintas y variadas mujeres, sin cometer el delito de adulterio, mientras que una sola relación de la mujer casada, la haría incurrir en tal figura.-

La discriminación efectuada por la ley no nos parece aceptable y ha generado más de una crítica ⁽²⁾.-

Si bien es cierto que la inconducta de la mujer podría generar dudas acerca de la paternidad de los hijos, no lo es menos que la sexualidad ejercida por el marido fuera del matrimonio, también podría dar lugar al nacimiento de hijos que muy probablemente vendrán a turbar la paz familiar.-

La razón apuntada no nos parece suficiente para dar un tratamiento tan desigual al marido y la mujer adúlteros.-

Creemos que la discriminación legal que señalamos se corresponde con la vigencia de una "doble moral", distinta para el hombre que para la mujer.- ⁽³⁾

². GOMEZ, Eusebio "Tratado de Derecho Penal" Tº III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1940, pág. 39, no está de acuerdo con esta discriminación. "La violación de la fe impuesta, sea por parte de la mujer, sea por parte del marido importa lesión del mismo bien jurídico y la sanción debiera ser la misma".-

³. Esta "doble moral" tiene raíces muy antiguas en la historia. Sugerimos al respecto la lectura de un interesante artículo de Roberto A. M. Terán Lamas, publicado en L.L. Tº 35, pág. 1146, titulado "El adulterio entre los antiguos hebreos".-

La misma conducta que era severamente condenada en una mujer, era a la vez vista con comprensión, o directamente tolerada en el hombre, lo que nos resulta inaceptable.-

Nos alzamos pues contra esta distinta valoración de un mismo hecho, y propugnamos -como se verá- una igualdad en el tratamiento legal del adulterio cometido por cualquiera de los esposos.-

Pero, a la vez, no coincidimos con la corriente doctrinaria que, de manera tajante, propugna la abolición del delito de adulterio, y la desincriminación de toda conducta adúltera.- ⁽⁴⁾

II

RAZONES PARA MANTENER LA FIGURA DEL ADULTERIO COMO DELITO

Hecha la aclaración acerca de la irritante desigualdad establecida por nuestra ley penal, -que habría que modificar- nos resulta perfectamente coherente el mantenimiento del adulterio como conducta incriminada.- ⁽⁵⁾

El bien jurídico que protege la legislación al considerar al adulterio como delito, es múltiple: a) Por un lado, la ley protege la fidelidad matrimonial, entendida como la recíproca obligación de los esposos de guardarse sexualmente el uno para el otro. b) En un segundo plano, el bien jurídico protegido consiste también en la familia, sustentada, justamente, en la fidelidad matrimonial. Se ha dicho con razón -y la experiencia se encarga de confirmarlo a diario- que quien viola la fidelidad conyugal, atenta no sólo contra su cónyuge, sino también contra su familia, de modo especial contra sus hijos. c) Finalmente, la incriminación del

⁴. Se han alzado a favor de la desincriminación, Beccaría, Garófalo, Ferri, Gimenez de Asúa y Fontán Balestra. También José Peco, quien sostiene que "el derecho penal tutela bienes jurídicos susceptibles de ampararse por la coacción. El derecho penal no puede amparar la fidelidad por cuanto ningún individuo puede exigir coercitivamente el amor. Honor y amor no se salvaguardan con la sanción". (Peco, José. Proyecto de Código Penal, Exposición de Motivos, La Plata 1942, pags. 22/23).-

⁵. Alfredo J. Molinario se ha opuesto a la desincriminación del adulterio, por considerar que este, desde el punto de vista objetivo, "reúne elementos suficientes para ser incriminado, tanto por el valor de los bienes jurídicos que afecta, como por los resultados funestos que produce su comisión". (Molinario, Alberto J. "La desincriminación del adulterio en el Proyecto del Código Penal Argentino", Tº V de "Anales de la Sociedad Argentina de Criminología", pág. 17).- Chaveau y Hélie, en el mismo sentido, dicen: "Si la gravedad de una infracción, se mide únicamente por la gravedad de los resultados, el adulterio ocuparía lugar entre los delitos más funestos: no solamente atenta contra la santidad del matrimonio, y socava esta base de la sociedad; sino también destruye los afectos de la familia, la familia misma, deprava y corrompe las costumbres, enciende los odios, provoca las venganzas..." (Chaveau, Adolphe et Hélie, Faustin, "Théorie du Code Pénal", 6ta. edición, París, Tº IV, nº 1606, pág. 345).-



adulterio protege también a la sociedad entera, cuya salud depende, en gran medida, de la salud de las familias que constituyen, como suele decirse, su "célula básica".-

Existe, pues, una dimensión de bien común en el castigo a la infidelidad.-

El Código penal sanciona con prisión de seis meses a ocho años (art. 172) al que defraudare a otro valiéndose de los distintos modos que la norma establece.-

Y los artículos siguientes, mencionan otras variadas formas de defraudación (con penas de hasta ocho años de prisión) hasta casi agotar las posibilidades de defraudar a otro, abusar de su confianza o engañarlo de cualquier manera.-

Si cualquier defraudación tomada del rico muestrario que el Código ofrece, por pequeño que sea su monto o entidad, configura un delito penal, y da lugar a severas penas, ¿cómo no habría de merecer una sanción la "defraudación", el fraude, la mentira o el engaño que supone el adulterio?.-

Si un comerciante cuya balanza pesa un 10% más de lo correcto (art. 174 inc. b) Código Penal), un vendedor de autos que oculta el real kilometraje de un automóvil (art. 173 inc. 1º), o un cadete que se queda con un vuelto, cometen delitos penales porque defraudan la confianza del cliente, del comprador del auto o del jefe, ¿cómo no habría de cometer delito quien engaña a la persona que ha elegido por esposo o esposa?.-

El delito aquí aparece con mayor claridad e intensidad, dada la relación que vincula a quien lo comete con la víctima (o con las víctimas, si pensamos en la familia).-

Vista la cuestión desde el lado del daño causado, llegamos a la misma solución tendiente a mantener la figura penal.-

Al cabo de una considerable cantidad de años vinculados a temas de familia, no dudamos en afirmar que la quiebra de la fe conyugal, el adulterio, o la infidelidad matrimonial, generan un daño enorme.

Importantísimo.-

El adulterio origina de ordinario, en el engañado, un dolor y una frustración difíciles de traducir en palabras. Cuando uno ha "apostado" su vida entera al amor de un

hombre o de una mujer, dándole lo mejor de sí -los mejores esfuerzos, los mejores años, volcados en la atención del otro y con frecuencia de los hijos-, y descubre que es objeto del engaño del otro, siente que algo muy importante se derrumba, que todo lo vivido pierde sentido, y que el horizonte de la vida se ensombrece.-

No resultaría coherente -insistimos- que el Código Penal no considerara delictuosa a la conducta generadora de tanto daño.-⁽⁶⁾

Jerarquizando los valores que deben ser protegidos por nuestras leyes, pensamos decididamente que la fe conyugal debe ser uno de ellos.-

La ley penal que se encarga de sancionar con penas de hasta un año de prisión, a quien hiciera sufrir a un animal⁽⁷⁾, no podría -con un mínimo de sensatez- dejar de sancionar a aquel que atenta de manera tan clara e intensa contra el bien de una persona.-

Propiciamos pues el mantenimiento de la figura penal del adulterio como delito, aunque su regulación concreta debería ser objeto de ciertas modificaciones.-

El adulterio constituye un fraude, una estafa de características tan o más graves que el fraude o la estafa de contenido económico, y su desaparición de nuestra legislación penal, importaría una toma de partido de nuestros legisladores por una concepción economicista de la vida, que dejaría de lado la protección de valores morales entre los cuales se inscribe el de la fidelidad matrimonial.-

III

⁶. Se ha dicho al respecto que el adulterio "...representa indudablemente la máxima injuria y ofensa que un cónyuge pueda dirigir a otro..." (C.N.CIVIL, SALA A, sept. 13-1979, L.L. 1979-D-505), y que constituye "...el más directo y grosero ataque contra el instituto matrimonial..." (Rep. L.L. XLII, A-I, 943, sumario 3).-

⁷. El art. 1º de la ley 14346 sobre "malos tratos y actos de crueldad a los animales" establece que "Será reprimido con prisión de quince días a un año el que infligiere malos tratos o hiciera víctima de actor de crueldad a los animales".- Y el art. 2 de la misma ley dice que "Serán considerados actos de maltrato: 1º No alimentar en cantidad y calidad suficiente a los animales domésticos o cautivos; 2º Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provoquen innecesarios castigos o sensaciones dolorosas; 3º Hacerlos trabajar en jornadas excesivas sin proporcionarles descanso adecuado, según las estaciones climatéricas; 4º Emplearlos en el trabajo cuando no se hallen en estado físico adecuado; 5º Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos; 6º Emplear animales en el turo de vehículos que excedan notoriamente sus fuerzas..." (Cod. Penal, Ed. Abeledo perrot, capítulo sobre "Leyes penales especiales...", pág. 139).-

No nos parece criticable la protección legal de los animales, pero entendemos que en una razonable jerarquización de los valores, debe ser protegido con mayor énfasis todo aquello que hace a la integridad moral de las personas.-

RAZONES PARA UNA CURIOSA CONTRADICCION

Como se advierte con sólo mirar a nuestro alrededor, cada vez con mayor frecuencia se viola la fidelidad conyugal.-

A caballo de una crisis moral muy profunda, que abarca al hombre en su totalidad, vemos resquebrajarse los valores que han sostenido durante siglos, lo que ha dado en llamarse la civilización occidental y cristiana.-

La familia ha constituido, y debe naturalmente constituir uno de los pilares de nuestra organización social.-

No por casualidad, es frecuentemente atacada, tanto desde el lado de la concepción atea-marxista del hombre, cuanto desde el lado de su concepción economicista -hedonista.-

Es un hecho, pues, que la fidelidad matrimonial constituye un valor "en baja" desde el punto de vista de su consideración social, y que las conductas adúlteras se multiplican por doquier.-

A la par, constatamos que son excepcionalísimos los casos en que se aplica la figura penal del adulterio.-⁽⁸⁾

¿Cómo se explica, pues, la contradicción entre el incremento del número de los adulterios, y el bajísimo nivel de casos en los que el delito de adulterio es denunciado?.-

Entendemos que las causas que explican esta contradicción, son varias:

- a) En primer lugar, existe en la población un gran des-creimiento respecto de la administración de justicia. La complejidad y lentitud de los trámites judiciales desalienta a la gente, en general, en el ejercicio de sus derechos.-
- b) En segundo lugar, la forma de estar legislada la acción por el delito de adulterio, aleja la posibilidad de su planteamiento. En efecto, el art. 74 del Código Penal, establece que la acción penal no se podrá intentar mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio.

⁸. La Corte Suprema de Tucumán, recientemente resolvió un caso relativo al delito de adulterio, declarando como doctrina legal, la siguiente: "La ausencia de condiciones subjetivas para que pueda tenerse al cónyuge querellante, como ofendido, demostradas por su conducta violatoria del deber de fidelidad subsistente, o la inexistencia de supuestos fácticos objetivos del tipo penal trazados por el art. 118 del Código Penal, obsta a la punición prevista por dicha norma". (C.S.TUCUMAN, julio 8-1992, A, C.R., fallo 7109 publicado en "Doctrina Judicial", diario del 17.2.1993, año IX, n° 7, pág. 236 y sgtes.)-.



Vale decir que posterga la posibilidad de la acción penal, a la finalización del juicio civil de divorcio -o separación legal- lo que hace más intenso el desaliento y el cansancio de la gente a que nos referíamos en el punto a).-

c) La utilización de la vía del divorcio por presentación conjunta (también llamada por "mutuo acuerdo"), a la que se recurre en la inmensa mayoría de los casos, determina la imposibilidad posterior de invocar el adulterio, ya que el divorcio o la separación legal se terminan decretando por causas que no se expresan en la sentencia.-

d) La levedad de las penas, y su carácter de excarcelables, también contribuyen a explicar la casi nula vigencia del delito en análisis.-

e) Finalmente está el tema de la prescripción del delito, que determina que con frecuencia, antes de plantearse o sentenciarse la cuestión, esta haya prescripto.-

Estas razones ¿justifican la derogación lisa y llana del delito de adulterio?.-

Entendemos que no.-

Mas allá de las razones antedichas, seguimos pensando que la ley tiene un sentido docente, orientador -de cara a la sociedad- y este sentido se cumple cuando la ley incrimina una conducta grave, que causa un daño importante en los sentimientos del cónyuge, y daña a la familia y a todo el cuerpo social.-

Nos parece básicamente sano que la ley sancione e incrimine el adulterio. (9)

Por lo demás, creemos en la posibilidad de que ciertos cónyuges, heridos en sus sentimientos, defraudados en sus legítimas aspiraciones, traicionados por sus respectivos consortes, quieran poner en funcionamiento la justicia penal, para obtener una sentencia condenatoria de la conducta del adúltero.-

Ello, obviamente, con independencia de la configuración de la causal de adulterio

⁹. El adulterio ha sido considerado siempre una conducta ilícita, desleal. Pero tal calificación incluso, de algún modo se ha visto agravada por la introducción en nuestra legislación, del divorcio vincular.

Con la vieja ley 2393, quien fracasaba en su matrimonio, podía "divorciarse" de manera no-vincular, y debía observar el deber de fidelidad mientras subsistiera el vínculo matrimonial. Era una consecuencia de la indisolubilidad, que para muchos (que no creen en la indisolubilidad) podía resultar excesivamente dura o rigurosa.

Incluso después de decretado el divorcio, podía reabrirse el juicio para establecer la culpabilidad de un cónyuge inicialmente inocente. (art. 71 de la ley 2393).-

Pero ello ya no ocurre con la ley actual, lo que torna menos comprensible, y jurídicamente más reprochable, al adulterio.-



prevista por el Código Civil, y del daño moral cuya indemnización, cada vez con mayor amplitud, puede establecerse en sede civil.-⁽¹⁰⁾

IV

PAUTAS PARA UNA EVENTUAL REFORMA

Para finalizar nos atrevemos a formular algunas consideraciones que apuntan a una eventual -y necesaria- reforma legislativa.-

Ya se ha dicho que propiciamos un tratamiento igualitario del adulterio del esposo o de la esposa, que ponga fin al actual régimen, que es discriminatorio.-

Propiciamos también una modificación de las penas previstas en la ley, manteniendo el mínimo, y extendiendo el máximo, ya que la variedad de la conducta adulterina, es enorme, y puede dar lugar a sanciones muy diversas. No es igualmente condenable la conducta de un marido que, ya separado de hecho de su mujer, mantiene una relación extramatrimonial, que la conducta de otro que durante cuatro años, y conviviendo con su esposa y sus hijos, lleva adelante una vida paralela con su secretaria.-

La entidad del engaño, de las circunstancias, y del dolor moral causados por una y otra conducta, justifica una escala legal sumamente amplia.-

Consideramos acertado mantener al delito de adulterio como un típico delito de acción privada, en cabeza del cónyuge ofendido, de acuerdo a lo establecido por los arts. 73

¹⁰. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado la reparación del daño moral causado al cónyuge que resulta inocente en el juicio de divorcio.-

Entre los autores, lo admiten Acuña Anzorena, "Responsabilidad Civil del Cónyuge adúltero..." (L.L. 27-212); Barbero, Omar. "Daños y Perjuicios derivados del divorcio", Bs. As. 1977; Belluscio, Augusto "Derecho de Familia" Tº III, nº 886; Colombo, Leonardo, "Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa" (L.L. 89-708); D'Antonio, Daniel "Acción de daños y perjuicios contra el cónyuge culpable del divorcio", Zeus 10.3.1977; Zannoni, Eduardo A. "Derecho de Familia", Tº II, nº 745 y sgtes.- En forma restringida, también lo admite Cifuentes ("El divorcio y la responsabilidad por daño moral", L.L. año LIV, nº 49).-

La jurisprudencia también se ha orientado a acoger la reparación del daño moral. Entre otros antecedentes, citamos los fallos de la Cámara Civil de La Plata, Sala III, sentencia del 14.VII.1983, y Sala II, sentencia del 7.IV.1983, publicado en E.D. 105-213.

La Sala C de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones, con fecha 17.5.1983 hizo lugar a la reparación del daño moral (E.D. 130-290), y la Sala B de la misma Cámara, lo admitió también con fecha 15.12.1986 (E.D. 122-607). Finalmente, esta misma Sala, en autos "Bavio, Mabel A. c/ Belluscio, Augusto C. s/ Separación personal" admitió la indemnización del daño moral causado por el divorcio, que estableció en la suma de \$ 30.000.-

Aunque estamos de acuerdo con la indemnización civil del daño moral causado por el adulterio (u otra causal), ello no obsta el mantenimiento del delito penal.-

y 74 del Código Penal.

Pero no nos parece razonable mantener el condicionamiento del inicio de la acción penal, al previo pronunciamiento civil. Ni nos resulta lógico el principio del art. 74 primer párrafo "in fine" del Código Penal, conforme al cual "la sentencia del juicio de divorcio no producirá efecto alguno en el juicio criminal".-

Es contradictorio con lo anterior, ya que carece de sentido esperar, por un lado, la sentencia civil, si esta no habrá de producir efecto alguno en sede penal.-

Si se resolviera que la acción penal debe quedar supeditada a la declaración del adulterio en sede civil, sería coherente admitir los efectos de esta última en el juicio criminal, dejándose establecido que no podrá volver a juzgarse acerca de la comisión del hecho como tal. Vale decir que el juez penal deberá partir del hecho de que el adulterio ha sido cometido, para analizar luego si concurren circunstancias eximentes o atenuantes o agravantes del hecho, y establecer -en su caso- la pena.-

Asimismo, debería dejarse expresamente establecido que la prescripción del delito sólo comenzará a computarse a partir de que se encuentre firme la sentencia civil que admite el adulterio como causal de divorcio, de conformidad con lo establecido por el art. 67 del Código Penal (texto conforme a las leyes 13569 y 21338).-

V

CONCLUSION

Al ocuparnos de esta cuestión, hemos querido llamar la atención de juristas y legisladores sobre un tema que se encuentra -en esto hay coincidencia general- mal legislado.-

Atendiendo a los valores que están en juego detrás de las normas jurídicas, no compartimos ciertas propuestas de derogar lisa y llanamente el delito de adulterio.-

Pensamos que este debe y puede legislarse de modo más justo, de manera tal que la ley siga señalando -al incriminar la conducta contraria- el camino de la fidelidad matrimonial, sin la cual no puede concebirse la construcción de una familia sana.-



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Aún reconociendo que las leyes, por sí solas, no bastan para "defender" los valores de la familia, seguimos pensando que es fundamental que ellas indiquen en todos los órdenes, el buen camino a seguir.-