



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

PONENCIA CONJUNTA

El 15 de marzo de 2023, las abogadas ODILIA GÓMEZ FREITES, LUCELIA CASTELLANOS PÉREZ, ROSA MERCEDES SÁNCHEZ GARCÍA y LUZ PAULA GONZÁLEZ, inscritas por ante el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 63.852, 145.484, 95.923 y 278.530, respectivamente, la primera, en su condición de Directora General de Servicios Jurídicos de la Defensoría del Pueblo, como se evidencia de Resolución N° DdP-2017-013 del 17 de agosto de 2017, publicada en Gaceta Oficial N° 41.218 de fecha 21 de agosto de 2017; la segunda, Directora de Recursos Judiciales, según consta de la Resolución N° DdP-2016-077, publicada en Gaceta Oficial N° 41.005 de fecha 07 de octubre de 2016; la tercera, en su condición de Directora de Orientación y Seguimientos Judiciales, de acuerdo a la Resolución N° DdP 2022-004 de fecha 18 de enero de 2022, publicada en Gaceta Oficial N° 42.305 de fecha 26 de enero de 2022, y, la cuarta, en calidad de Defensora II, facultadas para actuar en este acto de conformidad con Resolución N° DdP-2017-037, de fecha 5 de octubre de 2017, publicada en Gaceta Oficial N° 41.251 de la misma fecha, actuando en representación del ciudadano **ALFREDO RUIZ ANGULO**, en su carácter de **DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA**, en ejercicio del cargo, según consta en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.529 de fecha 21 de noviembre de 2018, conforme a las atribuciones conferidas en los numerales 1 y 3 del artículo 281 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2, 4 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, interpusieron *“ESCRITO DE RECURSO DE NULIDAD POR RAZONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, (...) del aparte in fine del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, por considerar que colide con los principios fundamentales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo es la progresividad y preeminencia de los Derechos Humanos”*.

En esta misma fecha se dio cuenta en Sala del expediente y se designó Ponencia Conjunta.

Efectuado el estudio de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala pasa a decidir la demanda de nulidad interpuesta, previas las consideraciones siguientes:

I FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

Luego de señalar el sustento de la legitimación de la Defensoría del Pueblo, para presentar el referido escrito contentivo de la acción popular de nulidad de la norma legal nacional, expresaron lo siguiente:

“...-III- DE LA NORMA IMPUGNADA OBJETO DE LA PRESENTE ACCIÓN

En diciembre del año 2022, la Defensoría del Pueblo en estudio de la posible reforma del Código Orgánico de Justicia Militar que data del año 1933 denominado Código de Justicia Militar y Naval, ha constatado que este Código ha sufrido reformas parciales como la del año 1998, y recientemente en el año 2021.

En este sentido, considera esta Institución Nacional, que si bien existe la intención y la necesidad de hacer una reforma integral de este instrumento jurídico lo cual ha sido anunciado en varias ocasiones por diversos voceros y voceras de la Asamblea Nacional y del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, en la actualidad no existe un proyecto formal de reforma que se esté discutiendo actualmente, sólo existen diversos papeles de trabajo, razón por la cual, esta Defensoría del Pueblo en aras de proteger a la población y evitar posibles vulneraciones a los derechos humanos debido a la errónea aplicación del aparte in fine del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.263 Extraordinario de fecha 17 de septiembre de 1998 y reformado parcialmente en Gaceta Oficial N° 6.646 Extraordinario del 17 de septiembre de 2021, realiza una indagación sobre la aplicación de este artículo el cual refiere los delitos en contra del decoro militar y en ese sentido, se propone la nulidad de la parte in fine del mencionado artículo por motivos de inconstitucionalidad y desuso.

‘Artículo 565. El oficial que cometa actos que lo afrenten o rebajen su dignidad o que permita tales actos, sin tratar de impedirlo por los medios autorizados por la ley, será penado con prisión de uno a tres años y separación de las Fuerzas Armadas.

La misma pena se aplicará a todo militar que cometa actos sexuales contra natura’. (Subrayado y Resaltado de la Defensoría del Pueblo).

La utilización de términos pocos definidos para señalar delitos como el que está establecido en el aparte in fine del artículo antes citado, denominado en general como delitos o actos sexuales ‘contra natura’, genera una gran incertidumbre y ambigüedad en su aplicación y va en contra de su propia eficacia, en razón que en general prácticamente cualquier acto sexual que no tenga como fin exclusivo la reproducción humana (un beso, una caricia) podría considerarse un delito como el contemplado en la norma.

Bajo este contexto, y de acuerdo a la información recabada por la Defensoría del Pueblo, se pudo conocer que existen varias propuestas de reforma del Código Orgánico de Justicia Militar vigente y en ninguna de ellas se contempla una norma semejante, pero no existiendo una fecha cierta de cuándo se concretará la mencionada reforma legal por parte de la Asamblea Nacional, es por lo que esta Defensoría del

Pueblo, en razón de que pudieran verse vulnerados los derechos de ciudadanos o ciudadanas a quienes se les aplique el supuesto contemplado en la norma y a fin de garantizar sus derechos considera necesario presentar el presente recurso de nulidad.

Así las cosas, esta Institución Nacional de Derechos Humanos, indagó igualmente a fin de tener la certeza de la no aplicación del aparte in fine del mencionado artículo 565 y de esta manera conocer si éste ha sido aplicado o usado recientemente, y de acuerdo a la información de los tribunales militares se pudo conocer que en la práctica no se considera el supuesto contemplado en la norma un delito de naturaleza militar.

De allí que, en comunicación recibida en diciembre de 2022, por parte del Presidente del Circuito Judicial Penal Militar, este informó que desde el año 2000 y en toda la historia del circuito judicial, no existen casos de aplicación de este artículo; el mencionado circuito fue creado en el año 2004, es decir, que desde el año 2000 hasta enero de 2023, no consta en las estadísticas de casos, ni en los registros de los diferentes Tribunales Militares a nivel nacional, ninguna causa en la cual se haya aplicado este tipo penal en concreto, ni se ha evidenciado en los últimos 23 años, decisiones absolutorias, condenatorias o sobreseimientos relacionados con el mencionado tipo penal establecido en el aparte in fine del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar vigente.

Por otra parte, en dicha comunicación se señaló también, que en los papeles de trabajo y los proyectos de reforma del instrumento legal que adelanta el Circuito Judicial Penal Militar se tiene contemplado la supresión del mencionado aparte, entre otros fines, para ajustar la norma legal a la realidad histórica, política, social, cultural y militar de la sociedad venezolana y por ende de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

Sobre este enfoque, la Defensoría del Pueblo considera que mientras se lleva a cabo la reforma del Código Orgánico de Justicia Militar vigente, debe anularse la parte in fine del artículo 565, no solo por desuso sino por el peligro que podría representar para los derechos humanos una equivocada interpretación de la norma tantas veces mencionada y que contempla lo siguiente:

‘...La misma pena se aplicará a todo militar que cometa actos sexuales contra natura’.

Bajo este orden de ideas, debemos igualmente señalar que la norma analizada es preconstitucional, pues inicialmente se dictó en el año 1933 en el denominado Código de Justicia Militar y Naval, posteriormente, fue reformado éste en 1998, lo que conlleva a que no se encuentre ajustado a los principios y valores de nuestro Texto Constitucional de 1999, cuyo contenido es pionero del reconocimiento de los derechos de todas las personas, con preeminencia de los derechos humanos.

Ahora bien, en Venezuela la Constitución de 1999, en su artículo 2 define al Estado como Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que adoptó como valores superiores la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, y en definitiva la preeminencia de los derechos humanos, cuyos fines están delimitados en el Preámbulo del mismo texto y en el artículo 3 que establecen:

PREÁMBULO

‘El pueblo de Venezuela en ejercicio de sus poderes (...) con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad (...) que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna (...) la garantía universal e indivisible de los derechos humanos,...

‘Artículo 3: el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad...

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 656, de fecha 30 de junio de 2000, caso Defensoría del Pueblo vs. Consejo Nacional Electoral señaló:

‘El artículo 2 de la Constitución expresa que Venezuela es un Estado Social de Derecho y de Justicia. Esto significa, que dentro del derecho positivo actual y en el derecho que se proyecte hacia el futuro, la ley debe adaptarse a la situación que el desarrollo de la sociedad vaya creando, como resultado de las influencias provenientes del Estado o externas a él (...) a fin de garantizar a los ciudadanos una calidad integral de vida, signada por el valor de la dignidad del ser humano. El Estado constituido hacia ese fin, es un Estado Social de Derecho y de Justicia, cuya meta no es primordialmente el engrandecimiento del Estado, sino el de la sociedad que lo conforma, con quien interactúa en la búsqueda de tal fin.

Un Estado de esa naturaleza, persigue un equilibrio social que permita el desenvolvimiento de una buena calidad de vida y para lograr su objeto, las leyes deben interpretarse en contra de todo lo que perturbe esa meta’.

De igual forma, la Defensoría del Pueblo institución surgida a partir de la Constitución de 1999, iniciando su labor de promoción, defensa y vigilancia de los derechos humanos, dentro de las denuncias y quejas registradas e informaciones que maneja, no tiene conocimiento que la Fuerza Armada Nacional Bolivariana haya puesto en práctica los postulados señalados en la parte in fine del artículo objeto de estudio, por lo que en virtud del desuso e ineficacia de la norma, estima necesario anularla o reformarla y así solicita muy respetuosamente sea declarado.

Ahora bien, en relación a lo mencionado con anterioridad, es necesario traer a colación las palabras de las autoras Luisa Leal y Adela García en su trabajo ‘La Pena y la Ejecución Penal en el Ordenamiento Jurídico Venezolano’, quienes señalan que: ‘Tomando en consideración la teoría general del Derecho, cualquier modelo de justicia penal se encuentra sometido al cumplimiento de criterios de validez, vigencia y eficacia de sus normas en relación con el ordenamiento jurídico de un país, particularmente en cuanto al apego de las leyes y reglamentos a los principios constitucionales. De tal forma, que toda normativa logra su legitimación interna (congruencia de la forma y el contenido de las normas inferiores con las normas superiores) en función de su adecuación a un sistema de garantías. El orden de valores que rige las funciones y prioridades del Estado, contenido en los preceptos constitucionales, constituyen, asimismo, los criterios de validez formal y legitimidad material para la conformación del modelo de justicia penal.’

Como podemos apreciar, las autoras señalan ‘el orden de valores que rige las funciones y prioridades del Estado’, lo que claramente indica en el asunto que nos ocupa, que la no aplicación de la norma cuestionada hace que la atención de la misma no sea una prioridad para el Estado, puesto que se encuentra en desuso y no acorde con los valores del Estado.

En este mismo orden de ideas, la Defensoría del Pueblo considera que a la luz de los postulados constitucionales y su adecuación en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, el aparte in fine del artículo 565 del Código de Justicia Militar, no es cónsono con el texto fundamental, en virtud del término referido como ‘actos contra natura’ que existe en la citada norma preconstitucional y los principios y valores constitucionales.

De igual forma, la redacción del artículo anteriormente transcrito en su último aparte, señala que como consecución de actos calificados como ‘contra natura’, le serán aplicadas las penas señaladas en el primer aparte del artículo objeto de análisis a quien los cometa, es decir, será penado con prisión de uno a tres años y separación de las Fuerzas Armadas.

En ese sentido, de acuerdo a lo señalado por Caroline Cunille de Le Mans Université, Francia, en su publicación *Sexuality and the Unnatural in Colonial Latin America*. Oakland: University of California Press, 2016. 256 p. isbn 978-0-520-28815-7, las denominadas prácticas ‘contra natura’ de forma general pueden definirse como:

‘...todas aquellas prácticas sexuales que no persiguen un fin de perpetuación o reproducción de la especie humana; todo comportamiento sexual que no se enmarque en lo anterior recibirá el calificativo de práctica o comportamiento ‘contra natura’.

[...] tales como la sodomía, la bestialidad, la masturbación, el incesto, las relaciones con el demonio, la profanación de objetos sagrados o la sollicitación (favores sexuales o actos lascivos) en el confesionario. Para ello usan el eje de interpretación formado por los conceptos antitéticos de ‘natura/contra natura’, que estructuraron los discursos alrededor de la sexualidad en la Edad Moderna. [...] En consecuencia, los autores parten de la definición que dan los teólogos y el derecho canónico de los ‘pecados nefandos’ o ‘contra natura’, a saber, todas las prácticas sexuales que no están orientadas a la procreación y perpetuación de la especie humana, sino a la obtención del placer propio en una visión egoísta que desafía la razón humana [...].’

De acuerdo a lo anterior, las prácticas denominadas ‘contra natura’ pueden apreciarse en un conjunto variado de prácticas de índole sexual, no suscribiéndose exclusivamente a la connotación que comúnmente suele dársele a este concepto, refiriéndose a las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo, según Javier Ruiz Astiz, entre este conjunto de prácticas sexuales se pueden mencionar:

[...] las relaciones amorosas consentidas entre personas del mismo sexo y las que, siendo también entre personas del mismo sexo, fueran no consentidas, fruto de violación o de abuso sexual propiciado por la relación asimétrica entre las dos personas afectadas. Más grave aún era si se trataba de una seducción, persuasión o abuso por coacción y fuerza para aprovecharse de niños o menores en general. Sin embargo, todas esas situaciones, incluso muchas de las que podían conocerse y que se practicaban entre personas de diferente sexo, podían caer dentro de la categoría de sodomía. El bestialismo, por su parte, ofrecía otra amplia gama de situaciones posibles que iban desde quienes, jóvenes en su pubertad y adolescencia, experimentaban con el descubrimiento de su sexualidad en entornos con opciones de sociabilidad muy débil o limitada e iban más allá de la simple masturbación, hasta ancianos con perturbaciones psicológicas y personas que, fruto de la soledad, el aislamiento o la desorganización vital, acababan por sucumbir a prácticas de este tipo, incluso convertirlas en hábito por razón de la reiteración, algo que, aunque quizá pudiera darse en prácticas como la masturbación y en algunos de los casos de prácticas bestiales, no era el patrón común en todos los casos, variantes y circunstancias, como resulta obvio. (...) Contra natura era todo acto sexual que implicara evitar la procreación o derramar el semen fuera del vaso previsto (vas indebitum) para su recepción...’.

Ahora bien, el término ‘contra natura’, llevado al contexto de una acción delictual, dentro de todo el ordenamiento jurídico venezolano no encuentra una tipificación, es decir, en qué forma se configuraría el delito de ‘contra natura’, que elementos dentro del accionar de la persona podría configurarse para determinar que está cometiendo un delito denominado ‘contra natura’.

Es por ello que consideramos que la norma objeto del presente recurso no encuentra elementos para su aplicación ni dentro ni fuera del ámbito militar pues es abstracta, no aterriza en una definición de lo que se podría entender como ‘contra natura’ al momento de aplicar la sanción correspondiente. Por lo que, en armonía con la eficacia de la norma podemos considerar procedente su nulidad, previendo que el proceso de reforma del texto normativo puede llevar un mayor tiempo, ocasionando contradicciones con nuestra Carta Constitucional.

De igual manera, esta Institución Nacional de Derechos Humanos considera que estas tipologías legales al no adecuarse a la realidad social y a la progresividad de los derechos humanos, no constituirían un delito de naturaleza militar, toda vez que el término objeto de controversia es un asunto de apreciación que se ve bajo la óptica moral, sin una descripción jurídica que señale específicamente que debe entenderse como ‘contra natura’.

Como corolario, la norma en cuestión podría estar violentando el derecho a la igualdad y no discriminación previsto en el artículo 21 de la Constitución de la

República Bolivariana de Venezuela, pues según las disposiciones establecidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), tienen como principio esencial que las personas son iguales frente a la ley, quedando prohibido cualquier acto discriminatorio que pudiese mermar el pleno disfrute de tales derechos, tomando en consideración que no todo trato diferenciado resulta de por sí discriminatorio.

Finalmente, la norma sub examine evidencia que carece de validez por ser contraria a los referidos principios y normas fundamentales, básicamente, por estar en desuso y ser ineficaz, por lo que se solicita a la Sala Constitucional declarar con lugar la presente demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad y por desuso de la norma.

- IV -

PETITORIO

En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho que motivan el presente RECURSO DE NULIDAD, por razones de inconstitucionalidad y desuso del aparte in fine del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar solicitamos, conforme a las atribuciones conferidas en el encabezado del artículo 280 y 281 numerales 1 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en debida armonía con lo dispuesto en los artículos 2, 4 y 15 numerales 1, 2 y 3 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, solicitamos a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

PRIMERO: Se admita el presente escrito, previa su lectura.

SEGUNDO: Se Declare Con Lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad y desuso, y en consecuencia la declaratoria de nulidad del aparte in fine del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.263 Extraordinario de fecha 17 de septiembre de 1998 y reformado parcialmente en Gaceta Oficial N° 6.646 Extraordinario, del 17 de septiembre de 2021... *omissis*...".

II

DE LA COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala determinar su competencia para conocer de la demanda popular de inconstitucionalidad, ejercida por el ciudadano Alfredo Ruiz Angulo, en su carácter de Defensor del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, respecto *"...del parte in fine del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, por considerar que colide con los principios fundamentales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo es la progresividad y preeminencia de los Derechos Humanos"*.

En cuanto a la competencia para conocer de acciones como la presente, esta Sala advierte que artículo 266.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que: *"Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia: 1. Ejercer la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de esta Constitución. (...) La atribución señalada en el numeral 1 será ejercida por la Sala Constitucional."*

Por su parte, el artículo 334, aparte *in fine*, que “*Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella*”.

A su vez, el artículo 336.1 *eiusdem* establece lo siguiente: “*Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: [...] declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución*”.

Asimismo, el artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia indica que: “*Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: [...] declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República*”.

En el presente caso se ha impugnado mediante la acción popular de nulidad, por inconstitucionalidad, el contenido del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, que constituye una *ley nacional*, por lo que corresponde a esta Sala declarar, si fuere el caso, la nulidad de la referida disposición por razones de inconstitucionalidad.

Las anteriores normas citadas se ven reforzadas por lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, referido al control concentrado de la constitucionalidad, que señala lo siguiente:

“Artículo 32. De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, mediante demanda popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso, no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público. Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Oficial del Estado o Municipio según corresponda”.

En consecuencia, por cuanto el acto impugnado constituye una disposición prevista en una ley nacional, esta Sala se declara competente para conocer de la acción popular de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo. Así se declara.

III DE LA ADMISIBILIDAD

El demandante interpuso la presente acción popular de inconstitucionalidad contra el contenido del artículo 565, aparte *in fine* o último párrafo, del Código Orgánico de Justicia Militar, cuyo texto es del siguiente tenor literal:

“El oficial que cometa actos que lo afrenten o rebajen su dignidad o que permita tales actos, sin tratar de impedirlo por los medios autorizados por la ley, será penado con prisión de uno a tres años y separación de las Fuerzas Armadas.

La misma pena se aplicará a todo militar que cometa actos sexuales contra natura”. (Resaltado añadido)

Esta Sala procede, a los fines de pronunciarse sobre la admisión de la pretensión de nulidad, observa lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual dispone:

“Artículo 133. Se declarará la inadmisión de la demanda:

1. Cuando se acumulen demandas o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.
2. Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la demanda es admisible.
3. Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúen en su nombre, respectivamente.
4. Cuando haya cosa juzgada o litispendencia.
5. Cuando contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos.
6. Cuando haya falta de legitimación pasiva”.

Al respecto, examinadas como han sido las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, *supra transcrita*, esta Sala advierte que la demanda de autos no se subsume en ninguna de las referidas causales y, en consecuencia, admite la presente demanda popular de inconstitucionalidad. Así se declara.

IV

DE LA DECLARATORIA DE MERO DERECHO

Se aprecia que el objeto de la demanda es la nulidad de una disposición legal que sanciona penalmente a los oficiales que “*cometan actos sexuales contra natura*” y que, según señala el accionante, Defensor del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela, “*ello colide con los principios fundamentales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como lo es la progresividad y preeminencia de los Derechos Humanos*”.

Al respecto, esta Sala estima oportuno referirse a la resolución de un asunto como de mero derecho, para lo cual conviene reiterar lo sostenido, en sentencia del 20 de junio de 2000 (Caso: *Mario Pesci Feltri Martínez vs. la norma contenida en el*

artículo 19 del Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, que creó el Régimen de Transición del Poder Público), en la cual se estableció lo siguiente:

“(…) Siendo diferentes tanto los supuestos como su justificación, estima necesario esta Sala precisar una vez más las notas relevantes de estas dos situaciones; en tal sentido, se reitera que la solicitud de declaratoria de urgencia y de reducción de lapsos ‘...procede cuando son invocadas por el recurrente circunstancias fácticas o jurídicas que justifiquen dispensar dicha tramitación, siendo posible también que, oficiosamente, proceda la declaratoria cuando ello sea necesario a criterio del juzgador, previa apreciación del contenido mismo del acto recurrido’. Así lo venía sosteniendo la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia, y lo ha entendido esta Sala Constitucional como puede apreciarse en el caso *Allan R. Brewer-Carías, Claudio Eloy Fermín Maldonado y Alberto Franceschi González vs. Estatuto Electoral del Poder Público y Decreto que fijó el día 28 de mayo de 2000 para la realización de determinadas elecciones*, decisión n° 89 de fecha 14 de marzo de 2000.

El procedimiento de mero derecho, por su parte, como se estableciera en decisiones reiteradas del Máximo Tribunal de la República, sólo procede cuando la controversia esté circunscrita a cuestiones de mera doctrina, a la interpretación de un texto legal o de una cláusula contractual o de otro instrumento público o privado. Ello viene a significar que la decisión podría ser tomada con el examen de la situación planteada y la correspondiente interpretación de la normativa aplicable al mismo. Muy particularmente sostuvo la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

‘Es pues una causa de mero derecho aquélla en la que, al no haber discusión sobre hechos, no se requiere apertura de lapso probatorio, sino que basta el estudio del acto y su comparación con las normas que se dicen vulneradas por él, a fin de que, concluida la labor de interpretación jurídica que debe hacer el juez, se declare su conformidad o no a derecho. Incluso, puede evidenciarse desde el inicio mismo del proceso –de los términos de la solicitud de anulación– el que la causa sea de mero derecho y, por tanto, ser incluso innecesario el llamado a los interesados para que hagan valer sus pretensiones –sea en defensa o ataque del acto impugnado– por no haber posibilidad de discusión más que en aspectos de derecho y no de hecho (...)’.

En igual sentido, merece especial mención la sentencia N° 1077 del 22 de septiembre de 2000, recaída caso: *Servio Tulio León*, en la cual esta Sala precisa la distinción de las sentencias de la llamada jurisdicción constitucional de las que se dictan por los tribunales civiles, mercantiles y demás en jurisdicción ordinaria, señalando lo siguiente:

“(…) Las pretensiones y las sentencias de la llamada jurisdicción constitucional difieren de las que se ventilan y dictan por los tribunales civiles, mercantiles y demás que ejercen la función jurisdiccional.

Ello es producto de que el control constitucional lo tienen todos los tribunales del país, y con él se persigue, mediante la actuación de los jueces constitucionales, la supremacía constitucional y la efectividad de las normas y principios constitucionales. Tal control, al ser ejercido, no tiene por qué estar dirigido contra alguien, contra opositores desconocidos, ya que todos los habitantes del país podrían estar conformes con la forma de control que un individuo en particular proponga; pero como es el Tribunal Supremo de Justicia el máximo garante de la

supremacía y efectividad constitucionales, es él como máximo Tribunal Constitucional, por medio de las Salas con competencia para ello, quien al ser instado debe asegurar la integridad de la Constitución (artículos 334 y 335 de la vigente Constitución), mediante decisiones jurisdiccionales.

Esta especial estructura de las pretensiones atinentes a lo constitucional, lleva a que muchas veces no haya nadie formalmente demandado, lo que hasta hace dudar de su carácter contencioso, pero como no se persigue mediante ellas la formación de nuevas situaciones jurídicas y el desarrollo de las existentes, los procesos que en ese sentido se instauran no pueden considerarse de jurisdicción voluntaria (artículo 895 del Código de Procedimiento Civil), por lo que ésta no es la naturaleza de las causas constitucionales.

Se trata de procesos que potencialmente contienen una controversia entre el accionante y los otros componentes de la sociedad que tengan una posición contraria a él, y que no tratan como en el proceso civil, por ejemplo, de reclamaciones de derechos entre partes. Pero tal naturaleza, no elimina en las acciones constitucionales, procesos con partes que ocupan la posición de un demandado, como lo sería la sociedad encarnada por el Ministerio Público, o los interesados indeterminados llamados a juicio mediante edictos; o con litigantes concretos, como ocurre en los amparos constitucionales. Ni excluye sentencias que producen cosa juzgada, cuyos efectos, al igual que en el proceso civil, pueden ser absolutos o relativos.

Conforme a lo anterior, los órganos jurisdiccionales que conocen de lo constitucional, pueden dictar sentencias declarativas de certeza (mero declarativas), las cuales pueden producir, según la materia que se ventile, cosa juzgada plena.

Como las pretensiones constitucionales básicamente buscan la protección de la Constitución, no todas ellas tienen necesariamente que fundarse en un hecho histórico concreto que alegue el accionante, y esto las diferencia (sic) de otras pretensiones que originan procesos contenciosos, las cuales están fundadas en hechos que conforman los supuestos de hecho de las normas cuya aplicación se pide.

La acción popular de inconstitucionalidad, por ejemplo, se funda en que una ley o un acto, coliden con el texto constitucional. **Se trata de una cuestión de mero derecho, que sólo requiere de verificación judicial en ese sentido.** Tal situación que no es exclusiva de todas las acciones constitucionales, se constata también en algunos amparos, y ello no requiere de un interés personal específico para incoarla, ni de la afirmación por parte del accionante, de la titularidad sobre un derecho subjetivo material, bastando que afirme que la ley le reconoce el derecho a la actividad jurisdiccional, de allí la naturaleza popular (ver Juan Montero Aroca. La Legitimación en el Proceso Civil. Edit. Civitas. 1994 (...)). (Resaltado de este fallo).

En consonancia con los criterios jurisprudenciales anteriormente transcritos, así como en los precedentes jurisprudenciales de esta Sala contenidos en sentencias números 155/2017, 545/2017, 170/2019 y 652/2021, considerando, por una parte, que el presente asunto no requiere la evacuación de prueba alguna, al estar centrado en la obtención de un pronunciamiento objetivo sobre la constitucionalidad o no de una disposición normativa (que además atañe a los valores, principios, bienes e intereses constitucionales especialmente tutelados, como lo son la libertad y la igualdad ante el ordenamiento jurídico vigente), así como a la imperiosa necesidad de una justicia oportuna, encaminada a velar, ante todo, por la garantía de la supremacía y efectividad de normas y principios constitucionales, al igual que su uniforme interpretación y

aplicación que, en este caso, recae sobre valores cardinales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala decide resolver la presente demanda sin más trámites, al tratarse de un asunto de mero derecho, sin que ello impida el trámite de acciones similares que están en curso o de otras que pudieran ingresar. Así se decide.

V CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

En razón de lo antes expuesto, esta Sala pasa a decidir el mérito del presente asunto, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1.- Síntesis del *thema decidendum* (tema a decidir)

La disposición legal objeto de la referida solicitud de nulidad, prevista en el artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, único aparte, dispone lo siguiente:

“Artículo 565. [Omissis]

La misma pena se aplicará a todo militar que cometa actos sexuales contra natura.” –Resaltado añadido-

En síntesis, según el solicitante de la nulidad, ciudadano Alfredo Ruiz, actuando en su condición de Defensor del Pueblo:

“...La utilización de términos pocos definidos para señalar delitos como el que está establecido en el aparte in fine del artículo antes citado, denominado en general como delitos o actos sexuales “contra natura”, genera una gran incertidumbre y ambigüedad en su aplicación y va en contra de su propia eficacia, en razón que en general prácticamente cualquier acto sexual que no tenga como fin exclusivo la reproducción humana (un beso, una caricia) podría considerarse un delito como el contemplado en la norma.

(...)

Así las cosas, esta Institución Nacional de Derechos Humanos, indagó igualmente a fin de tener la certeza de la no aplicación del aparte in fine del mencionado artículo 565 y de esta manera conocer si éste ha sido aplicado o usado recientemente, y de acuerdo a la información de los tribunales militares se pudo conocer que en la práctica no se considera el supuesto contemplado en la norma un delito de naturaleza militar.

De allí que, en comunicación recibida en diciembre de 2022, por parte del Presidente del Circuito Judicial Penal Militar, este informó que desde el año 2000 y en toda la historia del Circuito judicial, no existen casos de aplicación de este artículo; el mencionado Circuito fue creado en el año 2004, es decir, que desde el año 2000 hasta enero de 2023, no consta en las estadísticas de casos, ni en los registros de los diferentes Tribunales Militares a nivel nacional, ninguna causa en la cual se haya aplicado este tipo penal en concreto, ni se ha evidenciado en los últimos 23 años, decisiones absolutorias, condenatorias o sobreseimientos relacionados con el mencionado tipo penal establecido en el

aparte in fine del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar vigente...”.

2.- Artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar

2.1.- Antecedentes

El precepto o tipo penal objeto de la presente solicitud de nulidad se estableció en el Código de Justicia Militar y Naval de 1933, se mantuvo en el Código de Justicia Militar de 1998 y sigue estando, en términos idénticos, en el Código Orgánico de Justicia Militar de 2021 (COJM), el cual sólo modificó puntualmente ese instrumento legal.

Al respecto, se observa que la aludida norma ha venido estando ubicada en el Libro Segundo, TÍTULO II (*De la Responsabilidad Penal y de las Penas*), CAPÍTULO VI (*De la Cobardía y otros Delitos contra el Decoro Militar*), de los referidos códigos.

Con relación a ello, es pertinente señalar, ante todo, la trascendencia constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y la importancia del decoro y los intereses jurídicos que busca preservar ese bien jurídico, los cuales se vinculan a los valores dignidad, honor, respeto, circunspección, compostura y mesura, entre otros, sin que ello obste el necesario examen constitucional de la concreta tipificación legal, sobre todo, porque la misma es, en esencia, previa al Texto Fundamental, además del resto de los alegatos realizados por el accionante.

2.2.- Principio normativo conservacionista

Como se sabe, la regla en este contexto de la hermenéutica jurídica y aplicación de la ley está orientada por los principios de buena fe, presunción de legitimidad de los actos particulares y oficiales, presunción de constitucionalidad o *favor constitucione*, principio normativo conservacionista, constitucionalidad de las leyes, conservación o estabilidad de la legislación, interpretación restrictiva, interpretación orientada o conforme a la Constitución, sin que ello menoscabe la potestad que tiene esta Sala de anular la o las disposiciones y normas que no sean pasibles de ser interpretadas conforme a la Constitución y que, en fin, se consideren irremediabilmente inconstitucionales.

Sobre la interpretación restrictiva, esta Sala Constitucional, en sentencia N° 3096, del 5 de noviembre de 2003, declaró lo siguiente:

“...5.4. Se presume que los recurrentes ignoran, igualmente, un principio cardinal, en materia constitucional-penal, cual es el de la legalidad de los delitos y de las penas que establece el artículo 49.6 de la Constitución y que desarrolla el artículo 1 del Código Penal; asimismo, instrumentos internacionales que la República ha suscrito y ratificado,

tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 9), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXV) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9). Por lo demás, como las normas penales son, por regla general, de interpretación restrictiva, debe concluirse que las únicas penas que pueden ser aplicadas a los agentes de ilícitos penales sean las que la ley defina y luego impute, expresamente y para cada tipo legal en particular. En consecuencia, hay una absoluta interdicción a que se puedan crear penas, extra legem, como pretenden los recurrentes, para el caso de la condenación al pago de las costas procesales, que recaiga en sujetos procesales distintos al reo. Y, respecto de éste, la supuesta necesidad de interpretación que alegaron los solicitantes resulta tanto más impertinente y fútil, si se tiene en consideración que la ley contiene una norma expresa (artículo 34 del Código Penal) que describe, como pena accesoria, a la condenación al pago de las costas procesales;

5.5. Las precedentes consideraciones sirven de soporte a esta Sala para instar a todos los miembros del sistema de justicia a la prevención de errores como los que han sido analizados en el presente fallo, los cuales son potencialmente perjudiciales a la concepción de un sistema de administración de justicia –en particular, de la jurisdicción penal- que se concierte con el Estado social de Derecho y Justicia que proclama la vigente Constitución.”

A su vez, con relación a los axiomas normativo conservacionista, *favor constitucione*, constitucionalidad de las leyes y a la interpretación orientada por la Constitución, esta Sala, en sentencia 2855 del 20 de noviembre de 2002, afirmó lo siguiente:

“...Rige, en relación con las actuaciones de los órganos que ejercen el Poder Público, el principio normativo conservacionista, conforme al cual debe presumirse la constitucionalidad de los actos que aquellos emitan. De tal manera, que los actos públicos se presumen legítimos en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan ser armonizados con ésta (Cfr. Linares Quintana, Ob. cit. Pág. 583). Por ello, es imperativo establecer prima facie la correspondencia de los instrumentos normativos, que dictó el Legislador con la Constitución, y, desde la existencia de una ‘duda razonable’, proceder al cuestionamiento de su conformidad con ésta.

Puede ocurrir, sin embargo, que el texto de una determinada disposición normativa se halle, en efecto, conforme a la Constitución, pero sólo en tanto se le interprete de una determinada manera. Es lo que se alude como el principio hermenéutico favor constitucione, conforme al cual, cuando surjan dudas acerca de la incompatibilidad de un dispositivo legal con la Constitución o se intuya la existencia de un conflicto normativo, el operador jurídico debe proceder a la interpretación de aquél en el sentido que se adecue al texto constitucional, logrando la armonía del sistema a través de su labor exegética sin permitir su nulidad; no se trata de erigirse en ‘legislador negativo’, lo importante es asumir una interpretación de acuerdo con los principios y valores que la Constitución expresa.

El principio de la constitucionalidad de las leyes, que no sólo se limita a la afirmación formal de que la Ley se tendrá por válida hasta cuando sea declarada inconstitucional, implica además: la confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios constitucionales; la seguridad de que la ley no será declarada inconstitucional sino cuando exista insalvable contradicción con la Constitución; y siempre que existiendo la posibilidad de que la amplitud para interpretar la ley se preste a una inconstitucional, hay que presumir que sea ‘razonablemente posible’ que el Legislador ha sobreentendido que la interpretación correcta será aquella

que permita a la misma mantenerse dentro de los límites constitucionales (García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Pág. 96).

Naturalmente, el esfuerzo interpretativo encuentra su justificación en la necesidad de armonizar el texto legal con la Constitución; de manera que, entre diversas posibilidades interpretativas, debe elegirse aquella interpretación acorde con el máximo texto normativo, que no devenga en infracción del orden constitucional o cuya interpretación ofrezca dudas razonables; en tal sentido, aparece con ‘carácter preceptivo’ (ídem) la interpretación conforme con la Constitución. Sólo si tal labor es imposible debe expulsarse del ordenamiento jurídico la disposición legislativa, ‘el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución’ (ibídem). El empleo de esta técnica permite, entonces, evitar la declaración de nulidad e incompatibilidad. Implica el rechazo de una interpretación inconstitucional de la norma y la reducción de la misma a una lectura que sea conforme con la Constitución. De tal manera, se pone de manifiesto una presunción de que la norma es constitucional y refleja el respeto al legislador democrático en el Estado constitucional (Aja Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Editorial Ariel, S.A.).

Desde luego que no debe sacrificarse el mantenimiento del orden jurídico por la vigencia de una disposición normativa. He allí la importancia de los tribunales constitucionales, como máximos y supremos intérpretes de la Constitución, los cuales deben, en ejercicio de la función asignada, y luego del análisis exhaustivo que exige la confrontación de la norma con el Texto Constitucional, expulsar del ordenamiento jurídico la norma que no superó tal verificación. Sin embargo, en su labor de defensa de la Constitución deben, de ser posible, procurar su mantenimiento, cuando permita su sometimiento a un método de interpretación favorable, que respete la vigencia de la norma jurídica permaneciendo incólume su contenido, invocando para ello ‘(...) razones políticas, de conveniencia y de oportunidad, valorando la presunción de constitucionalidad de las leyes sancionadas por los Parlamentos, órganos democráticos y legítimos por excelencia, desde los mismos inicios de su funcionamiento, comenzar a emanar un tipo de sentencias denominadas interpretativas’ (José Peña Solís en ‘Interpretación conforme a la Constitución’, ponencia presentada en el Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica, publicado en la Serie Eventos No. 3 del Tribunal Supremo de Justicia).

El surgimiento de este particular tipo de sentencias contentivas de interpretaciones ‘conforme a la Constitución’ o ‘sentencias interpretativas’ tiene su origen en aquellos ordenamientos que, igual que el nuestro, sufrieron un cambio en su esquema constitucional, donde la entrada en vigencia de nuevos postulados constitucionales, hicieron que decayeran ciertas concepciones, institutos o interpretaciones que estuvieran conforme con el antiguo régimen. De tal manera que la necesidad de mantener en vigor aquellas leyes preconstitucionales, para no crear un vacío legislativo por la pérdida de vigencia de tales normas por aplicación de la disposición derogatoria de la Constitución, obligaron a la interpretación de las mismas de acuerdo con el nuevo texto fundamental.

En estas sentencias interpretativas, que condicionan la declaración de legitimidad a la aplicación conforme a un cierto significado que le atribuya el Tribunal Constitucional; se deja bien claro en la sentencia que sería sancionada con nulidad la aplicación del precepto, objeto de la reclamación, si se interpretara de modo diverso efectuado por el Tribunal Constitucional (Canosa Usera, Raúl. *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988).

Sostuvo el Tribunal Constitucional español, en relación con estas decisiones, lo siguiente:

‘Las llamadas en parte de la doctrina sentencias interpretativas [...] son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo,

que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso' (STC 5/81/6).

En atención a esta posibilidad tenemos entonces que [l]a interpretación conforme con la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay de estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales” (García de Enterría).

Por su parte, con relación a la interpretación conforme a la Constitución, esta Sala, en sentencia N° 379, del 7 de marzo 2007, dispuso lo que sigue:

“...En congruencia con lo expuesto, resulta ilustrativo citar lo expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA, con respecto al principio de interpretación de conformidad a la Constitución, en el entendido que: ‘(...) la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación en el sentido que resulte de los principios y reglas constitucionales como las específicas referentes a la materia que se trate’, por lo que, estima esta Sala que el previo afianzamiento debe entenderse como requisito indispensable para proceder sólo a la suspensión de la multa, ya que ésta por sí sola, en virtud del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, puede ser ejecutada por la Administración. (Vid. Carlos Molero Manglano y Belén Villalba Salvador, ‘La Interpretación de las Normas Laborales II’, Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 45, Editorial Civitas, pág. 12)...”

Por su parte, en sentencia 1178 del 17 de julio de 2008, esta Sala se refirió al examen de la inconstitucionalidad, sobre la desaplicación en ejercicio del control difuso de la Constitucionalidad y sobre la interpretación conforme a la Constitución:

“... el examen de la inconstitucionalidad de la norma que, en el caso concreto, sea contraria a la Constitución, ha de precisar las razones por las cuales tal dispositivo normativo es, en efecto, adverso a un determinado precepto constitucional; es decir, el ejercicio de la facultad del control difuso de la constitucionalidad comporta el dictamen de una resolución judicial expresa y debidamente motivada, pues no puede haber lugar a la existencia de una modalidad de control difuso ‘tácito’. Lo anterior fue resaltado por esta Corporación Judicial en el fallo del caso: ‘Frank Wilman Prado Calzadilla’, n.º 565 del 22 de abril de 2005, en el cual se apuntó:

Sin embargo, no señaló, mucho menos se deduce de los argumentos esgrimidos, con cuáles de las normas del debido proceso y de los derechos civiles consagradas en los artículos 49 y 44 Constitucionales colide el artículo desaplicado. Igualmente, tampoco señaló respecto a qué punto del artículo operó la desaplicación que acordó ‘parcialmente’.

Tal omisión, no puede ser entendida como una especie de control difuso «tácito», pues no puede reputarse como sobreentendida la inconstitucionalidad de una norma legal que –en principio– goza de una presunción de legitimidad. Por el contrario, el ejercicio judicial del mecanismo de protección de la Constitución en comentario, debe contener un análisis expreso que justifique la desaplicación para el caso concreto de una norma legal que pretende ser cuestionada.

De igual manera, los jueces, antes de que opten por la desaplicación en el caso concreto de una norma legal que pudiera entrañar alguna colisión con la Norma Normarum, deben procurar la realización de una interpretación ‘orientada a la Constitución’, en uso de la terminología de KLAUS STERN, para quien es procedente que esa modalidad de interpretación la realicen todos los jueces, pero ésta nunca surte

efectos erga omnes o vinculantes, efectos que sólo podría producir la ‘interpretación conforme a la Constitución (como) instrumento específico de los Tribunales Constitucionales en el procedimiento de control de normas’ (‘Derecho del Estado de la República Federal Alemana’. Trad. del original en alemán por J. Pérez Royo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988. Pp. 297 y ss.). Únicamente si la contradicción entre las normas en cuestión es insalvable, el juez deberá proceder al ejercicio del control difuso, como sucedería, en los casos que nos reseña el autor que se citó, cuando se trate: i) de una ley de contenido unívoco incompatible con la Constitución; o ii) de una ‘norma que viola la Constitución en cualquier interpretación imaginable’. Finalmente, esa interpretación de las normas constitucionales no puede realizarse conforme a la errónea máxima de que la ley ordinaria debe subsistir bajo toda circunstancia. Ello, nos dice STERN, ‘supondría una interpretación de la Constitución conforme a la ley’; así mismo, el examen que realiza el juez debe partir de la norma legal con referencia a la Constitución, ya que, en ese caso, ‘no juega ningún papel, si la decisión depende exclusivamente de la aplicación e interpretación de la Constitución’.

Como es conocido, la Constitución, la ley y los demás actos normativos deben ser acatados por el Estado y por el Pueblo. Los jueces están llamados a aplicar, honrando el principio de jerarquía, las normas expresadas por las fuentes formales del Derecho, con consciencia de las fuentes materiales del mismo.

Al respecto, quienes estén llamados a aplicar la ley, especialmente los jueces y magistrados, máximos y últimos garantes de la misma, deben guiarse, ante todo, por los principios fundamentales de supremacía y protección constitucional, legalidad, presunción de constitucionalidad, estabilidad, preservación o conservación de las normas, interpretación orientada por la Constitución o *favor constitutione*, y, en los supuestos respectivos, ante todo, en la interpretación de tipos punitivos, realizar interpretaciones restrictivas, como mecanismo de interdicción de la analogía *in malam partem* y, en fin, de la arbitrariedad.

En caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, se deberán aplicar las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente. Ante esa incompatibilidad, en el caso concreto, los juzgados podrán desaplicar una norma legal, en ejercicio del denominado control difuso de la constitucionalidad.

Más allá, corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como máxima garante de la jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público, dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella (art. 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Como ya se adelantó, prácticamente cualquier disposición pudiera ser objeto de valoraciones ajenas al sentido y alcance que se desprende del tenor literal, no obstante, los actos normativos deben ser interpretados atendiendo, ante todo, a criterios objetivos

y al sentido literal posible, así como también, respectivamente, considerado los elementos inherentes a las definiciones que realice el legislador en la propia ley, a la sistematicidad del ordenamiento jurídico, a los antecedentes de las fuentes del derecho, a la finalidad de la disposición y del orden jurídico que la contiene, a la orientación constitucional, entre otros.

Esas últimas actividades intelectuales y científico-jurídicas son indispensable para desentrañar el verdadero sentido y alcance de la disposición objeto de interpretación, por ende, imprescindibles para valorar la constitucionalidad o no del objeto de la interpretación y, por ende, para determinar su aplicación o desaplicación en el caso concreto, o, incluso, para que esta Sala la anule parcial o totalmente, cuando estime que, en algún caso en particular, el tenor literal posible de la disposición sometida a valoración y, por ende, ella misma, viola principios y normas constitucionales.

2.3.- Análisis jurídico de la disposición objeto de la presente solicitud de nulidad

La norma prevista en el aparte *in fine* del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, se refiere al “...*militar que cometa actos sexuales contra natura*”.

Al examinar ese precepto, cuya comprensión sistémica es necesaria para abordar la norma objeto de la presente solicitud, se observa que el mismo utiliza una expresión “*actos sexuales contra natura*”, propia de la época y de la concepción social y jurídica en que fue redactado (1933), la cual no se corresponde con la legislación de los últimos lustros, que ha sido receptora de transformaciones lingüísticas y conceptuales sobre la materia, así como de mutaciones en el contenido y alcance de valores, principios, derechos y garantías fundamentales vinculadas (progresividad).

Al respecto, se observa que la disposición legal impugnada, que se mantiene básicamente igual en los códigos militares de 1933, 1938 y 1998, así como en el de 2021, cuya reforma fue puntual y no recayó sobre esa parte del articulado de ese cardinal instrumento legal (uno de varios elementos que lo demuestra es que el tipo penal alude a las “Fuerzas Armadas” aun cuando el término constitucional actual correcto es Fuerza Armada, en singular). En razón de ello, es evidente que la disposición objeto de impugnación sigue siendo, en esencia, preconstitucional, incluso respecto de constituciones previas.

Si bien gran parte de la legislación de la República ha sido sustancialmente ampliada y reformada a partir de la entrada en vigor de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no es menos cierto que, tal como se ha observado en derecho comparado, los Códigos en general (penal, militar, civil, mercantil y procesal civil, entre otros) son los instrumentos legales que han representado mayor resistencia a los

cambios, los cuales son especialmente importantes y perentorios a partir de 1999, pues el orden constitucional cambió sustancialmente la forma de Estado, modificó el orden jerárquico de valores y principios fundamentales y amplió de forma paradigmática el catálogo de intereses jurídicos, axiomas, normas, deberes, derechos y garantías fundamentales, tal como lo advierten diversas leyes que han venido derogando sustancialmente aquellos instrumentos que respondían a las concepciones jurídicas que imperaban en sus épocas de realización y aprobación.

Si bien son públicos y notorios los ingentes y paradigmáticos esfuerzos y logros del Poder Legislativo Nacional, para crear nuevas leyes que desarrollen la Constitución y, en especial, los derechos humanos en todas sus expresiones, incluso leyes que modifican una parte sustancial de varios códigos, no es menos cierto que aun representa un reto la armonización integral de esas normas y transformación integral de esos instrumentos, bajo la expresión legislativa que estime más adecuada el legislador.

El legislador de 1933 quiso exaltar el valor del decoro militar, al igual que sus precedentes, incluyendo esa vez, la sanción a los actos sexuales contra natura, es decir, contrarios al “*orden de la naturaleza*” (RAE 2023), no obstante, esa expresión, en la actualidad, no se muestra compatible, por ejemplo, con el principio de taxatividad de la ley penal, pues es abierta e indeterminada en demasía, en detrimento de la finalidad inicial, motivadora o persuasiva, de la sanción penal, de la previsibilidad y de la seguridad jurídica, entre otros postulados fundamentales.

En efecto, tal redacción impide distinguir en la actualidad, por ejemplo, en qué consisten tales actos, lo que es particularmente complejo de determinar en el orden socio-jurídico actual, incluso, si se asumiera la posición histórica de estimar como acto sexual contra-natura, el que no esté destinado a la reproducción humana, circunstancia que resulta cuando menos difícil de armonizar con los cambios sociales y con el principio de progresividad en la garantía de los derechos humanos, inclusive, como lo advierte la solicitud de autos, en algunos supuestos, con el axioma de igualdad ante la ley y no discriminación en cuanto a sexo, orientación o circunstancia de tipo sexual, más allá de que tales actos contra natura pudieran ser, por ejemplo, unisubjetivos o plurisubjetivos (sin distinción de sexo).

En efecto, se advierten visos de inconstitucionalidad en la disposición impugnada, pero tampoco se sería preciso afirmar que la norma impugnada está dirigida a realizar discriminaciones fundadas en sexo, pues, como se pudo observar, los actos contra natura, en su concepción tradicional, puede darse en relaciones heterosexuales, cuando el objeto de la misma no sea la reproducción.

En la República Bolivariana de Venezuela no se penaliza a las personas por su sexo, orientación o mera circunstancia sexual, por el contrario, como ha podido apreciarse, esta Sala ha sido especialmente proclive a velar por el estricto respeto a la

igualdad y, por ende, por la garantía del derecho a la no discriminación, conforme a los artículos 21 Constitucional, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al resto de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, válidamente suscritos y ratificados por la República. Caso distinto, incluso en el derecho comparado, es la sanción penal frente a violaciones, abusos sexuales o actos sexuales en condiciones de publicidad y de afectar, por ejemplo, intereses de niños, niñas o adolescentes, entre otros, frente a los cuales generalmente se estima legítima la intervención penal.

En nuestra historia constitucional el axioma de igualdad ha sido un eje cardinal en la dinámica normativa, porque el Estado venezolano ha velado celosamente por la garantía de ese principio y no se ha caracterizado por dictar leyes discriminatorias, especialmente desde la entrada en vigor de la CRBV, la cual ha reivindicado las causas y los derechos de los sectores con mayor propensión a la vulnerabilidad en la sociedad; lo que incluye, por supuesto, la acción de esta Sala Constitucional, tal como se evidencia, por ejemplo, con la declaratoria de nulidad parcial del ilícito penal de mendicidad –sentencia N° 828 del 25 de junio de 2015-; nulidad del delito de adulterio por dar un trato injustificadamente desigual al hombre respecto de la mujer –cuando esta última era sancionada con un rigor desproporcionado respecto del hombre-, sentencia N° 738 del 11 de agosto de 2016; sentencia N° 1187 del 15 de diciembre de 2016, que interpreta el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el sentido de que la jefatura de las familias pueden ejercerlas las familias homoparentales, y los niños, niñas y adolescentes nacidos en estas familias tienen la protección del Estado, al igual que cualquier otro niño que haya nacido dentro de una familia tradicional; sentencia N° 190 del 28 de febrero de 2008, que interpretó el artículo 21 de la Constitución y concluyó que no es posible, dentro del marco constitucional venezolano, la discriminación individual en razón de la orientación sexual de la persona entre otras decisiones similares dictadas por esta Sala.

Tampoco existe claridad respecto de si tales actos sexuales han de trascender o no a la esfera interna del sujeto, si han de tener alguna repercusión en la vida en sociedad (es decir, si han de trascender o no la esfera privada de las personas) o si han de lesionar o poner en peligro algún bien jurídico tutelado, lo que resulta especialmente importante para la concepción que aprecia el Derecho como instrumento de regulación de comportamientos externos en sociedad, además, de la estimación sustancial de delito, que lo concibe como toda lesión o puesta en peligro suficiente de uno o varios bienes jurídicos.

En fin, el tipo penal impugnado se muestra sustancialmente contrario a postulados constitucionales, tanto formales como materiales, tanto en su configuración como en su interpretación en la actualidad, lo que probablemente determinó que el sistema de justicia penal militar prescindiera de su aplicación.

Evidentemente, la hermenéutica de ese tipo penal no puede ser suficientemente precisa en la actualidad, puesto que las transformaciones y complejizaciones sociales y jurídicas impiden acceder y, sobre todo, aplicar tal disposición, especialmente porque el término *contra natura* tiene, en ese contexto, una carga sustancialmente extrajurídica (ante todo religiosa y moral), cuya compatibilidad con el orden constitucional actual se muestra jurídicamente imposible, en razón de la necesaria distinción mínima entre Derecho, por una parte, y la Religión, la Moral y otras expresiones extrajurídicas.

Aunado a ello, no se observa ningún otro referente normativo interno, que permita dilucidar de manera suficiente tal circunstancia del tipo penal, para brindar un nivel mínimo de seguridad jurídica, en lo que a él respecta, razones que probablemente han influido en el desuso en el que está inevitablemente sumido ese tipo penal.

En efecto, esa indeterminación es particularmente amplia, al punto de poder generar dudas en todos los destinatarios de la norma penal, incluyendo operadores del sistema de justicia penal, y, en fin, al extremo de poder infringir varios límites a la potestad punitiva, que se expondrán a continuación, a través de algunos criterios jurisprudenciales que deben orientar la presente actividad jurisdiccional.

Sobre los límites de la potestad punitiva y la función legislativa (*ius puniendi*), en sentencia N° 1567, del 04/12/2012, esta Sala afirmó:

“...si bien en la República Bolivariana de Venezuela se asume que el ejercicio del *ius puniendi* -y particularmente en el desarrollo de la actividad legislativa-, debe asegurar las garantías propias del Estado de Derecho, como las vinculadas a los principios de legalidad, irretroactividad de la ley, debido proceso y derecho a la defensa entre otros derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, también se sostiene con igual grado de protección e incidencia, que el legislador penal -y los órganos vinculados con su implementación- debe alcanzar una protección suficiente a los derechos fundamentales y demás bienes constitucionales.

Por ello, es que se afirma acertadamente, que la tipificación del delito y la fijación de la pena es parte de la política o discrecionalidad legislativa, en tanto que a través del procedimiento de formación de leyes, en los cuales según se desprenda de las necesidades de la sociedad, puede identificarse un quehacer histórico en el cual se asumen o descartan distintas concepciones punitivas, que en el marco de la Constitución permitan el desarrollo de diversas tendencias de la política criminal.

Correlativo a los anteriores asertos, es la aceptación de que la facultad de establecer regulaciones punitivas, tales como las causas de exclusión de la responsabilidad penal o respecto a si una pena es suficiente en relación al delito para el cual se contempla, comportan un juicio de valor que normalmente sólo en los casos de manifiesta desproporción o de notoria irracionalidad (tales como la prohibición de pena de muerte o de cadena perpetua), no escapa al ámbito de competencia de los jueces, por lo que en principio el legislador puede establecer o eliminar figuras delictivas, graduar las penas aplicables, determinar el género o la extensión de éstas, bajo criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas, todo de conformidad con la valoración, examen y ponderación que se efectúe en torno de los fenómenos sociales y del grado de daño que ciertos comportamiento puedan a causar o llegar a causar en la sociedad...”.

Por su parte, sobre el cauce del *ius puniendi* en el contexto del nuevo modelo constitucional de Estado, en sentencia No. 656, del 30 de junio de 2000, de la siguiente forma:

“El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa que Venezuela es un Estado Social de Derecho y de Justicia. Esto significa, que dentro del derecho positivo actual y en el derecho que se proyecte hacia el futuro, la ley debe adaptarse a la situación que el desarrollo de la sociedad vaya creando, como resultado de las influencias provenientes del Estado o externas a él. Son estas influencias las que van configurando a la sociedad, y que la ley y el contenido de justicia que debe tener quien la aplica, deben ir tomando en cuenta a fin de garantizar a los ciudadanos una calidad integral de vida, signada por el valor dignidad del ser humano. El Estado constituido hacia ese fin, es un Estado Social de Derecho y de Justicia, cuya meta no es primordialmente el engrandecimiento del Estado, sino el de la sociedad que lo conforma, con quien interactúa en la búsqueda de tal fin”.

A su vez, sobre la finalidad del sistema penal en el modelo vigente de Estado, así como sobre algunos de los límites punitivos que impone ese modelo jurídico-político y social, en sentencia N° 915, del 20 de mayo de 2005, esta Sala asentó:

“...Entonces, entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico. Pero para que el Estado social no degenera en autoritario, sino que se mantenga como democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que dicha prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos (MIR PUIG, Santiago. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Editorial Ariel Derecho. Barcelona, 1994, p. 44).

Con base en los anteriores planteamientos, se puede afirmar que el fin de la pena -y por ende la función del Derecho Penal- en un modelo de Estado como el que está delineado en el artículo 2 constitucional, tendrá que ser la prevención limitada, tomando en cuenta para ello los fundamentos filosóficos que en aquél convergen.

Sobre este punto, MIR PUIG enseña:

‘En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS CIUDADANOS, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida -y sólo en la medida- de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado DEMOCRÁTICO DE DERECHO, deberá someter la prevención penal a otra serie de LÍMITES, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal.

...Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores’. (MIR PUIG. Ob. Cit., p. 65)

Pero es el caso que tales límites al poder punitivo del Estado o *ius puniendi*, se encuentran constituidos básicamente por los siguientes principios: 1) Legalidad (derivado del modelo de Estado de Derecho), 2) Utilidad de la intervención penal; 3)

Subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal; 4) Exclusiva protección de bienes jurídicos; 5) Lesividad (dimanando estos cuatro del modelo de Estado social); 6) Humanidad de las penas, 7) Culpabilidad, 8) Proporcionalidad; y 9) Resocialización (derivándose estos últimos del modelo de Estado democrático); arropados todos por el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Para ilustrar el contenido de algunos de esos límites al *ius puniendi* y generar una base jurídica-conceptual que permita formar un criterio sólido sobre la materia a decidir, se estima oportuno hacer referencia a algunos criterios jurisprudenciales expresados en varias decisiones de esta Sala.

Respecto del postulado de subsidiariedad de la intervención penal, esta Sala Constitucional, en sentencia N° 1676, del 3 de agosto 2007, expresó lo que sigue:

“...Lo anterior no es otra cosa que la aplicación directa, por parte de esta Sala Constitucional, del principio de intervención mínima del Derecho penal y, concretamente, del principio de subsidiariedad, en virtud del cual el Derecho penal ha de ser la ultima ratio, es decir, el último recurso que se debe emplear a falta de otros mecanismos menos lesivos, como son los establecidos en el Derecho civil, en el Derecho mercantil y en el Derecho administrativo.

Debe afirmarse que el principio de intervención mínima se desprende del modelo de Estado social consagrado en el artículo 2 del Texto Constitucional, siendo uno de sus rasgos fundamentales la exigencia de necesidad social de la intervención penal. Así, el Derecho penal deja de ser necesario para resguardar a la sociedad cuando esto último puede alcanzarse mediante otras vías, las cuales tendrán preferencia en la medida en que sean menos lesivas para los derechos individuales. En resumidas cuentas: en un Estado social al servicio de sus ciudadanos, la intervención penal estará legitimada siempre y cuando sea absolutamente necesaria para la protección de aquéllos, y esto se da cuando los mecanismos extra penales no son suficientes para garantizar dicha protección.

El contenido de este principio ha sido desarrollado por MIR PUIG en los siguientes términos:

“Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad” (MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 4ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona, 1996, p. 90)...”.

Al respecto, es oportuno indicar que el decoro militar puede y efectivamente se garantiza, ante todo, mediante normas disciplinarias y administrativas en general; sin que ello obste que, ante casos graves, se estime que una determinada conducta encuadra en el encabezamiento del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar; siempre que esa conclusión no se fundamente en una interpretación contraria a la dignidad, al derecho a la igualdad ante la ley, a la progresividad en la garantía de los derechos

humanos y, en fin, al margen de Constitución, pues seguramente será anulada y generaría las responsabilidades a que hubiere lugar.

Sobre la proscripción del “Derecho Penal del autor” y los principios de responsabilidad por el hecho y culpabilidad, la otrora Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, asentó lo siguiente en decisión del 14 de octubre de 1997 (ya próximos a las transformaciones socio-jurídicas que se concretaron el año siguiente y que derivaron en la aprobación de la Constitución de 1999), mediante la cual declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre Vagos y Maleantes:

“...Igualmente, autores sostienen que este principio va de la mano con el libre desarrollo de la personalidad, que consiste en:

‘Artículo 52º- A las personas que se encuentren en jurisdicción del Estado y puedan ser consideradas como vagos y maleantes, se le aplicará previo el cumplimiento de las tramitaciones legales, las sanciones establecidas en la Ley Nacional que preveé (sic) este tipo de infracciones’.

De la lectura de dicha norma, se extrae que la misma permite la imposición de sanciones a personas que se consideren como ‘vagos’ o ‘maleantes’. Sobre este particular, debe precisar esta Sala, en primer lugar, que la ley nacional que contempla tales sanciones y a la cual hace referencia el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara, es decir, la ley cuyo contenido es desarrollado por dicho artículo, es la Ley sobre Vagos y Maleantes, reformada por última vez el 18 de julio de 1956, y cuya inconstitucionalidad total fue declarada por la extinta Corte Suprema de Justicia en pleno, en sentencia del 14 de octubre de 1997.

En segundo lugar, dicho artículo condiciona la aplicación de las referidas sanciones (nulas actualmente), a la cualidad de ‘vago’ o ‘maleante’ que tenga el sujeto pasivo de aquéllas. Sobre este particular, esta Sala advierte que tales connotaciones son propias del denominado ‘Derecho Penal del autor’, en virtud del cual se castigan a las personas por su forma de ser o por su personalidad, y no por los hechos que realizan, modelo este que se contrapone al moderno ‘Derecho penal del hecho’.

Ahora bien, al posibilitar el legislador estatal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquélla establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del ‘Derecho Penal del autor’ en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo cual resulta abiertamente contrario al PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (nullum crimen sine culpa), que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso sub lite, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge en su texto sin duda alguna el PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, pero no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores, principios y derechos. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social. El sustrato de dicho

principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 en sus numerales 1 y 2, del artículo 44.3, del artículo 46 en sus numerales 1 y 2, y del artículo 49.2 del Texto Constitucional. De igual forma, cabe señalar que el principio de culpabilidad se encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional.

Resulta entonces obvio que el contenido de todos estos valores, principios y derechos constitucionales antes mencionados se ve afectado por la norma aquí examinada, toda vez que ésta dispone que el carácter de ‘vago’ o de ‘maleante’ constituirá un presupuesto para las sanciones correspondientes (a saber, las previstas en la Ley sobre Vagos y Maleantes)...

‘Lo anteriormente transcrito expresa la finalidad de la ley. Es decir, la corrección de ‘los vagos y maleantes’, y la defensa de la sociedad. Dicha finalidad, en mayor o menor medida, coincide con la de las leyes penales. Sin embargo, mientras que estas últimas regulan hechos concretos, consumados (hechos punibles), atribuyéndoles determinadas penas, la ‘Ley sobre Vagos y Maleantes’ viene a regular la conducta de los sujetos, lo cual es de carácter subjetivo. Se trata de un conjunto normativo de tipo preventivo, a diferencia de las leyes penales, las cuales, a pesar de la tendencia hacia la humanización del Derecho Penal, son predominantemente represivas.

A causa de lo anotado, tanto el artículo 2º como el artículo 3º de la ley, lo que hacen, no es tipificar conductas como punibles sino atribuir la situación de ‘peligrosidad’ al sujeto que incurra en tales conductas, lo cual, ciertamente, es distinto. En otras palabras, ‘se castiga al hombre por lo que es y no por lo que hace’.

5- En fin, el principio de culpabilidad, cuando, con motivo de ejecutar determinado hecho jurídicamente indiferente, se deriva un resultado por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos, órdenes o resoluciones de la autoridad (J.R. Mendoza Troconis, ‘Curso de Derecho Penal’ Venezolano, Tomo I, 1945, Pg. 144), no encuentra su base en la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes por encontrarse seriamente cuestionado dicho principio, ya que en razón de la indeterminación de las categorías, no es prácticamente posible deducir quién es culpable jurídicamente.

6- La Ley sobre Vagos y Maleantes está supuestamente dirigida a castigar, no al acto punible sino a la persona. No a su conducta sino a lo que es, de manera que esta característica de la Ley autoriza la persecución de personas, sin consideración a que se cometan o no acciones prohibidas. Se violan así el derecho a la libertad y a la seguridad personales consagradas en los artículos 60, ordinales 2º y 1º de la Constitución de la República.

7- En tal sentido, debe concluirse, según criterio de esta Corte, que las situaciones, antes aludidas, son repugnantes a la Constitución, pues las mismas comportan privación de libertad respecto a un sujeto, sobre la base de supuestos que no están tipificados como delitos o faltas. Sin embargo, la restricción o privación de libertad ‘como consecuencia de sanción penal’ no parece caber en el campo de la inconstitucionalidad, toda vez que la sanción penal deriva de una sentencia condenatoria, o -por extensión- de un decreto de detención dictados en el marco legal del proceso penal. En definitiva, se trata de violación de la libertad, como consecuencia de sanción penal. Para este Alto Tribunal son especialmente graves tales medidas, pues su límite máximo es de cinco (5) años según establece el artículo 5º de la ley comentada e impugnada”.

En un sentido similar, esta Sala, en sentencia N° 1744, del 9 de agosto de 2007, asentó lo que sigue:

“Ahora bien, al posibilitar el legislador estatal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquélla establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del ‘Derecho Penal del autor’ en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo

cual resulta abiertamente contrario al PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (nullum crimen sine culpa), que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso sub lite, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger. En efecto, el Tribunal Constitucional español en STC 150/1991, de 4 de julio, señaló que ‘...no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos’...”.

Luego de examinar tales criterios, se estima que la norma impugnada, al menos en su redacción, evidencia en sí esa legislación penal o derecho penal de autor, al sancionar al militar que cometa actos contra natura, sin expresar las circunstancias de tales actos, si deben ser exteriorizados, si también se sancionan actos meramente internos, si se requiere la lesión o puesta en peligro suficiente a un bien jurídico tutelado, entre otros aspecto.

Respecto del binomio “principio de legalidad y Estado de Derecho”, en sentencia N° 1203, del 23 de julio de 2008, esta Sala sostuvo:

“...que el principio de legalidad penal funge como base fundamental para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho, en el sentido de que el primero constituye la concreción de varios aspectos del segundo en el ámbito del Derecho Penal, estando dicho principio estrechamente vinculado con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad (sentencia n° 1.744/2007, del 9 de agosto). Concretamente, el Estado de Derecho exige el sometimiento del ius puniendi al Derecho, lo cual da lugar al principio de legalidad y al conjunto de límites y garantías que de él se desprenden.

omissis

Sobre la vinculación entre el Estado de Derecho y el principio de legalidad penal, el Tribunal Constitucional español ha afirmado lo siguiente:

‘...El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización...’ (STC 156/1996, de 14 de octubre).

De todo lo anterior se colige que la vulneración del principio de legalidad penal por un órgano jurisdiccional -y por cualquier otro órgano del Poder Público Nacional-, constituye también una afectación al propio Estado de Derecho y a la seguridad jurídica, los cuales son principios medulares que inspiran a todo el ordenamiento jurídico nacional. Siendo así, la mentada vulneración constitucional representaría a todas luces una clara incitación al caos social, y por tanto, estaría larvada de ilegitimidad cualquier intervención penal que de ella se pretenda derivar.”

Asimismo, respecto del principio de legalidad, en sentencia N° 1794, del 9 de agosto de 2007, esta Sala afirmó:

“... se aprecia que de esta primera garantía se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (nullum crimen sine lege); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (nulla poena sine lege); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 1 del Código Penal.

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (lex praevia), con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (lex scripta), de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (lex stricta o lex certa), cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en primer lugar, que constituye una EXIGENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una GARANTÍA POLÍTICA, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo.

Sobre estas características del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional español ha establecido lo siguiente:

‘...El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización. El efectivo reconocimiento del principio de legalidad penal obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido...’ (STC 156/1996, de 14 de octubre).

Luego, el contenido del principio de legalidad se concreta en la creación del tipo penal – descripción precisa e inequívoca de la conducta en la norma-, cuyo contenido, dentro del edificio conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la categoría de la tipicidad –correspondencia o adecuación de la conducta con la descripción del tipo-, materializándose de esta forma la garantía criminal y la garantía penal, ambas derivadas del principio de legalidad. En otras palabras, el legislador nacional es el único llamado a afirmar, desarrollar, completar, reforzar y concretar la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad.

De lo anterior se colige entonces que la legalidad y la tipicidad se encuentran en una línea de parentesco descendente, en el sentido de que el principio de legalidad (*nullum crimen*) implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

Sobre esta vinculación conceptual entre las dos categorías antes señaladas, FERNÁNDEZ CARLIER afirma que ‘... la tipicidad es un concepto específico del género que representa el principio de reserva o de legalidad. Uno a otro se relacionan estrechamente, se contienen y hasta se nutren pero no son identificables. La función de la tipicidad es posterior a la legalidad. Ésta necesariamente es anterior a la tipicidad...’ (FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio. *ESTRUCTURA DE LA TIPICIDAD PENAL*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tercera edición. Bogotá, 1999, p. 81)...”.

Con relación a los axiomas ley estricta (*lex stricta*) y prohibición de analogía *in malam partem* (en perjuicio), este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, mediante decisión N° 956, del 9 de mayo de 2006, asentó lo que sigue:

“...es necesaria la prevención contra la doctrina en la que pretendió fundamentarse el a quo constitucional, para la desestimación de la presente demanda de amparo. En efecto, dicha instancia estimó que la pretensión de tutela era inadmisibles, por razón de unas supuestas “cuestiones previas virtuales” que serían aplicables, por analogía, en el procedimiento penal, como ‘excepciones virtuales’. Al respecto, debe reiterarse que, en primer lugar, **ni la Ley ni la doctrina dominante admiten, en materia penal, tanto sustantiva como procesal, la analogía, de conformidad con el principio de legalidad que la rige**. Por otra parte, tal como se expresó en el fallo no 3242, de 12 de diciembre de 2002, en relación con las nulidades, también establece ahora que la materia de excepciones es de estricto orden público y no cabe la admisión de ninguna impugnación de esta naturaleza, más allá de las que la Ley, de manera taxativa, admite expresamente, de suerte que las tales ‘excepciones virtuales’ que el a quo invocó, como medios judiciales preexistentes disponibles por la hoy parte actora, no tienen cabida alguna en el procedimiento penal y, por tanto, no debieron ser esgrimidas para la negación de la admisibilidad de la acción de amparo, de conformidad con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.” Resaltado añadido.

Ahora bien, como ya se indicó, la conducta penalmente tipificada es la “*comisión de actos sexuales contra natura*”, la cual, aun realizando una interpretación restrictiva, la misma está exenta de ser válidamente aplicada conforme a la Constitución, en razón del grado superlativo y anacrónico de su indeterminación, lo que la hace contraria a principios y normas constitucionales, así como a interpretaciones que esta Sala ha realizado respecto de ellas.

Así pues, se observa que la disposición cuya nulidad solicita el Defensor del Pueblo, ciudadano Alfredo Ruiz, vulnera los axiomas de determinación, *lex stricta* (ley estricta), taxatividad y legalidad penal, y, además, su hipotética aplicación pudiera lesionar, en algunos supuestos, los principios de proscripción de la analogía *in malam partem*, reserva legal, progresividad de los derechos humanos, responsabilidad por la conducta externa, culpabilidad, igualdad, exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad, expectativa plausible, confianza legítima, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, favorabilidad, utilidad de la intervención penal, racionalidad, subsidiariedad y

carácter fragmentario de la intervención penal, dignidad, libertad, defensa, seguridad jurídica y debido proceso, entre otros.

Al respecto, la nulidad de la referida disposición debe declararse aun cuando la misma esté en evidente desuso, en tanto la ineficacia de una norma no implica el cese de su vigencia, con el riesgo, aunque remoto, de su aplicación inconstitucional en algún caso en particular, razón por la que esta Sala, en estricto cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe declarar con lugar la solicitud de autos y anula, como en efecto lo hace, el aparte *in fine* del artículo 565. Así se decide.

Como ha podido observarse, el referido control de la constitucionalidad está basado en razones estrictamente jurídicas, por lo que la referida nulidad no debe ser sacada de contexto, bajo ningún concepto, so pena de las responsabilidades a que hubiere lugar; pues la misma es resultado de una aplicación directa e inmediata de la Constitución, *Norma Normarum* que democráticamente se ha dado el Pueblo venezolano, cuyos efectos se restringen exclusivamente a lo que ella implica en los términos de la presente decisión, respetando y acatando en todo momento el resto de la legislación vigente, así como las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional y de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

En razón de ese pronunciamiento, se fijan efectos retroactivos de la presente declaratoria, en tanto la misma implica una decisión abolutiva (supuesto de sucesión de actos normativos penales) y, por ende, más favorable; así como también efecto hacia el futuro de la presente decisión, sin que ello obste las potestades reguladoras del Poder Legislativo Nacional.

Se ordena la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en el Portal de la Página Web de este Máximo Tribunal, con la siguiente indicación: “*Sentencia que anula el único aparte del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, por carecer de suficiente determinación en lo que respecta a la conducta que penaba*”.

VI DECISIÓN

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

1.- **CON LUGAR** la demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, ciudadano Alfredo Ruiz Angulo, contra el único aparte del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, publicado en Gaceta Oficial N° 6646 Extraordinario, del 17 de septiembre de 2021.

2.- **NULA** la disposición contenida en el único aparte del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, publicado en Gaceta Oficial N° 6.646 Extraordinario, del 17 de septiembre de 2021.

3.- **SE FIJAN** efectos retroactivos de la presente declaratoria, en tanto la misma implica una decisión abolutiva y, por ende, más favorable para el reo; así como también efectos hacia el futuro de la presente decisión

4.- Se **ORDENA** la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en el Portal de la Página Web de este Máximo Tribunal, con la siguiente indicación: “*Sentencia que anula el único aparte del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar, por carecer de suficiente determinación en lo que respecta a la conducta que penaba.*”

Publíquese, regístrese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 16 días del mes marzo de dos mil veintitrés (2023). Años: **212°** de la Independencia y **164°** de la Federación.

La Presidenta,

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

La Vicepresidenta,

LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON
Los Magistrados,

LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS

TANIA D’AMELIO CARDIET

MICHEL ADRIANA VELÁSQUEZ GRILLET

El Secretario,

CARLOS ARTURO GARCÍA USECHE

23-0288