



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

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Expediente N° 09-0870

El 16 de julio de 2009, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia recibió el Oficio N° LG010F02009000996 proveniente de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, del 8 de julio de 2009, mediante el cual remitió el Cuaderno de Continencia N° LG01-P-2009-000003, que contiene la sentencia que dictó la referida Corte de Apelaciones el 23 de abril de 2009, mediante la cual desaplicó, de oficio, el artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en el proceso penal que se instauró contra el ciudadano **EMÉRITO PLAYONERO CAICEDO**, titular de la cédula de identidad N° V-23.208.113, por la comisión de los delitos de violencia física y acto carnal con víctima especialmente vulnerable, en perjuicio de una adolescente, a los fines previstos en el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El 21 de julio de 2009, se dio cuenta en Sala del expediente y se designó Ponente al Magistrado Arcadio Delgado Rosales, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 7 de octubre de 2009, mediante sentencia N° 1.294 del 7 de octubre de 2009, esta Sala Constitucional solicitó a la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida que informara si la sentencia objeto de revisión se encontraba definitivamente firme. Dicha información fue remitida mediante Oficio LG010F02009001616, del 23 de noviembre de 2009.

Para decidir, esta Sala considera necesario hacer las siguientes consideraciones:

I

DE LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

La Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, con ocasión del recurso de apelación que interpuso la defensora del ciudadano Emérito Playonero

Caicedo –acusado- contra la sentencia del 7 de octubre de 2008, que dictó el Tribunal Unipersonal de Juicio N° 3 del mencionado Circuito Judicial Penal, el cual lo condenó por la comisión del delito de acto carnal con víctima especialmente vulnerable, desaplicó –de oficio- el artículo 43 de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en los términos siguientes:

“(…) Ahora bien, analizada condena (sic) impuesta al acusado, observa esta Corte que fue soportada en el artículo 44 ordinal 2 en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (en los [sic] sucesivo LOSDMVLV [sic]), imponiendo al otrora acusado a una penalidad de diecisiete (17) años de prisión.

(omissis)

Luego de citados los anteriores artículos, aplicados en la condenatoria del otrora acusado Emerito (sic) Playonero, debemos citar los siguientes artículos de nuestra Constitución Nacional (sic):

(omissis) –Artículos 1 y 2-

*De los citados artículos de la Carta Magna, podemos evidentemente apreciar que entre los destacados principios orientadores de la República, tenemos a la IGUALDAD y a la JUSTICIA. También apreciamos que nuestra Constitución prevé que en el (sic) República Bolivariana de Venezuela, ‘**Todas las personas son iguales ante la ley**’. Debido a ello, no puede permitirse la discriminación, entre otras, en razón del sexo.*

Sin (sic) observamos las normas por las que [fue] (sic) fundamentada la condenatoria impuesta a Emerito (sic) Playonero, puede claramente apreciarse que esta proclamada igualdad de las personas ante la ley, no es tal. Ello en razón a (sic) que en materia de delitos sexuales, las penas a aplicar crean una notoria discriminación en razón del sexo. Esto puede evidenciarse tanto si se trata de sujetos activos, como de sujetos pasivos del delito.

Para explicar esta conclusión, comenzamos por destacar que el artículo 43 de la LOSDMVLV (sic), sustrae de la compendia(sic) de la ley especial de protección al niño y al adolescente, a las niñas y adolescentes de sexo femenino, como sujetos pasivos del delito, en materia de delitos sexuales.

Adicionalmente, la norma en referencia (artículo 43 LOSDMVLV [sic]) genera una desigualdad de derechos de las víctimas en razón del sexo. En tal sentido se aprecia que mientras que para la LOSDMVLV (sic), la penalidad a imponer por el delito de violencia sexual ejecutado contra una niña, oscila entre los 15 a 20 años de prisión, en el caso de que resulte como víctima un niño o adolescente de sexo masculino, la penalidad, conforme prevé el artículo 259 LOPNA (sic), solo será de 5 a 10 años de prisión.

Ante esta situación vale preguntarse ¿Es acaso menos grave la violación de un niño (varón), que la de una niña (hembra)?; ¿Es acaso menos grave la violación de un niño que la de una adolescente?; ¿Es acaso menos grave la violación de un adolescente (varón) que la de una adolescente (hembra)?; O quizás ¿Acaso es menos grave la violación de un niño (varón) que la de una mujer adulta? Creemos que no, sin embargo la LOSDMVLV (sic) establece inexplicablemente una marcada diferencia.

Por otra parte consideramos que la propia ley LOSDMVLV (sic) también crea desigualdad, desde el punto del sujeto pasivo, pues mientras un hombre puede ser condenado –conforme a lo previsto en el artículo 43 LOSDMVLV (sic)- a una penalidad de 15 a 20 años, y –en casos especiales- hasta con un aumento de una (sic) cuarto a un tercio de la pena, para el caso del delito de acto carnal con una niña o adolescente; una mujer solo será penada de 5 a 10 años de prisión, conforme prevé el artículo 259 LOPNA, cuando la víctima sea un niño o un adolescente, pudiendo esta pena aumentarse hasta un cuarto en casos especiales.

Ahora bien, en nuestro criterio el objeto de la ley especial (LOSDMVLV [sic]) no es establecer mayor penalidad a los delitos cuyas víctimas sean de sexo femenino. Tampoco es generar una desigualdad en razón al sexo. Sino que su objeto y finalidad es proteger a las mujeres (de cualquier edad), a través de mecanismos efectivos y eficaces contra la violencia masculina.

Así las cosas, queda en franca evidencia que la ley especial crea desigualdad, y hasta discriminación en razón al (sic) sexo, violentando la prohibición Constitucional prevista en el artículo 21.1 de nuestra Carta Magna.

*Ahora bien, tomando los miembros de esta Corte muy en consideración las palabras de la Dra. Luisa Estella Morales, Presidente (sic) del Tribunal Supremo de Justicia, y de la Sla (sic) Constitucional de dicho mismo Tribunal, con motivo del acto de apertura de las actividades judiciales en el estado (sic) Mérida, celebrado en fecha 13-02-2009, en el cual, al referirse a la necesidad de velar por la supremacía Constitucional en aras de asegurar la vigencia del estado de derecho, exhortó a los jueces a desaplicar a aquellas normas que colidieren (sic) francamente con la Constitución, al amparo del artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal (...). Y evidenciada la inconstitucionalidad del citado artículo 43 de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia (LOSDMVLV), esta Corte de Apelaciones, obrando en protección de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de oficio, en el presente caso seguido contra Emerito Playonero Caicedo, **DESAPLICA** por inconstitucional el artículo 43 de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en razón a (sic) que la penalidad que en el se prevé, violenta la prohibición Constitucional de discriminación en cuanto al sexo (artículo 21.1 Constitucional) (...)" (Destacado del fallo transcrito).*

II

DE LA COMPETENCIA

Mediante auto del 8 de julio de 2009, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida ordenó remitir a esta Sala copia certificada de la decisión que dictó el 23 de

abril de 2009, en la causa penal seguida contra el ciudadano Emérito Playonero Caicedo, a través de la cual desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el artículo 43 de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, al considerar que colide con el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, esta Sala observa que el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

“Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente (...).”

Asimismo, el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

“Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán ésta con preferencia”.

Ahora bien, esta Sala debe determinar su competencia para revisar las sentencias definitivamente firme en las cuales el juez ha desaplicado normas por control difuso de la constitucionalidad.

En tal sentido, de conformidad con lo establecido en los artículos 335 y 336, cardinal 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del artículo 5, cardinal 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, corresponde exclusivamente a esta Sala revisar las sentencias dictadas por los demás Tribunales de la República, en las cuales se desapliquen normas por control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales, así como su uniforme interpretación y aplicación.

Así las cosas, dado que en el presente caso la sentencia sometida a la revisión de esta Sala desaplicó una norma de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por colidir –aparentemente- con los artículos 1 y 21.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y conforme a las disposiciones invocadas, esta Sala se declara competente para revisar la sentencia anteriormente citada. Así se declara.

III

MOTIVACIÓN PARA DECIDIR

En el presente caso, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, con ocasión del recurso de apelación que se ejerció contra la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio N° 3 del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Extensión El Vigía, en la causa penal seguida contra el ciudadano Emérito Playonero Caicedo por la comisión del delito acto carnal con víctima especialmente vulnerable, con fundamento en los artículos 1 y 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desaplicó -de oficio- el artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, al considerar “*que la ley especial crea desigualdad, y hasta discriminación en razón del sexo (...)*” y, en su lugar, ordenó aplicar la disposición prevista en el artículo 260 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente (derogada para ese entonces).

La mencionada Corte de Apelaciones señaló que las normas en las que el Tribunal de Primera Instancia Penal en Funciones de Juicio N° 3 del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida fundamentó la condenatoria impuesta al ciudadano Emérito Playonero Caicedo, atentan contra el principio de igualdad de las personas ante la ley, por cuanto en “*materia de delitos sexuales, las penas a aplicar crean una notoria discriminación en razón del sexo. Esto puede evidenciarse tanto si se trata de sujetos activos como de sujetos pasivos del delito (...)*”.

Para arribar a tal conclusión, la prenombrada Corte destacó que el artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia: (1) “*sustraer de la compendia de la ley especial de protección al niño y al adolescente, a las niñas y adolescentes de sexo femenino, como sujetos pasivos del delito, en materia de delitos sexuales*”; (2) “*genera una desigualdad de derechos de las víctimas en razón del sexo*”, pues la penalidad a imponer por el delito de violencia sexual varía según la víctima sea niña o niño, o adolescente de sexo femenino o masculino; y (3) “*también crea desigualdad desde el punto del sujeto pasivo*”, bien sea que el victimario sea hombre o mujer.

Paradójicamente, en forma contradictoria la tan prenombrada Corte precisó que “*el objeto de la ley especial (LOS DMVLV) no es establecer mayor penalidad a los delitos cuyas víctimas sean de sexo femenino. Tampoco es generar una desigualdad en razón al sexo. Sino que su objeto y finalidad es proteger a las mujeres (de cualquier edad) a través de mecanismos efectivos y eficaces contra la violencia masculina (...)*” (subrayado de este fallo).

Al respecto, esta Sala observa que la Organización de las Naciones Unidas, en el Informe del Estudio a Fondo sobre todas las Formas de Violencia contra la Mujer que publicó en julio de 2006, señaló que “*(...) [l]a violencia contra la mujer persiste en todos los países del mundo como una violación generalizada de los derechos humanos y uno de los obstáculos principales para lograr la igualdad de género. Esa violencia es inaceptable,*

ya sea cometida por el Estado y sus agentes, por parientes o por extraños, en el ámbito público o privado en tiempo de paz o en tiempos de conflicto”.

En efecto, la discriminación de las mujeres atenta contra los principios de igualdad de derechos y el respeto de la dignidad humana, y constituye, además, un obstáculo para el bienestar de la sociedad y de la familia, en virtud del importante papel de la mujer en la maternidad y la educación de sus hijos.

Ahora bien, el derecho que tienen las personas a ser tratadas de modo igual, comúnmente está asociado a la prohibición de llevar a cabo prácticas discriminatorias, que es lo que se propugna mediante o a través de los tratados internacionales, las Constituciones y las leyes especiales; sin embargo, estas normas e instrumentos a veces no son suficientes para equilibrar las marcadas diferencias entre ambos sexos; en virtud de circunstancias y situaciones legitimadas por el orden patriarcal –existente en muchas sociedades y culturas humanas, entre ellas la nuestra- que asignaba a los hombres un papel de predominio cultural y social en relación a las mujeres y que justifica la violencia como estrategia para su ejercicio, por lo cual se hace necesario crear nuevos marcos jurídicos que procuren la protección de las mujeres a través de un sistema de garantías para la efectiva igualdad de los derechos.

En tal sentido, se aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la cual define -en el artículo 1.1.- la discriminación contra la mujer en los términos siguientes:

“A los efectos de la presente Convención la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

En este orden de ideas, es menester precisar que, efectivamente, la Constitución de la República propugna la igualdad y la preeminencia de los derechos humanos, entre sus principios fundamentales y valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado (artículos 1 y 2).

En atención a tales enunciados, el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela previó lo siguiente:

“Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

*1. **No se permitirá discriminaciones** fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y libertades de toda persona.*

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables, protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (omissis)” (resaltado del presente fallo).

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

Así pues, con el fin de lograr un verdadero equilibrio y asegurar efectivamente la igualdad tanto de *iure* y como de facto entre hombres y mujeres, que se había menoscabado –como se apuntó *supra*- por la existencia de patrones culturales ligados a la socialización y a la imperfecta educación de género, que proyectaba desigualdad social (al respecto vid. SSC N° 229 del 14 de febrero de 2007), en Venezuela se promulgó la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, ajustándose al marco del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia (artículo 1 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia).

Así las cosas, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, conforme al artículo 21.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se adoptó un conjunto de **medidas positivas** a favor de las mujeres, denominadas por una parte de la doctrina jurídica como discriminación inversa o en positivo, que no es más que la necesidad de vincular el derecho a no ser discriminado con la obligación de implementar políticas de inclusión de individuos considerados diferentes, pretendiéndose paliar situaciones de desigualdad.

Ciertamente, la discriminación inversa conlleva acciones positivas, que pueden caracterizarse en general como aquellas medidas que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades; favoreciendo a personas pertenecientes a un grupo históricamente discriminado.

En este orden de ideas, la doctrina ha señalado que la discriminación inversa contiene dos elementos importantes: (1) no está sujeta en absoluto a ninguna motivación social despectiva o minusválida, ni que se pueda asemejar a ella; (2) su finalidad es, y debe ser, efectivamente, conseguir una situación social más igualitaria entre grupos injustamente discriminados; y (3) su objeto no afecta nunca derechos básicos.

Ahora bien, en la sentencia objeto de revisión, se observa que con la desaplicación de la norma especial, el Juez erosionó la confianza colectiva en el sistema jurídico como instrumento de resolución y regulación de conflictos sociales, disipando, además, la obligación de protección que el Estado debe brindar a la mujer-víctima, en los términos que alude el artículo 21.2 constitucional, pues no se detuvo a realizar un análisis real y consciente -al que estaba obligado- al momento de confrontar constitucionalmente la norma, obviando las consecuencias que tal desaplicación produciría en la realidad social, además de que materializó la profunda y arraigada convicción social e histórica del sistema patriarcal, que ha colocado a las mujeres en una posición de desigualdad en múltiples aspectos de la vida social, y que desde el punto de vista cultural las hace objeto de subordinación, anulando, obstaculizando o limitando el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos constitucionales.

La Sala advierte, que el Juez de instancia actuando como juez constitucional del Estado Social de Derecho no es un mero técnico jurídico, ya que sus decisiones deben ajustarse a las exigencias éticas, morales y sociales, equilibrando las desventajas a través de medidas compensadoras desde una perspectiva colectiva, que puedan representar, en el plano individual, tratamientos formalmente desiguales, en el sentido de favorecer, por vía de compensación, a las mujeres frente a los hombres, lo que es necesario para alcanzar el ideal de la justicia social.

Se insiste en que los jueces y operadores jurídicos en general, en materia de género, deben abandonar los tradicionales esquemas del sistema social patriarcal y androcéntrico imperante, de las creencias, comportamientos, roles, expectativas y atribuciones que sustentan a dicho sistema así como la discriminación y violencia contra las mujeres en general, y adoptar fielmente el régimen especial de protección en favor de las mujeres, en pro de la justicia social, pues de lo contrario se estaría vulnerando la integridad física y moral de quien demanda esa protección especial.

Aunado a lo anterior, esta Sala hace énfasis en que en los delitos de género -delitos en los que sus víctimas son esencial y especialmente las mujeres- el operador de justicia debe tomar en consideración las circunstancias que los caracterizan: (1) los múltiples mecanismos de producción, bien sea por acción o por omisión, cuyas consecuencias pueden compararse en algunos casos con las torturas; (2) la conducta usual de la víctima sobre el delito, que pretende comprender, justificar o minimizar la acción del agresor; (3) la vergüenza, el miedo a la que se encuentra sometida la víctima por parte de su agresor y hasta a exponer su honor y su derecho a la intimidad personal al momento de presentar la denuncia, y rendir declaraciones tanto ante las autoridades policiales como ante los órganos jurisdiccionales de los hechos que constituyeron la denuncia, causándole sufrimiento y humillación.

De allí pues, que resulta un error que el operador judicial juzgue la agresión contra la mujer como una forma más de la violencia común, ya que con ello se estaría justificando el uso de la violencia como algo lógico y normal y exculpando a quien la ejerce con el velo de la normalidad, permitiendo que se sancione con penas menos severas una serie de conductas que atentan contra las mujeres en su integridad física y moral, y muy especialmente contra la familia, concebida como célula fundamental de la sociedad.

Por otra parte, la Sala no puede pasar por alto que la mencionada Corte de Apelaciones incurrió en un error al aplicar la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que fue derogada en 2007, en relación con el delito de violación, que en la actualidad fue modificada y establece la misma pena en los casos de violación de una niño o adolescente varón o una niña o adolescente hembra, por lo que no es posible ningún tipo de discriminación respecto del victimario.

En consecuencia, conforme a las razones expuestas, esta Sala considera que la decisión bajo examen, mediante la cual se desaplicó el artículo 43 de la Ley Orgánica de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, no es conforme a derecho, pues la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida se extralimitó en sus poderes, para arremeter contra el sistema jurídico instaurado para salvaguardar a las mujeres de la violencia de la cual son objeto, y que constituye una materia de gran

sensibilidad social, apartándose en forma diáfana tanto del ordenamiento jurídico como de la jurisprudencia que al respecto ha dictado esta Sala. Por tanto, se ordena dicte nuevo fallo en la causa penal seguida contra el ciudadano Emérito Playonero Caicedo, con ocasión del recurso de apelación que ejerció el mismo contra la decisión dictada por el Tribunal Unipersonal de Juicio N° 3 del Circuito Judicial Penal de la mencionada Circunscripción Judicial, con sujeción a la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Así se decide.

DECISIÓN

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

1. **NO CONFORME A DERECHO** la desaplicación del artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en la causa penal seguida contra el ciudadano **EMÉRITO PLAYONERO CAICEDO**, por la presunta comisión del delito de acto carnal con víctima especialmente vulnerable.

2. **ANULA** el fallo dictado el 23 de abril de 2009 por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida en la causa penal seguida contra el ciudadano **Emérito Playonero Caicedo**.

3. **ORDENA** a una Corte de Apelaciones Accidental del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, que se constituya al efecto, que dicte una nueva sentencia con estricto acatamiento a lo dispuesto en el presente fallo.

Publíquese y regístrese. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.
Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los

días del mes de de dos mil diez. Años: **200º** de la Independencia y **151º** de la Federación.

La Presidenta,

Luisa Estella Morales Lamuño

El Vicepresidente,

Francisco Carrasquero López

Jesús Eduardo Cabrera Romero

Magistrado

Pedro Rondón Haaz

Magistrado

Marcos Tulio Dugarte

Magistrado

Carmen Zuleta de Merchán

Magistrada

Arcadio Delgado Rosales

Magistrado Ponente

El Secretario

José Leonardo Requena

Expediente N° 09-0870

ADR

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su concurrencia con el dispositivo del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 62 del

Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia, expresa voto concurrente en los siguientes términos:

La Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida desaplicó el artículo 43 de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por cuanto estimó que su aplicación, en el caso concreto que decidía, era violatorio, para el imputado al derecho a la igualdad y no discriminación que preceptúa el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; ello con ocasión del juicio penal que se le siguió al ciudadano Emérito Playonero Caicedo por la comisión de los delitos de violencia física y acto carnal con víctima especialmente vulnerable.

La decisión de la Corte fue remitida a esta Sala, en consulta, para la revisión del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad.

Al respecto, la Sala estimó que la sentencia de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida no fue conforme a derecho porque el artículo 43 de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia no vulnera de ninguna manera el derecho a la igualdad y no discriminación que establece el artículo 21 del Texto Fundamental, y, como consecuencia de ello, la mayoría de la Sala concluyó que la Corte *“se extralimitó en sus poderes, para arremeter contra el sistema jurídico instaurado para salvaguardar a las mujeres de la violencia de la cual son objeto, y que constituye una materia de gran sensibilidad social, apartándose en forma diáfana tanto del ordenamiento jurídico como de la jurisprudencia que al respecto ha dictado esta Sala”*.

Ahora bien, la discrepancia de la parte motiva de la referida decisión atañe a que en, el caso de autos, no correspondía el ejercicio del control de la constitucionalidad, por cuanto la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, como fundamento de su desaplicación del artículo 43 de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, erróneamente confrontó dicha disposición legal con los artículos 259 y 260 la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente derogada.

Así, la Corte estimó que resultaba necesaria la desaplicación del artículo 43 de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia porque apreció una supuesta desigualdad y discriminación entre ésta y Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente derogada. En efecto, la Corte analizó las penas imponibles en los casos de que el delito de abuso sexual sea cometido en perjuicio de una niña o adolescente de sexo femenino o de un niño o adolescente de sexo masculino pero, para ello, comparó el texto legal en materia de protección de niños y adolescentes derogado y la Ley especial en materia de violencia contra la mujer, y concluyó que ésta última tenía una pena superior cuando el sujeto pasivo del delito de abuso sexual era una niña o adolescente de sexo femenino a diferencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente que fue derogada, que preceptuaba una pena inferior para el caso de que el sujeto pasivo del delito fuera un niño o adolescente varón.

En la actualidad, la violación a un niño o adolescente varón merece la misma pena que la violación a una niña o adolescente hembra. En efecto, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes vigente, en los artículos 259 y 260, señala:

Artículo 259. Abuso sexual a niños y niñas.

Quien realice actos sexuales con un niño o niña, o participe en ellos, será penado o penada con prisión de dos a seis años.

Si el acto sexual implica penetración genital o anal, mediante acto carnal, manual o la introducción de objetos; o penetración oral aún con instrumentos que simulen objetos sexuales la prisión será de quince a veinte años.

Si el o la culpable ejerce sobre la víctima autoridad, Responsabilidad de Crianza o vigilancia, la pena se aumentará de un cuarto a un tercio.

Si el autor es un hombre mayor de edad y la víctima es una niña, o en la causa concurren víctimas de ambos sexos, conocerán los Tribunales Especiales previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia conforme el procedimiento en ésta establecido (Subrayado añadido).

Artículo 260. Abuso sexual a adolescentes.

Quien realice actos sexuales con adolescente, contra su consentimiento, o participe en ellos, será penado o penada conforme el artículo anterior.

Por su parte, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en su artículo 43 (que fue el que resultó desaplicado en el caso de autos) establece lo siguiente:

Quien mediante el empleo de violencias o amenazas constriña a una mujer a acceder a un contacto sexual no deseado que comprenda penetración por vía vaginal, anal u oral, aun mediante la introducción de objetos de cualquier clase por alguna de estas vías, será sancionado con prisión de diez a quince años.

Si el autor del delito es el cónyuge, concubino, ex conyuge, ex concubino, persona con quien la víctima mantiene o mantuvo relación de afectividad, aun sin convivencia, la pena se incrementará de un cuarto a un tercio.

El mismo incremento de pena se aplicará en los supuestos que el autor sea el ascendiente, descendiente, pariente colateral, consanguíneo o afín de la víctima.

Si el hecho se ejecuta en perjuicio de una niña o adolescente, la pena será de quince a veinte años de prisión. (Subrayado propio)

Si la víctima resultare ser una niña o adolescente, hija de la mujer con quien el autor mantiene una relación en condición de cónyuge, concubino, ex cónyuge, ex concubino, persona con quien mantiene o mantuvo relación de afectividad, aun sin convivencia, la pena se incrementará de un cuarto a un tercio.

La Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida basó la desaplicación del citado artículo en lo siguiente:

... DESAPLICA por inconstitucional el artículo 43 de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia, en razón a que la penalidad que en el se prevé, violenta la prohibición Constitucional de discriminación en cuanto al sexo (artículo 21.1 Constitucional). Así entonces, esta alzada MODIFICA la decisión recurrida en cuanto a la penalidad impuesta, y en lugar de la norma empleada (artículo 43 LOSDMVLV), aplica la prevista en el artículo 260 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en concordancia con lo previsto en el artículo 259 eiusdem, estableciendo que CONDENA al acusado Emerito Playonero Caicedo, por el delito de abuso sexual a adolescente (LOPNA) cometido en contra de (se omite nombre de conformidad con el artículo 65 de la LOPNA). En tal sentido, establece el artículo 260 en concordancia con el 259 de la LOPNA que por el delito de abuso sexual a adolescentes se impondrá una pena de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuyo término medio, conforme a lo previsto en el artículo 37 del Código Penal es de siete (7) años y seis (6) meses de prisión. Siendo – conforme quedó establecido en al recurrida- que el acusado ejercía la guarda sobre la víctima, conforme a lo previsto en el aparte único del artículo 259 LOPNA, debe la pena ser aumentada en una cuarta parte, quedando en definitiva la pena a imponerse contra Emerito Playonero Caicedo, por la comisión del delito de Abuso

Sexual a Adolescente en nueve (9) años y cuatro (4) meses de prisión y así se decide (Subrayado añadido).

Es evidente, para quien aquí concurre, que la Corte de Apelaciones incurrió en un error al aplicar la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente derogada en 2007, la cual establecía, en los artículos 259 y 260, lo siguiente:

Artículo 259. Abuso Sexual a Niños. Quien realice actos sexuales con un niño o participe en ellos, será penado con prisión de uno a tres años.

Si el acto sexual implica penetración genital, anal u oral, la prisión será de cinco a diez años.

Si el culpable ejerce sobre la víctima autoridad, guarda o vigilancia, la pena se aumentará en una cuarta parte (Subrayado añadido).

Artículo 260. Abuso Sexual a Adolescentes. Quien realice actos sexuales con adolescente, contra su consentimiento, o participe en ellos, será penado conforme el artículo anterior.

Dichos preceptos no eran aplicables al caso, por cuanto el Juzgado Quinto en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, Extensión El Vigía, decretó la aprehensión en flagrancia del ciudadano Emérito Playonero Caicedo el 12 de junio de 2008, oportunidad para la cual ya estaba vigente la Ley Orgánica de Protección del Niños, Niñas y Adolescente, la cual dispone la misma pena para el delito de abuso sexual de niños y adolescentes masculinos que la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el abuso sexual de niñas y adolescentes femeninas.

En virtud de ello, la Sala debió haber declarado la falta de conformidad a derecho de la sentencia que se revisó, pero no por disenso de los criterios de la juzgadora acerca del contenido material de la norma y su supuesta inconstitucionalidad sino por cuanto, en el caso concreto, no existía un problema de constitucionalidad que impusiese la desaplicación del artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia con respecto al artículo 21 de la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela, por su supuesta y negada colisión con los artículos 259 y 260 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En cambio, la Sala soslayó el modo como opera el control difuso de constitucionalidad, que tiene como marco infranqueable *las circunstancias del caso concreto que exijan la aplicación de una norma que el juez estime contraria al texto constitucional, que no es el asunto de autos, en tanto que, por lo que respecta específicamente al que se contrae la decisión objeto de revisión,* con independencia de lo que se opine acerca de la constitucionalidad o no del artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en el caso de que la víctima sea niña o adolescente del sexo femenino, no es posible ningún tipo de discriminación respecto del ciudadano Emérito Playonero Caicedo, en cuanto son idénticas la pena y las fracciones por las agravantes aplicables (de un cuarto a un tercio), para los casos de abuso sexual, independientemente del sexo del sujeto pasivo menor de edad.

Es por lo anterior que quien concurre comparte el fallo anulatorio de la decisión de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida pero por diferentes motivos ya que, en la hipótesis *sub examine*, no cabía el planteamiento acerca de vulneración alguna al derecho a la igualdad y a la no discriminación por la aplicación de una u otra de las leyes que examinó la juzgadora ordinaria.

Queda así rendido este voto concurrente.

|

Fecha *retro*.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Vice.../

...presidente,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

Concurrente

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

.../

...

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

PRRH.sn.ar.

Exp. 09-0870

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en virtud de la potestad que le confiere el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, consigna su opinión concurrente al contenido decisorio del presente fallo, que declaró NO CONFORME A DERECHO la desaplicación del artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia realizada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida el 23 de abril de 2009, recaída en la causa penal seguida al ciudadano EMÉRITO PLAYONERO CAICEDO por la presunta comisión del delito de acto carnal con víctima especialmente vulnerable.

La sentencia aprobada por la mayoría sentenciadora certeramente señaló que el control difuso realizado:

...no es conforme a derecho, pues la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida se extralimitó en sus poderes, para arremeter contra el sistema jurídico instaurado para salvaguardar a las mujeres de la violencia de la cual son objeto, y que constituye una materia de gran sensibilidad social, apartándose en forma diáfana tanto del ordenamiento jurídico como de la jurisprudencia que al respecto ha dictado esta Sala.

Tanto la conclusión transcrita como los fundamentos que la preceden son plenamente compartidos por la Magistrada concurrente; sin embargo, en opinión de quien suscribe, la mayoría sentenciadora debió acentuar la gravedad de la desaplicación realizada por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, y lo nefasto que resulta para el sistema de protección de las Mujeres, adolescentes y niñas de este país, dando cabida a la discriminación secundaria y mostrando que entre los mismos operadores de justicia llamados a aplicar la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia hay quines no creen en lo real y palpable de la desigualdad de género. De allí, que la razón de este Voto, como otros que ha presentado con anterioridad quien suscribe, tiene fines didácticos, enmarcado en el rol orientador que también posee la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, para salirle al paso a interpretaciones sesgadas que pretenden la banalización de la violencia y la discriminación de mujeres, adolescentes y niñas, y afirmar con contundencia que sentencias como la aquí revisada no deben repetirse pues están destinadas al archivo de las «decisiones lamentables».

Sin lugar a dudas, conforme con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todos los jueces y juezas de la República están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución y aplicar con preferencia las disposiciones constitucionales en caso de incompatibilidad entre ésta y una ley u otra norma jurídica. De modo, que al figurar el *control difuso* en el abanico de las potestades jurisdiccionales, incardinada además entre los mecanismos de tutela constitucional, su ejercicio por parte del juez o jueza se reputa como válido; en otras palabras, el control difuso forma parte de la libertad de valoración del órgano jurisdiccional para desaplicar en un caso concreto la norma que el juez o jueza juzga inconstitucional. Se trata de una doble vinculación del juez o jueza a la Constitución y a la ley que prevé la posibilidad de un control horizontal de la Constitución; así el juez o jueza en nuestro sistema judicial es juez o jueza de la legalidad y juez o jueza de la constitucionalidad.

La pertinencia o certeza de esa desaplicación es otra cosa, y para ello el mismo texto constitucional, esta vez en su artículo 336.10, establece la revisión constitucional como el mecanismo de verificabilidad del acierto del control difuso efectuado. La declaratoria de no conformidad a derecho y la «posible» anulación de la sentencia que

realice un control difuso es muestra clara de que la condición de esta Sala Constitucional de *máximo* garante de la integridad de la Constitución y custodio de su uniforme interpretación la habilita para desconocer la interpretación que del texto constitucional realice el juez o jueza de instancia. De allí que, como acertadamente lo indica la doctrina constitucional más autorizada, el problema de la vinculación de los jueces o juezas a la ley acaba siendo un problema de jurisdicción y así debe ser abordado. En el fondo, de lo que se trata es de poner de manifiesto la estrecha conexión entre las dos jurisdicciones (que ya no pueden considerarse separadamente: «de constitucionalidad y de legalidad») y la muy especial función que desempeña la Sala Constitucional, no sólo como monopolizadora de la apreciación de la inconstitucionalidad de la ley, sino también como supremo tribunal de la «interpretación constitucional» de todo el ordenamiento y guardián último de su unidad o, dicho en palabras de ZAGREBELSKY, garante de su «complejidad estructural» (vid. Aragón Reyes, M. El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad, 1997).

Sin embargo, el hecho de que el control difuso figure entre el catálogo de potestades jurisdiccionales no debe entenderse como una facultad de posibilidades infinitas. El *qué* y el *para qué* del control difuso es el límite infranqueable del Juez o jueza, cuando en su labor de juzgamiento decide rebasar los linderos de la jurisdicción ordinaria para abordar el *thema decidendum* desde la perspectiva constitucional; dicho de otra manera, garantizar la integridad del texto fundamental no es un acto que se tenga por satisfecho con la mera invocación de los preceptos constitucionales en supuesta colisión, sino que la labor supone que el juez o jueza constitucional motivará la valoración que efectúa del sistema constitucional entendido de una manera integral, sin que pueda utilizarse el control difuso para hacer privar sus valores o intereses subjetivos.

La vinculación del juez o jueza a la Constitución le permite hacer una valoración de la ley conforme a los principios y valores constitucionales; pero este sistema constitucional integral de valores y principios no puede ser sustituido por el sistema de creencias y representaciones sociales subjetivas del juez o jueza que realiza el control difuso. En efecto, la Constitución es, en esencia, el reflejo consensuado de los valores de la Sociedad, sus objetivos y su forma de interpretarse a sí misma. El juez o jueza, como ser social, pudiera disentir de esos valores, objetivos o incluso de los mecanismos de acción; pero en su rol jurisdiccional tiene absolutamente vedado institucionalizar su disenso, pues es, en esencia, el garante judicial de los programas que el colectivo se ha dado a sí mismo.

Ya la Sala Constitucional había advertido esta limitación en el ejercicio del control difuso cuando, en sentencia N° 1687/2003, señaló que no le era permitido al juez o jueza objetar su conciencia para no aplicar la interpretación vinculante que sobre un precepto constitucional había realizado esta Sala. Así, en esa oportunidad, señaló lo siguiente:

...el juez en sus decisiones está obligado a atenerse a las normas de derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad (*ex* artículo 12 del C.P.C.); y es con rango normativo como deben los jueces asumir los precedentes vinculantes de la Sala Constitucional como máximo intérprete de la constitucionalidad, sin que frente a ellos el juzgador se permita desacatarlos ni siquiera por una objeción de conciencia, ya que el desacato, además de implicar

la revocación de la sentencia, configura una conducta judicial indebida que puede dar lugar a la imposición directa de una sanción conforme a los artículos 174 y 179 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Al ser así, si se desconoce el valor inmanente en cada enunciado constitucional desaparece el *para qué* desaplicar; y se convierte el control difuso en una pésima exaltación del positivismo más regresivo; al par que se constituiría el escenario perfecto para la tiranía de los jueces y juezas (*noblesse de robe*).

El caso de autos es un buen ejemplo de lo expresado. En efecto, haciendo abstracción de los múltiples yerros del fallo dictado por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida el 8 de julio de 2009, cabe resaltar sólo uno a los efectos de lo señalado y que se refleja en el siguiente extracto:

Por otra parte consideramos que la propia ley LOSDMVLV (sic) también crea desigualdad, desde el punto del sujeto pasivo, pues mientras un hombre puede ser condenado –conforme a lo previsto en el artículo 43 LOSDMVLV- a una penalidad de 15 a 20 años, y –en casos especiales- hasta con un aumento de una (sic) cuarto a un tercio de la pena, para el caso del delito de acto carnal con una niña o adolescente; una mujer solo (sic) será penada de 5 a 10 años de prisión, conforme prevé el artículo 259 Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, cuando la víctima sea un niño o un adolescente, pudiendo esta pena aumentarse hasta un cuarto en casos especiales.

Ahora bien, en nuestro criterio el objeto de l ley especial (LOSDMVLV) no es establecer mayor penalidad a los delitos cuyas víctimas sea de sexo femenino. Tampoco es generar una desigualdad en razón del sexo. Sino que su objeto y finalidad es proteger a las mujeres (de cualquier edad), a través de mecanismos efectivos y eficaces contra la violencia masculina.

Como se extrae del extracto citado, la justificación de la desaplicación del artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia no fue la tutela del derecho constitucional a la igualdad invocada como mero requisito formal; ni siquiera fue, lo que pudiera considerarse el menos grave de los escenarios, el desconocimiento de los mecanismos afirmatorios de protección constitucional. Se está simple y llanamente en presencia de una **rebeldía judicial** frente a la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, con un discurso judicial en el que los jueces y la jueza impusieron su propia escala de valores y su particular visión del problema de género.

Así lo indica el hecho de que los Jueces y la jueza difirieran de lo que llamaron el objeto de la Ley (generar una desigualdad en razón del sexo), para acto seguido imponer el

suyo (proteger a las mujeres, a través de mecanismos efectivos y eficaces, de la violencia masculina). Por conducto de este discurso, una vez lograda la disminución peyorativa del objeto de la Ley, derivaron una paridad sancionatoria benigna entre hombre y mujeres, cuando la víctima sea un niño, niña o adolescente, invisibilizando la discriminación de género que hay tras toda agresión a una niña o adolescente (hembra, para utilizar la jerga de la sentencia en cuestión).

Como si ello no fuera suficiente, los argumentos para fundamentar la supuesta desigualdad de la Ley además son falaces, ya que los jueces y la jueza no tomaron en consideración la última reforma parcial de la Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes publicada en la Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinario de 10 de diciembre de 2007, que equipara la penalización de los delitos en los cuales son víctimas los niños y niñas con la contenida en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. De tal modo que, los jueces y la jueza se excedieron en la desaplicación por control difuso cuestionando la vigencia de la Ley, función ésta que sólo puede realizar la Sala Constitucional por vía del control concentrado de la Constitución, y que no es el caso de autos.

Es por lo expuesto que la situación denunciada amerita, más que la inconformidad del control difuso efectuado, el juzgamiento disciplinario por error inexcusable de los jueces y la jueza desaplicantes, que han dado muestras de resistencia al ordenamiento legal y ninguna receptividad a los nuevos paradigmas que plantea el proceso constitucional que inicia la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Queda en estos términos expresados las razones del presente voto concurrente.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Vicepresidente,

FRANCISCO A. CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

Concurrente

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

Ponente

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

V.C. Exp.- 09-0870

CZdeM/jlv

Quien suscribe, Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, salva su voto por disentir del fallo que antecede el cual declaró no conforme a derecho la desaplicación del artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en la causa penal seguida contra el ciudadano Emérito Playonero Caicedo, titular de la cédula de identidad N° 23.208.113, por la presunta comisión del delito de acto carnal con víctima especialmente vulnerable, anulando el fallo dictado el 23 de abril de 2009, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, ordenando a una Corte de Apelaciones Accidental del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, que se constituya al efecto, que dicte una nueva sentencia con estricto acatamiento a lo dispuesto en el presente fallo, con fundamento en las razones que se señalan a continuación:

1.- En criterio de la mayoría sentenciadora "...con la desaplicación de la norma especial, el Juez erosionó la confianza colectiva en el sistema jurídico como instrumento de resolución y regulación de conflictos sociales, disipando, además, la obligación de protección que el Estado debe brindar a la mujer-víctima, en los términos que alude el artículo 21.1 constitucional, pues no se detuvo a realizar un análisis real y consciente -al que estaba obligado- al momento de confrontar constitucionalmente la norma, obviando las consecuencias que tal desaplicación produciría en la realidad social, además que materializó la profunda y arraigada convicción social e histórica del sistema patriarcal, que ha colocado a las mujeres en una posición de desigualdad en múltiples aspectos de la vida social, y que desde el punto de vista cultural las hace objeto de subordinación, anulando, obstaculizando o limitando el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos constitucionales”.

Quien aquí disiente, encuentra oportuno señalar que habiendo sido cometido el delito contra una adolescente, resultaban aplicables las normas contenidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la cual establece:

Artículo 1. Objeto.

“Esta Ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y las familias deben brindarles desde el momento de su concepción”.

Artículo 2. Definición de niño, niña y adolescente.

“Se entiende por niño o niña toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad.

Si existieren dudas acerca de si una persona es niño o adolescente, niña o adolescente, se le presumirá niño o niña, hasta prueba en contrario. Si existieren dudas acerca de si una persona es adolescente o mayor de dieciocho años, se le presumirá adolescente, hasta prueba en contrario”.

Artículo 3: Principio de igualdad y no-discriminación.

“Las disposiciones de esta Ley se aplican por igual a todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición de los niños, niñas o adolescentes, de su padre, madre, representantes o responsables, o de sus familiares”.

Ello así, debe destacarse que en el presente caso estamos en presencia de la comisión de los delitos de violencia física y acto carnal con víctima especialmente vulnerable, en perjuicio de una adolescente, lo que pone en evidencia la aplicabilidad de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Ahora bien, resulta oportuno señalar que de los enunciados normativos de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, se desprende en forma expresa que el campo de aplicación de la misma recae directamente sobre la persona que tiene la condición de mujer, destacando constantemente en su texto, que es precisamente dicha condición de mujer -basada en la no discriminación por el género-, lo que la constituye en la protegida por ésta legislación especial.

En consecuencia, por la circunstancia especial de la condición de niña o adolescente, no puede aplicársele dicha ley a las mismas, y aceptar que sí se les aplica la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, representaría una exclusión en la aplicación de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, aislando a las niñas y adolescentes de los beneficios y protección garantizada por esta ley especial, cuya esencia y razón de ser es precisamente su protección.

Ahora bien, según el artículo 260 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, *“Quien realice actos sexuales con adolescente, contra su consentimiento, o participe en ellos, será penado o penada conforme el artículo anterior”*.

Ello así, se aprecia que la remisión contenida en el artículo 259 *eiusdem*, es una remisión procedimental única y exclusivamente y no sustantiva, al efecto el referido artículo señala que *“...Si el autor es un hombre mayor de edad y la víctima es una niña, o en la causa concurren víctimas de ambos sexos, conocerán los Tribunales Especiales previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia conforme el procedimiento en ésta establecido”*, de lo que se desprende que dicho artículo sólo remite a la aplicación de la Ley Orgánica del Derecho a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en lo que se refiere al procedimiento.

De tal modo, que siendo que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, contiene un conjunto de normas dirigidas a adecuar los deberes y derechos de los niños, niñas y adolescentes, a su condición de sujetos de derecho, en base a los principios de igualdad de género, particularmente para lograr el pleno reconocimiento de su dignidad e integridad personal, se estima que el presente caso debió ser analizado bajo la óptica de la protección prevista en ésta Ley.

Queda así expresado el criterio de la disidente.

La Presidenta de la Sala,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Magistrada Disidente

El Vicepresidente,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

Ponente

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp. N° 09-0870

LEML/