



MITOS Y REALIDADES DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN VENEZUELA

HISTORIA DE OTRO FRACASO DEL PODER JUDICIAL

© Acceso a la Justicia, 2022
Todos los derechos reservados
Caracas, Venezuela

Directora general
Laura Louza Scognamiglio

Director
Alí Daniels Pinto

Coordinación de la investigación
Alí Daniels Pinto

Investigadores
Alí Daniels Pinto
Sara C. Fernández

Coordinación editorial
Beatriz Chavarri Lecuna

Diseño de cubierta y maquetación
María Alejandra Domínguez

ISBN: 978-980-18-2516-6
Depósito legal: DC2022000150

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio o procedimiento sin la expresa autorización por escrito del titular del *copyright*.

CONTENIDO

1 Evolución del derecho positivo sobre la violencia contra la mujer	6
1.1. La Declaración Universal y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	6
1.2. Lenta revisión del derecho interno	7
1.3. Normativas sectoriales en materia de violencia y la Convención de Belém do Pará	9
1.4. Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia y la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia	12
1.5. Sin datos no hay políticas públicas, y sin políticas públicas no hay garantía de derechos	18
1.6. Algunas consideraciones generales sobre dos tipos penales de violencia contra la mujer	25
2 Sentencias de la SCP sobre violencia contra la mujer	29
2.1. Decisiones en las que se percibe la intervención del juez como contraria a los intereses de la mujer, o donde se perciban prejuicios, roles o estereotipos en contra de la mujer como sujeto protegido	29
2.2. Sentencias que no tomen en cuenta el principio de interseccionalidad de la víctima, esto es, de la coexistencia de elementos contextuales que victimizan de forma concurrente a la mujer (pobreza, pertenencia a una etnia indígena, tener una discapacidad, relaciones de poder, etc.)	51
2.3. Decisiones en las que se cometan graves violaciones a los derechos de la mujer de modo que desnaturalice el proceso y que el mismo no sirva a los fines que la ley exige (revictimización, retardo judicial, omisión de elementos fundamentales del proceso, etc.)	59
3 Sentencias que establecen criterios vinculantes en materia de violencia contra la mujer	70
3.1. Decisión que establece la competencia excepcional en delitos de violencia contra la mujer de los Juzgados de Primera Instancia Municipal en función de control	71
3.2. La declaración de los niños, niñas y/o adolescentes en el proceso penal, bien en calidad de víctimas o testigos, podrá ser tomada como prueba anticipada para evitar su revictimización	72

3.3.	Sentencia vinculante sobre el número de las medidas cautelares y de protección que pueden imponerse en el procedimiento sobre delitos de violencia contra la mujer	73
3.4.	Sentencia de la SC que declara que los jueces y juezas especializados en delitos de violencia contra la mujer conocerán del delito de trata de personas cuando los sujetos pasivos del delito sean mujeres, niñas, niños y adolescentes	75
3.5.	Sentencia de la SC que declara que los jueces y juezas especializados en delitos de violencia contra la mujer conocerán del delito de trata de personas cuando los sujetos pasivos del delito sean mujeres, niñas, niños y adolescentes	76
3.6.	Sentencia que establece que ante la imputación de alguno de los delitos cuya competencia corresponda a los jueces especializados en materia de violencia contra la mujer, así concorra con la imputación de delitos cuya competencia corresponda a los jueces penales ordinarios, la competencia de la causa corresponderá a los primeros	77
3.7.	Sentencia vinculante sobre la prohibición de otorgamiento de beneficios procesales en algunos delitos de violencia contra la mujer	78
3.8.	Sentencia vinculante que establece la posibilidad de que la víctima presente acusación particular propia, con prescindencia del Ministerio Público en los casos por delitos menos graves	80
3.9.	Admisión de los hechos por parte del imputado en juicio antes de la recepción de pruebas	82
3.10.	Por «notoriedad judicial», la SC anuló parcialmente el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal, en lo que respecta a la expresión «si fuere soltera o viuda y, en todo caso, «honesta», por colidir con el artículo 61 de la Constitución	83
3.11.	Sentencia que establece que el juez penal de oficio o a instancia de parte, podrá de forma excepcional y bajo auto debidamente motivado, solicitar la participación del equipo multidisciplinario adscrito a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial	84
3.12.	Ante una solicitud de corrección de identidad por cambio de género el medio idóneo para lograr tal pretensión es una acción innominada para la protección de derechos fundamentales, no el de habeas data intentado por el accionante	85

3.13. Sentencia de la Sala Constitucional que interpreta la flagrancia en los delitos de género.	86
3.14. Sentencia que establece que los jueces, en materia de género, deben abandonar los prejuicios del sistema social patriarcal y adopten fielmente el régimen especial de protección en favor de las mujeres.	88
3.15. El auto de apertura a juicio, el cual incluye, entre otros aspectos, la admisión total o parcial de la acusación, la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes, así como la resolución de las excepciones, no es susceptible de ser impugnado.	89
3.16. Sentencia de la SC según la cual los jueces que conozcan de delitos de violencia contra la mujer deben ser cuidadosos al decretar nulidades absolutas, para evitar que dichos delitos queden impunes, así como el hecho de que la víctima pueda verse sometida nuevamente a enfrentar hechos relacionados con su integridad física y mental.	90
4. Mejores prácticas en materia de violencia contra la mujer	91
4.1. Protocolo para juzgar con perspectiva de género (México, 2020)	93
4.2. Protocolo para juzgar con perspectiva de género (Bolivia, 2017)	95
4.3. Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) (OACNUDH et alia, 2014)	98
4.4. Guía para la aplicación sistemática e informática del “Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias” (Cumbre judicial iberoamericana, 2015)	100
4.5. Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias (Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018)	101
5. Conclusiones	106

1

Evolución del derecho positivo sobre la violencia contra la mujer

1.1. La Declaración Universal y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoció en el preámbulo «la igualdad de derechos de hombres y mujeres», y en su artículo 1 confirmó que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Este principio de igualdad se reconoció también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.¹ Sin embargo, tales afirmaciones no implicaron un reconocimiento inmediato de los retos a enfrentar para una implementación real de este principio de igualdad entre hombres y mujeres. En tal sentido, hubo que esperar más de tres décadas desde la aprobación de la Declaración Universal para que se aprobase el primer instrumento internacional sobre los derechos de la mujer, como lo fue la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)², reconociéndose de este modo la necesidad de desarrollar una normativa especial en materia de protección de la mujer y del reconocimiento de sus derechos, lo cual no se había manifestado hasta ese momento en el derecho positivo internacional.

Este primer paso no fue más que un simple acercamiento al entendimiento de que se requería un enfoque especial para abordar las necesidades específicas de protección de la mujer y para que los Estados pudiesen implementar el principio de igualdad que había sido reconocido con anterioridad. La CEDAW generó un marco de obligaciones estatales que condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y obliga no solo a abstenerse de realizar cualquier acción que fuese discriminatoria en contra de la mujer, sino también a seguir una política encaminada a eliminar este tipo de discriminación en todas las esferas, en particular política, social, económica y cultural.

1 El artículo 3 del Pacto establece que: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto».

2 Adoptada el 18 de diciembre de 1979 y en vigencia a partir del 3 de septiembre de 1981. Ratificada por Venezuela el 2 de mayo de 1983.

A pesar de que la Convención no hace mención expresa al tema de violencia contra la mujer, el Comité encargado de monitorear este instrumento rápidamente reconoció que «la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre». ³ En su recomendación n.º 19, el Comité afirmó que la definición de la discriminación incluye la violencia basada en el sexo, entendida como la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, tales como actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad.

Este criterio fue posteriormente reafirmado en la recomendación general n.º 35, en la cual el Comité de la CEDAW agregó que «la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados» y que «esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales, consagrados en la Convención». ⁴

En este sentido, los actos de violencia contra la mujer también contravienen las disposiciones de la CEDAW «independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no». ⁵

1.2. Lenta revisión del derecho interno en Latinoamérica y el Caribe

El Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, dependiente de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), realizó una compilación que permite analizar la evolución normativa en materia de género en la región, y en cuyos insumos se apoya el presente capítulo. ⁶

3 Recomendación general n.º 19 de la CEDAW: La violencia contra la mujer (11º período de sesiones, 1992).

4 Recomendación general n.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general n.º 19 del 26 de julio de 2017.

5 Recomendación general n.º 19 de la CEDAW: La violencia contra la mujer (11º período de sesiones, 1992).

6 Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/observatorio>.

El primer avance en la protección de la integridad personal y la vida de la mujer ante hechos de violencia en su contra fue la revisión de normas penales preexistentes, en las cuales se entendía como bien jurídico protegido el honor y la reputación de la familia a la que la mujer pertenecía o la de su cónyuge y no su integridad personal, libertad sexual o vida. Esto puede apreciarse, por ejemplo, en la declaración en Venezuela de la nulidad del artículo del Código Penal que contenía el llamado «uxoricidio» a través de una sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 5 de marzo de 1980⁷. El uxoricidio se encontraba contemplado en el Código Penal venezolano como la muerte punible que el marido le causa a la mujer alegando causa de honor, lo cual rebajaba la pena del homicidio.

Estos cambios, aunque positivos, solo fueron limitados y parciales, y no implicaron la determinación de políticas públicas o siquiera el establecimiento de una agenda legislativa que permitiera analizar el tema de violencia en contra de la mujer desde una perspectiva integral y que ahondara en el análisis de otras disposiciones con contenido análogo al anulado. De allí la importancia que se entienda la discriminación y consecuente desigualdad como un tema cultural e histórico, y como necesarios los cambios legales, pero no suficientes para situaciones tan arraigadas en la estructura social.

Más bien, el foco legislativo, como es sabido, se abordó desde la perspectiva del derecho civil (con la reforma del Código Civil de 1982), eliminando las normas discriminatorias contra la mujer en el matrimonio y en otras categorías jurídicas. Este logro fue muy significativo e implicó una emancipación de la mujer tanto en lo que tiene que ver con la administración de sus bienes y los derechos que se derivan de la comunidad conyugal como en el reconocimiento igualitario en el ámbito de sus relaciones de pareja y respecto a la patria potestad sobre los hijos.⁸

7 No está de más recordar que este delito «revivió» en las reformas del Código Penal del año 2000 y de 2005 y fue una nueva decisión judicial en 2006 la que volviese a declarar su nulidad. Esto es prueba de que los tipos delictivos discriminatorios contra la mujer tienen una fuerza mayor a la normativa, que no es otra que la fuerza del prejuicio.

8 Harting, Hermes (1986). *Los aspectos resalantes de la ley de reforma del Código Civil promulgada en julio de 1982*, en Revista de Derecho de la UCAB, n.º 35. pp. 261-284. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/35/UCAB_1985-1986_35_284-261.pdf.

Estas reformas disminuyeron en alguna medida la violencia patrimonial y psicológica ejercida contra la mujer a través de las normas del Código Civil que limitaban su capacidad de actuar.

1.3. Desarrollo normativo fragmentado en materia de violencia contra la mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)

A partir de estos inicios un tanto vagos e inciertos en materia de violencia, surgió en Latinoamérica un esfuerzo que puede denominarse sectorial o fragmentado, en la medida que identifica áreas en las que se percibía la existencia de violencia contra la mujer pero que no incorporan una visión interseccional y multidimensional de las estructuras de desigualdad y discriminación que se manifiestan en diversas formas de violencia. De este modo, nos encontramos con la Ley 17 de Prohibición del hostigamiento sexual en el empleo, dictada en Puerto Rico en 1988⁹, o la Ley 7.142, de promoción de la igualdad social de la mujer de Costa Rica, aprobada en 1990, en la que se establecen medidas cautelares en beneficio de las mujeres puestas en peligro por su cónyuge o pareja.¹⁰

El siguiente paso en este proceso de sectorización fue el «descubrimiento» de la llamada violencia familiar o intrafamiliar, iniciado con las leyes correspondientes en las Islas Caimán (The Summary Jurisdiction (Domestic Violence) Law, 1992), Perú (Ley 26.260 de Protección frente a la Violencia Familiar, 1993) Chile (Ley 19.325 de Violencia Intrafamiliar, 1994), Argentina (Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, 1994), entre otros. Como es evidente, el contenido de estas disposiciones legales versaba sobre la sanción de la violencia en el grupo familiar o derivada de las relaciones de pareja de la mujer, y en algunos casos, sobre el acoso en el área laboral, todo ello bajo una consideración de que se trataba de temas separados y que correspondía a diferentes realidades.

9 Ley número 17 del 22 de abril de 1988. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/1988_pri_ley17.pdf.

10 Ley de promoción de la igualdad social de la mujer de 8 de marzo de 1990.

Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/1990_cri_ley7142.pdf.

En medio de estas iniciativas se aprobó otro hito importante: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como la Convención de Belém do Pará, adoptada el 9 de julio de 1994 y que entró en vigencia el 28 de marzo de 1996, siendo ratificada por Venezuela el 16 de enero de 1995.¹¹

Este instrumento es fundamental en el desarrollo de la normativa sobre la violencia contra la mujer en la medida en que va a contracorriente de la «sectorización» antes descrita, y entiende la violencia como un fenómeno transversal en la vida de la mujer y, por lo tanto, presente tanto en el ámbito público como privado, en sus relaciones familiares, en la comunidad en la que se desenvuelve y con el Estado, quien debe garantizarle sus derechos.

Esta concepción integral está incorporada en diversas disposiciones de la Convención, en cuyo artículo 2 reconoce que entre la violencia contra la mujer se incluyen la física, sexual y psicológica. Asimismo, afirma que puede ocurrir tanto en el ámbito familiar o en cualquier tipo de relación que tenga la mujer: cómo en la comunidad, el lugar de trabajo, las instituciones educativas y por su puesto puede ser perpetrada también por el Estado o sus agentes. Otro avance importante en la protección legal de la mujer es el concepto de «interseccionalidad», el cual pone de relieve la interrelación entre las diferentes variables que coetáneamente victimizan a la mujer, la exponen a la violencia y, al mismo tiempo, son condicionantes de la impunidad. Por ejemplo, la Convención Belem do Para estableció en el artículo 9 que se insta a los Estados para que, a la hora de adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, tomen en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada.

El concepto de interseccionalidad ha sido utilizado en repetidas ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para visibili-

11 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>.

zar cómo, en algunas ocasiones, un hecho de discriminación en contra de la mujer se basa en diversos factores concurrentes que interactúan entre sí y causan un impacto específico, que no ocurriría si faltaran uno de estos factores de discriminación¹². La interseccionalidad permite entender como en algunas mujeres concurren diversas categorías de vulnerabilidad que se suman al género para causar un impacto de naturaleza e intensidad distinta. Para determinar discriminación interseccional en casos específicas la Corte ha considerado la situación de pobreza¹³, las condiciones de las mujeres que viven con VIH¹⁴, el estado de embarazo¹⁵, la edad en casos de niñas¹⁶, niñas y mujeres que son afrodescendientes¹⁷, la situación de mujeres trans y de las trabajadoras sexuales¹⁸, entre otros.

En este sentido, la Corte ha afirmado que
la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, y que este tipo de discriminación puede afectar a las mujeres de algunos grupos de diferente medida o forma que a los hombres¹⁹.

Asimismo, de forma adecuada y coherentemente, la Corte determinó que, en el marco de los instrumentos jurídicos interamericanos, los Estados están obligados a prohibir en su marco normativo estas formas entrecruzadas de discriminación y a reconocer el «impacto negativo

- 12 Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298, para. 290.
- 13 Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 203.
- 14 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 138.
- 15 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 138.
- 16 Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 154.
- 17 Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 197.
- 18 Corte IDH. Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, párr. 135.
- 19 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 138.

combinado en las mujeres afectadas, así como aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones».²⁰

1.4. Avances normativos realizados en Venezuela: la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia y la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

En el caso del Estado venezolano, y siguiendo un patrón que ha sido típico del mismo en la materia, lo realizado ha sido tardío, pues hubo que esperar hasta 1998 para²¹.

Dado que la ley mencionada es posterior a la Convención de Belem do Pará, y que incluso la menciona expresamente en su artículo 2, es sorprendente la falta de inclusión de un concepto integral de la violencia contra la mujer, así como la ausencia de un entendimiento de la relación que existe entre la violencia contra la mujer y la discriminación y su posible carácter interseccional. Por el contrario, la ley presenta un enfoque totalmente focalizado dentro de la corriente de la violencia familiar ya descrita como evidencia el enunciado de su artículo 4° para el cual, la «violencia contra la mujer y la familia» era la ejercida por «cónyuges, concubinos, ex cónyuges, ex concubinos o personas que hayan cohabitado, ascendientes, descendientes y parientes colaterales, consanguíneos o afines».

Aunque la misma ley hace referencia a distintos tipos de violencia, como la física, la sexual y la psicológica, no escapa a la fragmentación o parcelamiento conceptual de la época cuyas consecuencias no dejan de estar presentes en la actualidad. Una evidencia de esta situación es el hecho de que en varios tipos delictivos el sujeto pasivo es «la mujer u otro integrante de la familia», asimilando como iguales dos tipos de bienes jurídicos protegidos de distinta entidad y naturaleza.

Hubo que esperar nueve años más para cambiar esta concepción y tener una idea integral en el derecho positivo de la violencia contra la mujer con la aprobación en el año 2007 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, finalmente pu-

20 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 138.

21 Publicada en la Gaceta Oficial n.º 36.531 de fecha 3 de septiembre de 1998.

blicada el 17 de septiembre de 2007 en la Gaceta Oficial n.º 38.770²². En su artículo 14 se entiende que la violencia contra la mujer:

comprende todo acto sexista o conducta inadecuada que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, emocional, laboral, económico o patrimonial; la coacción o la privación arbitraria de la libertad, así como la amenaza de ejecutar tales actos, tanto si se producen en el ámbito público como en el privado.

Pese a lo amplio de la definición, su propio enunciado resulta limitado por cuanto estima la violencia como cualquier daño o sufrimiento causado a la mujer, pero no incluye expresamente la última y más grave de sus consecuencias, la muerte de la mujer. Es decir que, inicialmente, la ley no incluyó el femicidio con un tipo penal específico, aunque éste fue incorporado en una reforma posterior.

Al respecto se puede argumentar que la ley sí trató el tema al ampliar la pena en el supuesto de muerte de la mujer, todavía bajo la calificación de «homicidio» cuando el perpetrador fuese «el cónyuge, ex cónyuge, concubino, ex concubino, persona con quien la víctima tuvo vida marital», pero repitiendo esta visión focalizada de la violencia y obviando el resto de sus elementos en uno de los puntos más importantes, como lo es el derecho a la vida.

Por ello, los avances conceptuales, además de incompletos, no vienen acompañados de un reconocimiento de lo estructural del problema, y si bien tiene un objetivo manifiestamente emancipador, en el sentido de buscar «garantizar y promover el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia» solo reconoce el carácter estructural de esa violencia de una manera muy tímida, y apenas en su exposición de motivos, al indicarse que «[d]esde los años 70's en el siglo XX es reconocida su especificidad y el hecho de que sus causas están en las características estructurales de la sociedad». Sin embargo no entra en otras consideraciones como la afectación de esta causa por el Estado, las instituciones y las dinámicas sociales.

22 Decimos «finalmente» porque esta disposición normativa en una demostración, al menos, de falta de diligencia por parte del Poder Legislativo; fue publicada otras dos veces: el 23 de abril de 2007 en la Gaceta Oficial n.º 38.668, y el 10 de septiembre de ese mismo año por «error material».

Esta visión confinada, tampoco permite comprender que la violencia contra la mujer no se circunscribe sólo a hechos de particulares, sino que es también un tema de derechos humanos que, consecuentemente comporta la responsabilidad estatal en caso de incumplimiento de sus obligaciones de abstención, prevención, investigación y sanción. La violencia contra la mujer tiene que ser entendida como materia de derechos humanos por su esencial vinculación a la dignidad humana, la cual se ve afectada por situaciones mucho más profundas que un hecho concreto de violencia.

No se puede atacar la violencia sin entender sus causas. Así, pasar de una idea de violencia cerrada en la familia y en otros sectores a una idea general de la misma, pero sin entender que además de los individuos, el Estado forma parte de esa agresión, conduce a una visión tan limitada como las previas.

En ese sentido, el hecho de que la ley parte de un Estado proactivo y sin pre-juicios contra la mujer es igual a creer que los derechos humanos se cumplen solo por la publicación de una norma en esta materia en la Gaceta Oficial. Esto constituye una pesada carga en el pensamiento funcional venezolano, que se centra en la norma y no en las dinámicas necesarias para hacerla realidad.

Así, al establecer la ley toda una serie de obligaciones a estructuras públicas (institutos autónomos, ministerios y otros órganos públicos) como medidas de protección a la mujer, sin reconocer las fallas de base que esas mismas estructuras tienen, se parte de una concepción que desconoce al propio Estado al que se pertenece; pues se requiere incluirlo como uno de los ámbitos en los que la violencia debe combatirse.

La falta de reconocimiento del papel protagónico, vinculante y permanente de la sociedad civil, y en particular de las organizaciones que por décadas han luchado por los derechos de las mujeres, es una de las más evidentes carencias de la ley en su visión de un Estado feminista que no es más que una quimera.

Es necesario recordar que cuando hablamos del derecho a una vida libre de violencia, como con cualquier otro derecho humano, la protec-

ción efectiva del mismo es fundamental, y ello se torna imposible si no se toma en cuenta que la violencia puede partir desde el propio sujeto garante de hacerla efectiva.

No se trata en modo alguno de una presunción de culpabilidad de las autoridades estatales, sino de entender que existen prejuicios profundamente arraigados tanto en la sociedad como en la estructura estatal. La violencia contra la mujer representa un fenómeno que abarca a toda la sociedad y que, por su puesto, incluye al Estado. Ante esto, el propio Estado debe diseñar e implementar políticas públicas que incorporen también a la administración pública y que hagan posibles los cambios, que lo constituyan como un verdadero garante y no sólo un cumplidor de obligaciones sobre las que no tiene convicción alguna, máxime cuando, aun teniendo esas obligaciones puede convertirse en un perpetrador frente al cual es prácticamente imposible actuar.

Tampoco se trata de desconocer el papel de garante de derechos humanos del Estado, sino de entender que este también forma parte del problema y, en consecuencia, también debe hacerse parte de la solución incluyendo políticas públicas que se centren en los problemas ad intra de la administración pública sobre la mujer, estableciendo además mecanismos claros de rendición de cuentas y de cogestión con la sociedad civil organizada.

Ante la violencia contra la mujer, el Estado tiene obligaciones de abstención, prevención y sanción. Es decir que tiene que, en primer lugar, abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que sus autoridades no cometan ningún acto de violencia. Aunado a eso, tiene la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer, adecuar su legislación interna para prevenir, sancionar y erradicar este tipo de violencia, adoptar medidas jurídicas para instar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad, así como modificar o abolir leyes, reglamentos vigentes y prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

Finalmente, el Estado tiene también obligaciones referentes a la investigación y sanción de cualquier hecho de violencia contra la mujer y al establecimiento de procedimientos legales justos y eficaces para que las víctimas de este tipo de violencia puedan tener acceso a la justicia que incluya, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

Para cumplir con sus obligaciones y erradicar la violencia contra la mujer, las autoridades estatales tienen que reconocer e implementar estas diversas dimensiones en su normativa y jurisdicción interna.

Posteriormente, la reforma del 25 de noviembre de 2014,²³ incluyó algunas mejoras, tales como la inclusión del femicidio como un tipo penal específico. Sin embargo, no incorporó una visión del rol del Estado que tuviese en cuenta las distintas dimensiones de sus obligaciones de abstención, prevención y sanción para erradicar la violencia contra la mujer. En específico con respecto al femicidio, si bien su inclusión fue un progreso, se perdió la oportunidad para incluir la responsabilidad estatal ante las faltas de protección y la falta de garantías en el acceso a la justicia en los casos de femicidios y se utiliza solo en su dimensión de delito realizado por particulares.

Por el contrario, la reforma continuó basándose en la idea de un Estado entregado a la causa de las mujeres sin reconocer ni hacer referencia a los patrones de discriminación y violencia estructurales presentes en la propia administración pública. Aunado a esto, la reforma estableció cargas y obligaciones pero no contemplaba como contrapartida mecanismos de control, participación y contraloría de la sociedad, lo que ha traído como consecuencia que ante la falta de cumplimiento de dichas obligaciones los sujetos que deben ser objeto de la misma quedan a merced de una voluntad estatal que puede o no aparecer.

Recientemente, el 16 de diciembre de 2021, se publicó en Gaceta Oficial una nueva Ley Orgánica de Reforma a la Ley Orgánica sobre el Derechos de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Esta contempla ciertas reformas que podrían constituir un avance, tanto en el entendimiento de la violencia contra la mujer como una manifestación de

23 Ley Orgánica sobre el Derechos de la Mujer a una Vida Libre de Violencia. Gaceta Oficial n.º 40.548, de fecha 25 de noviembre de 2014.

la desigualdad estructural de ellas en el país, como en el diseño de una política pública multidisciplinaria para generar soluciones integrales.

Algunas de estas reformas que podrían tener un impacto positivo son las siguientes:

1. El reconocimiento de que la violencia contra la mujer se encuentra «arraigada en la discriminación sistémica contra la mujeres especialmente cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad».
2. La incorporación de enfoques de género, feminista, de derechos humanos, intercultural, de integralidad, generacional y de interseccionalidad.
3. La inclusión en el artículo 6 de la obligación de garantizar el acceso a los mecanismos necesarios para hacer efectivos los derechos reconocidos en la ley, con independencia, entre otros factores, de su «filiación política o filosófica», «orientación sexual, identidad de género o expresión de género».
4. La prohibición de la «exposición de las mujeres víctimas de violencia y sus familiares a situaciones de incompreensión o reiteraciones innecesarias que las sometan a un nuevo proceso de revictimización».
5. La inclusión de la violencia política como un tipo penal.
6. La creación de la Comisión Nacional para Garantizar el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la cual formarían parte, además de funcionarios públicos, cinco representantes de las organizaciones sociales o académicas de promoción, estudio o defensa de los derechos de las mujeres, que serían escogidas por la misma Comisión con postulaciones de las organizaciones de base y universidades.

Sin embargo, tal y como ha sucedido con las leyes anteriores en la materia, el problema central continúa siendo cómo y en qué medida serán implementadas estas reformas, de lo cual dependerá el éxito real de la nueva ley. De hecho, después de quince años de que se aprobara el régimen establecido en la ley sobre de 2007, gran parte de sus disposiciones aún no han sido implementadas o lo han sido de forma deficiente.

Aunado a esto, existen ciertos cambios en la ley que generan preocupación. Por ejemplo, la reforma eliminó la referencia directa a la Convención de Belém do Pará en el artículo 5, lo que evidencia la voluntad estatal de desmarcarse del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, incluido lo concerniente a sus obligaciones en materia de violencia contra la mujer. También se evidencia un aumento significativo de todas las penas por los tipos de delitos referidos en la ley, lo que demuestra la importancia otorgada a la amenaza de sanción y la prioridad de la vía punitiva como política para tratar la violencia. Esto, tal y como ha sido observado en la práctica, no tendrá un impacto positivo mientras sigan existiendo los graves obstáculos en el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia y sus familias, así como la falta de una política preventiva multidisciplinaria.

Finalmente, es de suma gravedad que la ley haga referencia a entidades que van en contra de la estructura del Poder Público establecida en la Constitución nacional, tales como los consejos comunales; las comunas; el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de comunas y movimientos sociales; las defensoras comunales de los derechos de las mujeres; y las defensorías estatales, municipales y comunales; asignándoles asigna funciones en promoción de derechos humanos, acompañamiento y defensa de las mujeres víctimas de violencia por razones de género.

1.5. Sin datos no hay políticas públicas, y sin políticas públicas no hay garantía de derechos humanos

Una de las mayores incoherencias por parte del Estado venezolano en la búsqueda por erradicar la violencia contra la mujer, es que al considerar el tema como uno de derechos humanos, este ha quedado silenciado en las fuentes oficiales de información, tal y como ha sucedido con diversos ámbitos de los derechos humanos en el país.

En este sentido, así como hace años no se tienen datos actualizados sobre indicadores de salud o educación, lo mismo ocurre en la violencia contra la mujer, a pesar de que en la propia exposición de motivos de la ley aprobada en 2014 se hacen afirmaciones como las siguientes:

cada 10 días muere una mujer por violencia de género en Caracas. El Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas reporta aproximadamente 3 mil casos anuales de violencia sexual, cifra que representa un porcentaje ilimitado de la realidad si se toma en cuenta que sólo un 10% de los casos son denunciados. Durante el año 2005 se atendieron 39 mil 51 casos de violencia en el país por organizaciones especializadas públicas y privadas (Boletín en cifras: Violencia contra las Mujeres. Las cifras del 2005. Elaborado por AVESA, FUNDAMUJER y CEM, UCV).

Sin embargo, esta extensa cita no es gratuita, pues revela simultáneamente dos realidades: la primera es que es necesario cuantificar los problemas para establecer políticas públicas efectivas, y la segunda, que para hacerlo el Poder Legislativo no recurrió a fuentes oficiales, sino a información de las organizaciones de la sociedad civil, a las que luego no se les reconoció ningún papel de control o intervención en la definición de las políticas públicas que debían generarse en aplicación de la ley.

Esto se repite en la misma exposición de motivos, cuando se afirma que en «La experiencia y las estadísticas en materia de violencia, muy especialmente en los casos de violencia doméstica e intrafamiliar, las amenazas terminan en muchos casos en atentados contra la integridad física o la vida de la víctima».

Adicionalmente, estas citas dan la impresión de que existe una relación positiva del Estado con la sociedad civil organizada, lo que entra en abierta contradicción con la realidad actual en la que las organizaciones no gubernamentales son objeto de criminalización y persecución, tanto por vías de hecho como por mecanismos normativos, como lo han puesto en evidencia diversas instancias internacionales²⁴.

Esta necesidad de cuantificación no es reconocida solamente en la exposición de motivos, sino que se extiende hasta el propio articulado

24 Acceso a la Justicia, “Bachelet acusa al Gobierno de Maduro de perseguir a ONG y medios”. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/bachelet-acusa-gobierno-de-maduro-de-perseguir-ong-y-medios/>.

de la ley, empezando por el numeral primero del artículo 5, que establece la información como garantía para el ejercicio de los derechos de la mujer.

Luego, en el artículo 36 se instituye como obligación del Instituto Nacional de Estadísticas, «los censos, estadísticas y cualquier otro estudio, permanente o no, que permita recoger datos desagregados de la violencia contra las mujeres en el territorio nacional». De la norma citada, llama mucho la atención que el artículo en cuestión no haga mención alguna sobre la obligación de hacer pública la información que se recabe, lo que pone de manifiesto una vez más la falta de coherencia entre reconocer la necesidad de información y no establecer la obligatoriedad de publicarla. Esto viola el derecho a la información y las obligaciones que imponen los tratados internacionales en la materia.

No está de más recordar que la rendición de cuentas es parte de las obligaciones de todos los poderes públicos, sea a través de una memoria y cuenta (Poder Ejecutivo) o mediante un informe anual como es el caso por ejemplo del Poder Judicial. En efecto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 120 establece que dicho órgano «deberá suministrar amplia, oportuna y veraz información sobre su organización, funcionamiento y actividades» a fin «de que el pueblo participe y ejerza control social sobre su gestión pública». Adicionalmente, en la parte final de ese mismo artículo se indica que el Tribunal Supremo y sus órganos auxiliares deberán «crear, mantener y actualizar un sistema de información físico y electrónico que contenga, entre otros, el esquema actualizado de su organización y funcionamiento, así como un mecanismo de comunicación e información electrónica disponible para todas las personas».

Es clara entonces la obligación de los diferentes poderes públicos involucrados de dar información a la ciudadanía (artículo 28 de la Constitución), para que pueda «participar libremente en los asuntos públicos», ya que la «participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo» (artículo 62).

En consecuencia, la falta de información no solo es una violación de

los deberes constitucionales, sino también un irrespeto a la ciudadanía y una violación a su derecho humano al acceso a la información pública y a la participación ciudadana, lo que lleva a un círculo vicioso de incumplimientos y violaciones de derechos que se retroalimenta a sí mismo.

Sustituir este párrafo desde acá y su continuación en la siguiente página:

La obligación del Estado de aplicar estadísticas generosensitivas y publicar información sobre la violencia contra la mujer también ha sido desarrollada internacionalmente. En la recomendación general n.º 9, el Comité de la CEDAW expresó que «la información estadística es absolutamente necesaria para comprender la situación real de la mujer en cada uno de los Estados Partes en la Convención, sobre las estadísticas de género», por lo cual los Estados deben hacer

todo lo posible para asegurar que sus servicios estadísticos nacionales encargados de planificar los censos nacionales y otras encuestas sociales y económicas formulen cuestionarios de manera que los datos puedan desglosarse por sexo, en lo que se refiere a números absolutos y a porcentajes, para que los usuarios puedan obtener fácilmente información sobre la situación de la mujer en el sector concreto en que estén interesados.²⁵

Igualmente, el Comité CEDAW en su recomendación general n.º 19, señaló la necesidad de que «[l]os Estados Parte alienten la recopilación de estadísticas y la investigación de la amplitud, las causas y los efectos de la violencia y de la eficacia de las medidas para prevenir y responder a ella».²⁶

Esto fue desarrollado posteriormente por el Comité de la CEDAW en su recomendación n.º 35. En dicha oportunidad el Comité afirmó que los Estados deben establecer

25 Recomendación general No 9 Estadísticas relativas a la condición de la mujer. Octavo período de sesiones (1989).

26 Recomendación General N° 19 de la CEDAW: La violencia contra la mujer (11° período de sesiones, 1992).

un sistema para recabar, analizar y publicar periódicamente datos estadísticos sobre el número de denuncias de todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer, incluida la violencia ejercida mediante las tecnologías, el número y tipo de órdenes de protección dictadas, las tasas de desestimación y retirada de denuncias, el enjuiciamiento y la condena y la cantidad de tiempo necesario para la resolución de las causas.²⁷

Específicamente, el Comité CEDAW indicó que este registro debe contar con un desglose de los tipos de violencia, «la relación entre la víctima o superviviente y el autor y en relación con las formas interrelacionadas de discriminación contra la mujer y otras características sociodemográficas pertinentes, como por ejemplo la edad de la víctima o superviviente», y que en caso de ser necesario, deben crearse observatorios «para la recopilación de datos administrativos sobre los asesinatos de mujeres por razón de género, también conocidos como “femicidio” o “feminicidio”, y los intentos de asesinato de mujeres».²⁸

Concretando sobre el tema de nuestro estudio, tenemos por ejemplo que, en el caso del femicidio, incluido en la reforma de 2014, no existen suficientes datos de una fuente oficial para establecer la evolución de este delito desde la entrada en vigencia de esta última reforma. Como puede apreciarse en el gráfico n.º 1, para reconstruir una imagen de varios años es necesario recurrir a organizaciones de la sociedad civil.

Precisamente, debido a la falta de datos oficiales sobre los femicidios en el país, las organizaciones de la sociedad civil han tenido que hacer una ardua labor de monitoreo de este tipo de hechos. Un buen ejemplo de este trabajo es el realizado por el Observatorio Digital de Femicidios del Centro de Justicia y Paz (CEPAZ), el cual se conformó en 2019 con el objetivo de que los datos recabados a través de los medios de comunicación digital sean categorizados, analizados, y estén disponibles para todas las instituciones y ciudadanos interesados en la prevención

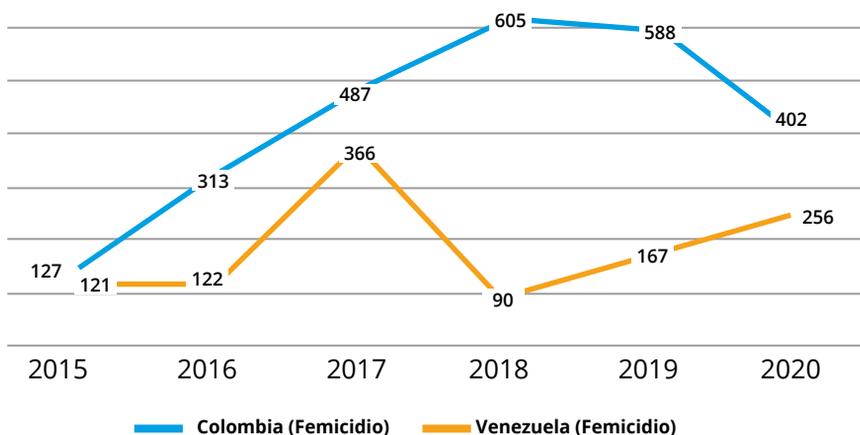
27 Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19. 26 de julio de 2017, párr. 34.

28 Recomendación general n.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general n.º 19. 26 de julio de 2017, párr. 34.

del femicidio y en la evaluación de las respuestas del sistema de justicia sobre estos casos.²⁹

El monitoreo realizado por el observatorio no solo analiza las cifras de femicidios sino que realiza un estudio sobre fenómenos asociados a ellos, tales como femicidios de mujeres adultas mayores; niños y niñas huérfanos producto de femicidios; femicidios y políticas de armas de fuego, entre otros. Durante el año 2020, el observatorio indicó que se habían reportado 202 femicidios en el país.³⁰

Gráfico n.º 1



Fuente: para Colombia se usó www.datos.gov.co (fuente oficial); para Venezuela, año 2015 y 2016 Ministerio Público, 2017-2018 www.cotejo.info 2019-2020 www.utopix.com.

Así, para construir la data de femicidio del periodo 2015 a 2020, se utilizaron tres fuentes distintas. La primera fue la del Ministerio Público, correspondiente a los años 2015 y 2016; se trata de la única fuente de información oficial al respecto, después no se ha publicado nada más sobre el tema. Para los años 2017 y 2018, se hizo uso del portal cotejo.info, que anualmente publica cifras de mujeres asesinadas en el país, sin hacer la distinción (al menos para estos años) de aquellas muertes que encuadran en el tipo penal de femicidio.

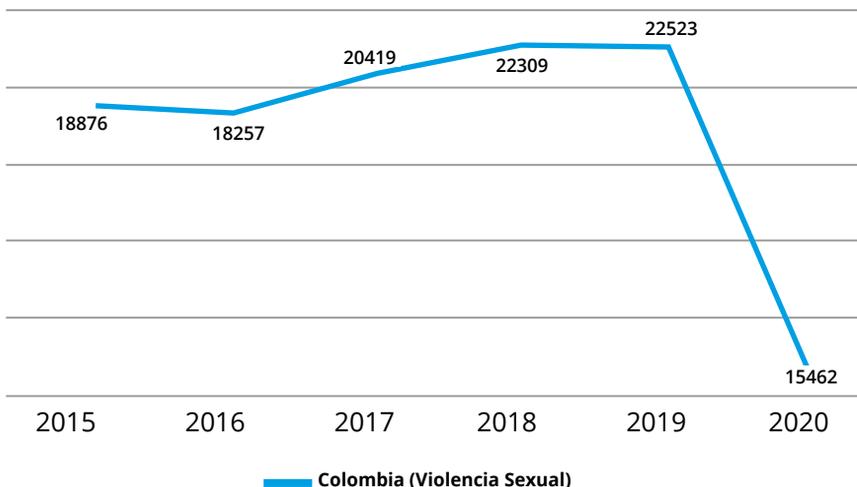
29 CEPAZ. *CEPAZ lanza Observatorio Digital de Femicidios*. 21 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://cepaz.org/noticias/cepaz-lanza-observatorio-digital-de-femicidios/>

30 CEPAZ. *Monitoreo de Femicidios (2020)*. Disponible en: https://cepaz.org/documentos_informes/monitoreo-de-femicidios-del-14-de-junio-al-13-de-noviembre-de-2020/

Finalmente, para 2019 y 2020 se usó Utopix, que desde hace poco promueve un monitor de femicidios caracterizando los tipos de muertes.

En el supuesto de otro tipo delictivo como la violencia sexual contra la mujer, la situación es aún más desoladora, pues no se cuenta con monitoreos públicos que se hayan hecho del conocimiento general, a pesar de que países con entornos similares, como Colombia, sí los tienen (ver Gráfico n.º 2).

Gráfico n.º 2



Fuente: Instituto Nacional de Medicina Legal (<https://www.medicinalegal.gov.co>).

Por lo expuesto, es necesario concluir que en la actualidad recopilar datos oficiales difundidos por autoridades venezolanas es imposible. La información es inexistente y la política de opacidad abarca cada vez más y con mayor rapidez todas las escalas de poder en el país.

En el caso de la violencia sexual, no se encontró información oficial, solo data genérica de violencia de género emitida para los años 2015 y 2016 por parte del Ministerio Público. Después de eso, igual que con el renglón de femicidio, ninguna fuente oficial brinda información al respecto, a excepción del año 2019, cuando en rueda de prensa el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC)

anunció una cifra sólo hasta agosto de ese año. En los años 2017 y 2018 no se ubicó información alguna, ni siquiera de algún monitor de la sociedad civil.

Dada la naturaleza del tema, es aún más dramático que desde 2016 no existan datos oficiales de violencia de género, y muy especialmente de femicidio. En el caso de la violencia sexual ni siquiera hay cifras publicadas en ningún periodo objeto del estudio (2015-2020). Por tanto, para conformar una data (aunque sea sólo parcial y aproximada) debemos recurrir a las cifras que ofrecen organizaciones de la sociedad civil en el monitoreo que realizan, como vimos en el caso de femicidio, utilizando como fuente redes sociales y medios de comunicación digitales, así como alguna que otra declaración de algún vocero gubernamental, sin aclarar ni exhibir los parámetros de su investigación.

Esta subrogación por parte de la sociedad civil en los deberes del Estado venezolano de publicar información fue advertida en el informe *Defender los derechos humanos en Venezuela: Los retos de la sociedad civil para enfrentar el cierre del espacio democrático*³¹.

1.6. Algunas consideraciones generales sobre dos tipos penales de violencia contra la mujer

Para continuar con el análisis normativo sobre la violencia contra la mujer, se analizarán las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), especialmente las de la Sala de Casación Penal (SCP) desde 2015 hasta 2020³², dado que son las que se refieren a tipos delictivos vinculados a la violencia contra la mujer. Sin embargo, es necesario hacer unas breves consideraciones sobre, al menos, los dos tipos penales más mencionados en los casos estudiados, a saber, la violencia sexual y el femicidio.

Sobre la violencia sexual, es necesario mencionar que en la legislación venezolana abunda el conflicto aparente de normas, ya que es un

31 Dejusticia. Defender los Derechos Humanos en Venezuela. Retos de la sociedad civil para enfrentar el cierre del espacio diplomático. Disponible en:

https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2021/04/DefenderDDHHenVenezuela_Web.pdf

32 Por ser los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la última reforma de la ley.

tipo penal incluido en distintos instrumentos. En el caso de la violencia sexual, ésta se encuentra regulada en tres normativas distintas: el Código Penal, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia. Esto trae como consecuencias la confusión en la aplicación de los diferentes instrumentos y la necesidad de unos criterios mínimos que normalicen su aplicación.

Venezuela define la violencia sexual como toda conducta que amenaza o vulnera el derecho de la mujer a decidir voluntaria y libremente su sexualidad, comprendiendo esta no solo el acto sexual sino toda forma de contacto o acceso, genital o no genital, tales como actos lascivos, actos lascivos violentos, acceso carnal violento o la violación propiamente dicha³³.

Además, en la ley especial que regula la violencia contra la mujer, en el capítulo denominado «Delitos» se abarca violencia psicológica, acoso, amenazas, violencia física, violencia sexual, actos lascivos, prostitución forzada, esclavitud sexual, violencia patrimonial, violencia laboral y la violencia política.

De estos delitos resaltan dos elementos importantes: el primero, es que la ley venezolana incluye a la amenaza como mecanismo para constreñir el consentimiento de la víctima, y el segundo es que se establece la posibilidad de que el acto sexual se consume con la penetración de cualquier objeto y no del pene, como lo regulan otras legislaciones³⁴.

Respecto al femicidio, con fines pedagógicos se realiza un análisis comparativo entre la normativa venezolana y la colombiana en este tema.

En primer lugar, es importante destacar que en Colombia el tipo penal se denomina feminicidio, mientras que en Venezuela se encuentra tipificado como femicidio. Ambas denominaciones atienden en princi-

33 Definición de acuerdo al numeral 6 del artículo 15 de la Ley Orgánica del Derecho de las Mujeres a una vida libre de violencia.

34 El artículo 57 de la Ley Orgánica sobre el Derechos de la Mujer a una Vida Libre de Violencia (Gaceta Oficial n.º 6.667 Extraordinario, de fecha 16 de diciembre de 2021), establece:

“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 doce a dieciocho años.”

pio a la tipificación delictiva base y no denotan una diferencia real de los tipos penales, pues en la región se utilizan de modo indistintos los dos términos. Sin embargo, es muy importante destacar que la diferencia terminológica sí es dogmáticamente relevante porque, no todo homicidio de una mujer es un femicidio, ni todo femicidio es un feminicidio.

El término *femicide* fue empleado en inglés por primera vez por Diana Russell en 1976 durante la conmemoración del Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres³⁷ para denominar el asesinato de mujeres realizado por causa de su género y fue generalizado en 1992 por el libro *femicide: the politics of women killing*³⁶. El término fue ampliamente acogido en América Latina, en donde fue traducido por la activista feminista mexicana Marcela Lagarde como «feminicidio» para mostrar el contexto de impunidad, de violencia institucional y obstáculos en el acceso a la justicia en el cual ocurría este delito en América Latina³⁷.

De acuerdo a Marcela Lagarde en su ensayo “Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”³⁸, para que ocurra el feminicidio es necesaria la convergencia de la omisión, la negligencia y la colusión parcial o total de autoridades encargadas de prevenir y erradicar dichos crímenes. Por ejemplo, cuando se realizan investigaciones incompletas y se actúa con laxitud ante la persecución de los delitos luego de una denuncia de amenaza, y se produce la muerte violenta.

El término femicidio asume por objetivo el visibilizar los homicidios de mujeres que tienen como fundamento **la discriminación, la opresión, la desigualdad y la violencia sistemática contra la mujer, la cual en su forma más extrema culmina en la muerte. Pero por su parte, el feminicidio puede definirse como el asesinato de niñas y mujeres como consecuencia del silencio, la indiferencia, la permisividad y la**

35 Diana E.H. Russel y Nicole Van de Ven. Crímenes contra Mujeres: procedimientos del tribunal internacional (3era Edición, 1990) (en inglés). Disponible en:

http://womensation.org/wp-content/uploads/2013/09/Crimes_Against_Women_Tribunal.pdf

36 Jill Radford y Diana Russell. *Femicide: the politics of women killing* (1992).

37 Marcela Lagarde. Del femicidio al feminicidio. Universidad Nacional de Colombia (2006). Disponible en:

<https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343/8987>

38 Marcela Lagarde. Antropología, Feminismo y Política. Violencia Femicida y Derechos Humanos de las Mujeres en Margaret Bullen y Carmen Diez Mintegui (Coordinadoras. Retos Teóricos y Nuevas Prácticas. Disponible en:

<http://mujeresdeguatemala.org/wp-content/uploads/2014/06/Violencia-feminicida-y-derechos-humanos-de-las-mujeres.pdf>

impunidad del Estado garante de sus derechos. Es decir, el femicidio llega a feminicidio cuando media omisión del Estado en su obligación de proteger.

A pesar de esta diferencia teórica y terminológica, en la actualidad, los términos femicidios y feminicidios se utilizan indistintamente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

En segundo lugar, con respecto a la intencionalidad del delito, en Venezuela es fundamental que la intencionalidad quede debidamente acreditada, mientras que en Colombia un feminicidio puede darse incluso en contexto de culpabilidad. En tercer lugar, probablemente el elemento en el cual existe mayor similitud es el de la acción. Tanto en Colombia como en Venezuela el tipo penal exige que debe motivarse en relación a la condición de mujer, sin embargo, en el código penal colombiano agrega el término «identidad de género». Las penas también son diferentes, ya que en Venezuela se castiga con una pena de prisión de veinte a veinticinco, mientras que en Colombia la pena máxima puede extenderse a cuarenta años de prisión, casi el doble respecto a su homólogo.

En cuanto a las causales para la comisión del delito, el legislador venezolano las caracteriza cómo la sujeción, el odio o desprecio hacia una mujer, mientras que en Colombia son circunstancias de comisión distinta al apartado primero del delito, muy similar a la que conocemos como agravantes o atenuantes, pero sin el aumento o disminución de la pena.

En ambos casos se hace referencia a seis causales, de las cuales tres presentan gran similitud, en especial aquellas causales relacionadas a la relación previa (amorosa, amistad, laboral, etc.) entre sujeto activo y pasivo, y la superioridad en la relación expresada en la jerarquización, dominación o subordinación. Las otras se distancian un poco más, ya que, en Colombia, por ejemplo, se considera consumado el delito cuando exista una interrupción en la comunicación (secuestro, desaparición forzada o rapto), y en Venezuela se configura el odio o desprecio por ejemplo cuando el autor exhibe en público el cadáver.

2

Sentencias de la Sala de Casación Penal (SCP) sobre violencia contra la mujer

Como parte del presente estudio, se analizaron las decisiones emitidas por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia sobre violencia contra la mujer, las cuales se seleccionaron y clasificaron de acuerdo con los criterios que se mencionan en lo sucesivo.

2.1. Decisiones en las que se percibe la intervención del juez como contraria a los intereses de la mujer, o donde se aprecian prejuicios, roles o estereotipos en contra de la mujer como sujeto protegido

2.1.1. La SCP ignora la aplicación de estereotipos de género por parte de un juez de instancia (sentencia n.º 108 del 26/02/2016, recurso: conflicto de competencia, SCP³⁹)

La primera decisión a considerar tiene que ver con los prejuicios y estereotipos existentes respecto a las trabajadoras sexuales, quienes de acuerdo con la interpretación de un juez de instancia no son sujetos protegidos de la ley en razón de su actividad. La SCP se pronunció en un conflicto de competencia debido a que un juez de instancia consideró que no era aplicable la ley especial en materia de violencia contra la mujer en un caso de femicidio debido a que la víctima presuntamente era una trabajadora sexual. Para justificar su decisión, el tribunal de instancia hace la siguiente argumentación:

En el numeral 3 de la precitada ley el cual establece: “Cuando el acto se haya cometido en menosprecio del cuerpo de la víctima o para satisfacción de instintos sexuales”. Hecho este que o (sic) se encuentra configurado ni demostrado en el presente caso ya que fue presuntamente llamada a realizar servicios como dama de compañía” y por tanto se declaró incompetente.

39 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 108 del 26 de febrero de 2016, disponible en <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0108-26-02-2016.pdf>

En respuesta a esta declaración manifiestamente sexista y que aplica estereotipos de género, la SCP dijo:

De esa forma, resulta claro que el legislador expresó su voluntad de consagrar la competencia de los tribunales especializados en materia de violencia contra la mujer para conocer de todos aquellos casos en los cuales la víctima sea una mujer, en aras de la protección efectiva de las mujeres contra el maltrato y ataques a su integridad personal y física, incluida la muerte, independientemente de la edad de la víctima del sexo femenino, por razones de género. Ahora bien, dicha competencia es a los fines de que el juzgador en materia de género determine o compruebe que los hechos en los cuales la víctima resulte una mujer, encuadren dentro de los tipos penales previstos en la ley especial, caso contrario si de la investigación que se adelante dichos hechos no encuentran adecuación típica en la ley de la materia ello no es óbice para que no pueda plantear su incompetencia. De lo anterior resulta forzoso concluir que de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, y dada la etapa en la cual se encuentra el presente proceso, su conocimiento corresponde a un tribunal de la jurisdicción especial de violencia contra la mujer.

La SCP corrige el inválido criterio, pero no hace mención alguna a la aplicación de estereotipos de género del tribunal de primera instancia, ni llama la atención del mismo respecto a tales señalamientos. Es necesario recordar que los Estados están obligados a eliminar la utilización de estereotipos de género que resulten discriminatorios para las mujeres y su utilización por parte de funcionarios públicos puede generar responsabilidad estatal a nivel internacional.

Esta obligación estatal de eliminar la utilización de estereotipos surge de los instrumentos internacionales y regionales de protección de derechos humanos de las mujeres. En el preámbulo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se reconoce que para lograr la plena igualdad entre el hombre y

la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

A su vez, en su artículo 5 contempla que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Asimismo, en el ámbito regional, la Convención Belem do Pará, establece en su artículo 8(b) que los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer.

En este sentido, la Corte Interamericana ha reafirmado la existencia de esta obligación al señalar que algunos estereotipos de género “son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos”⁴⁰ y que por lo tanto los Estados están en la obligación de tomar medidas para erradicarlos⁴¹.

En este sentido, la SCP tenía la obligación de identificar el estereotipo de género aplicado en la decisión del juez de instancia y advertir que el hecho de que las trabajadoras sexuales no sean consideradas víctimas de la violencia de género tiene consecuencias importantes, que incluyen la invisibilización de un grupo de mujeres. Sin embargo, la Sala no tomó ninguna acción para aclarar y eliminar el contenido discriminatorio por parte de este juez.

40 CorteIDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 302

41 Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 302

Decisiones como esta impiden que ciertas víctimas puedan acceder a la protección y utilizar los recursos materiales que el Estado debe poner a su disposición. Esta es una obligación del Estado derivada de los artículos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sobre todo de los artículos 2 y 5, formar y capacitar adecuadamente a la judicatura sobre el tratamiento de los delitos de violencia sexual, de modo que tome decisiones de manera sensible al género, asegurando que las decisiones judiciales estén al margen de los prejuicios morales y los valores personales de quien falla.

La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia, así como una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, ocupación laboral, conducta sexual y/o relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos.

Recientemente, en un caso de femicidio contra una mujer trans que era trabajadora sexual, la Corte Interamericana recordó que los prejuicios personales y⁴² los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales dado que “distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes” . Asimismo, la Corte recordó que en el marco de la obligación de no discriminar, los Estados tienen la obligación de “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”⁴³.

Por lo expuesto, es evidente que la falta de diligencia de la SCP en llamar la atención del juez de instancia ante la emisión de un concepto contrario al interés de la justicia y, por ello, de la víctima, pone en evidencia la falta de conocimiento por parte del alto tribunal de los

42 Corte IDH. Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, párr. 114.

43 Corte IDH. Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, párr. 118.

principios básicos que informan las normas de protección de la mujer y es contraria a las obligaciones estatales de identificar y eliminar estereotipos de género.

2.1.2. Error en la calificación del delito a los efectos de determinar la competencia (sentencia n.º 98 del 22/10/2020, recurso: conflicto de competencia, SCP)⁴⁴

Ante la presunta comisión de delitos ordinarios vinculados a la violencia sexual contra una mujer, explícitamente indicados en el caso, un tribunal de instancia especialista en violencia contra la mujer, se abstiene de conocer el mismo debido su conexión con otros delitos. El tribunal motivó su decisión de la siguiente manera: «esta Juzgadora se considera INCOMPETENTE para conocer de dicho proceso (...) toda vez que la conducta desplegada de los ut supra se encuentra individualizados penalmente y no guarda relación por razón o con ocasión a su género».

Ante esto, la SCP hace los siguientes señalamientos:

Frente a estas circunstancias, tenemos que, ciertamente, la conducta desplegada por los ciudadanos YONNY MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ, por la presunta comisión del delito de ROBO AGRAVADO EN GRADO DE COMPLICIDAD NECESARIA, YEISON MANUEL GARCÍA URIBE, por la presunta comisión del delito de APROVECHAMIENTO DE COSAS PROVENIENTES DEL DELITO, ANTONIO JOSÉ ZAMORA, por la presunta comisión del delito de ROBO AGRAVADO, y VIOLENCIA SEXUAL, previsto y sancionado en el artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; NELSON RAMOS SEQUERA y RONNY XAVIER ARIAS ARIAS, por el delito de POSESIÓN ÍLICITA DE DROGA, pudiera

44 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 98 del 22 de octubre de 2020, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0098-22-10-2020.pdf>

ser considerada como delitos conexos a los hechos, ello motivado a que la acción desplegada por los ciudadanos YEISON MANUEL GARCÍA URIBE, NELSON RAMOS SEQUERA y RONNY XAVIER ARIAS ARIAS, mencionados no constituiría delito sin la acción primaria efectuada por los ciudadanos YONNY MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ y ANTONIO JOSÉ ZAMORA esto es: el ROBO AGRAVADO y VIOLENCIA SEXUAL. En consecuencia, esta Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ordena la remisión del expediente al Tribunal Segundo de Primera Instancia en funciones de Control, Audiencia y Medidas en materia de Delitos de Violencia contra la Mujer del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, con sede en Valencia, con el fin de seguir conociendo el presente asunto. Así se decide.

En primer lugar, la decisión de instancia presenta un grave defecto de falta de motivación, la cual es escueta y casi inexistente. El criterio utilizado en la decisión según el cual la existencia de otros delitos contra la propiedad parece enervar la competencia del tribunal sin que se dé una motivación siquiera suficiente para justificar tal afirmación. Anadido a esto, llama la atención que en este supuesto se demore tanto el sistema de justicia en decidir el conflicto de competencia (más de dos años). Tal y como lo ha señalado la Corte Interamericana, “el derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable, por lo que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”⁴⁵.

En el presente caso, el retardo de más de dos años para resolver el conflicto de competencia supone en sí mismo un agravio para las víctimas, teniendo en consideración que con esta decisión sobre el conflicto de competencia apenas se iniciaría el proceso contra los presuntos

⁴⁵ Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 180.

agresores, con la incertidumbre que esto puede generar de que obtenga o no la justicia del caso.

En conclusión, de la decisión de la SCP puede afirmarse que existe un fuero de atracción respecto de la competencia por la materia de los tribunales especializados en violencia de género, a cuyo efecto, siempre que sean cometidos delitos de dicha naturaleza en perjuicio de una mujer, niñas o adolescentes de sexo femenino cuyo imputado sea un hombre mayor de edad, la competencia por la materia debe corresponder a los juzgados con competencia en materia de violencia de género, así concurra con la imputación de delitos cuya competencia corresponda a los jueces penales ordinarios, a los fines de garantizar los derechos al debido proceso y al juez natural.

2.1.3. Error en la calificación del delito y negligencia en la tramitación del conflicto de competencia (sentencia n. 80 del 30/07/2020, recurso: conflicto de competencia, SCP)⁴⁶

En un caso en el cual se había cometido el delito de acto carnal con víctima especialmente vulnerable contra una adolescente de 13 años, el tribunal con competencia en delitos de violencia contra la mujer admitió un cambio de calificación del delito de acto carnal con víctima especialmente vulnerable a acto carnal consentido por lo cual declinó la competencia. Ante un criterio simplemente asombroso, por decir lo menos, la SCP establece su argumento así:

Precisado lo anterior, debe la Sala indicar que, en el caso que nos ocupa dado que el sujeto pasivo del delito por el cual acusó la representación de Ministerio Público es una mujer amparada por la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que por su edad conforme a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es una adolescente de 13 años, cuyo discernimiento no alcanza su madurez plena, en lo cual radica la vulnerabilidad sexual

⁴⁶ TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n. 80 del 30 de julio de 2020, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0080-30-07-2020.pdf>

de la misma ante un adulto lo que no puede ser obviado, en consecuencia esta Sala de Casación Penal dadas las circunstancias claramente especificadas lo procedente y ajustado a derecho es declarar COMPETENTE a los Tribunales de Primera Instancia en Funciones de Juicio con Competencia en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua para seguir conociendo de la causa seguida al ciudadano WALTER ENRIQUE CERA OCAMPO por la presunta comisión del delito tipificado como ACTO CARNAL CON VÍCTIMA ESPECIALMENTE VULNERABLE previsto y sancionado en el artículo 44 numeral 1 de la Ley Orgánica Sobre del Derecho de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia, y en consecuencia se ordena remitir el expediente a la Corte de Apelaciones con Competencia en Delitos de Violencia Contra la Mujer del Circuito Judicial Penal del mencionado Circuito Judicial Penal, con la finalidad que el proceso continúe su curso legal. Así se decide Finalmente, luego del estudio y la verificación en autos y actas que rielan en el expediente, esta Sala de Casación Penal no puede obviar el incumplimiento de los Tribunales de Alzada involucrados respecto a las disposiciones contenidas en el artículo 82 del Código Orgánico Procesal Penal, los cuales debieron de manera inmediata una vez planteado el conflicto, remitir las actuaciones a este Máximo Tribunal, en tal sentido se hace un llamado a los fines que no se reitere en lo sucesivo situaciones del señalado tenor; todo ello, en resguardo de valores fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano relativos a la transparencia y la responsabilidad en el ejercicio de la función judicial con el objeto de evitar situaciones que afecten la tutela judicial efectiva y el debido proceso establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en consecuencia se ordena remitir el caso a la Inspectoría General de Tribunales a efectos de determine responsabilidades si las hubiere. Así se decide» (énfasis propio).

Este caso es particularmente grave, tanto por la edad de la víctima como por la manera en los órganos jurisdiccionales lo tramitaron. Es relevante señalar que la denuncia se interpuso en el mes de octubre de 2015, y las actuaciones se iniciaron al día siguiente por parte de un tribunal con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer.

Sin embargo, en una fase posterior otro tribunal con la misma competencia declaró que no puede conocer invocando que el tipo aplicable era uno del Código Penal (acto carnal consentido, artículo 378). Ello ocurrió en sentencia publicada el 24 de noviembre de 2017, previa puesta en libertad del presunto agresor en el mes de agosto de ese año.

Pese a ello, como se ha visto, la decisión de la Sala es del 30 de julio de 2020, lo que se traduce en el hecho de que el proceso se reinicia más de cinco años después de la denuncia inicial, y a pesar de ello, apenas se hace un «llamado» para que este tipo de retrasos injustificados no se vuelvan a realizar, sin remitir el expediente a los órganos disciplinarios competentes, y no se hace alusión alguna al totalmente fuera de lugar cambio de calificación que originó todo este retraso y agravio a la justicia y a la víctima.

2.1.4. Omisión de considerar delitos de violencia contra la mujer (sentencia n.º 212 del 17/04/2015, recurso de casación, SCP)⁴⁷

A pesar de que en la sentencia se establece como uno de los hechos probados los tocamientos a la víctima, la condena a dos de los imputados fue solo por secuestro y un tercero fue absuelto de cargo de actos lascivos sin indicarse por qué, a pesar de los hechos considerados como probados.

En tal sentido dice la Sala:

Los hechos establecidos en la mencionada sentencia son los siguientes: (...) Narró el Ministerio Público en su escrito

47 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 212 del 17 de abril de 2015, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0212-17-04-2015.pdf>

acusatorio las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos en los cuales los ciudadanos JULIO CÉSAR VELOZ COBOS y JOSÉ CASTILLO TORREALBA antes identificados, están incurso en la comisión de los ilícitos penales antes señalados: En fecha 20 de junio de 2010, a esto de las 03:00 horas de la tarde, la ciudadana MARYURI FREITES (sic) FERNÁNDEZ, se encontraba en la Plaza Miranda, esperando una camioneta de transporte público para dirigirse al Paraíso, cuando de pronto sujetos tripulando un carro pequeño de color marrón claro, que estaba parado en el lugar, la abordaron bajándose un sujeto de la parte de atrás del carro, empleando fuerza y amenazando su integridad física la empujó hacia la parte trasera del carro, colocándole un objeto punzante por un costado, introduciéndole la mano por todas las partes de su cuerpo incluyendo las partes íntimas, siendo que para el momento mismo en que se llevaba a cabo la acción delictiva, por casualidad fue presenciada por un cuñado de la víctima de nombre: CARLOS EDUARDO LUGO, quien pudo ver lo anteriormente narrado.

Tal como se desprende de lo antes transcrito, quedó evidenciado como hecho probado el tocamiento que se hizo a las partes íntimas de la mujer y a pesar de ello, no hubo condena por ese hecho, a pesar de lo explícito del mismo. La falta de condena por los delitos de naturaleza sexual en contra de la víctima invisibiliza este tipo de conductas y envían un mensaje erróneo de que estos crímenes son menos graves propiciando así la impunidad.

2.1.5. Omisión sobre sujetos susceptibles de responsabilidad penal (sentencia n.º 379 del 05/06/2015, recurso de casación, SCP)⁴⁸

El siguiente caso se refiere a una adolescente que fue abusada sexualmente por su profesor durante un viaje educativo. Este caso es particu-

⁴⁸ TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 379 del 05 de junio de 2015, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0379-05-06-2015.pdf>

larmente grave, pues puede estar relacionado con patrones de abusos en instituciones de índole educativa de gran prestigio y, por tanto, en los que las víctimas se encuentran ante figuras de autoridad que pueden valerse de su condición para cometer abusos. Esto exige de este tipo de instituciones unos estándares de protección particulares, pero en el caso lamentablemente se da por probado que la víctima denunció ante varios representantes de la institución los abusos sin que se tomaran en cuenta sus dichos. Pese a ello, en el juicio sólo se imputó al señalado como autor de los abusos sin hacer mención de los que dejaron a la víctima al alcance del perpetrador hasta que esta pudo reunirse con sus familiares, días después, para hacer la denuncia correspondiente⁴⁹.

El fallo de la SCP no deja lugar a equívocos:

una vez que estaban dormidas las mencionadas niñas en uno de los dos cuartos de la habitación 1409 comenzó a tocar a la adolescente, a besarla, con violencia, amenazándola, pidiéndole sexo oral, penetrándola vaginalmente e intentando penetrarla analmente, permaneciendo en la habitación hasta las dos y media de la madrugada indicándole a la adolescente que se bañara, que no dijera nada, yéndose de la habitación, lo cual obedeció la adolescente, y al día siguiente comenzó a buscar ayuda contándole lo ocurrido a [otros dos adolescentes cuyo nombre se omite por disposición expresa del artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes] (...) y a los adultos encargados de cuidarlos a la ciudadana profesora Lidia Carolina Gómez Torres, a la ciudadana profesora Jesicca Yheli Moreno Rodríguez, al ciudadano Cura y Director Rodrigo Lozano Salvador, quienes siguieron con las actividades rutinarias y no se lo informaron ni a los padres de la adolescente ni a las autoridades policiales, realizando el Concierto y la sesión de fotos pausada, regresando el domingo 28 de Noviembre de 2004 a

49 La falta de asunción de responsabilidad por parte de la institución es tal, que a la fecha de elaboración de este informe (julio de 2021), quien fuera condenado por los hechos, Miguel Augusto Alayón, se le menciona en la página web de dicha organización sin hacer referencia alguna a los abusos cometidos. Vid. Niños Cantores de Villa de Cura (ninoscantoresvilladecura.blogspot.com).

Villa de Cura, por lo que la adolescente (...) le contó lo ocurrido a su familia y en compañía de estos (...) se trasladó a la ciudad de Caracas y puso la denuncia de lo ocurrido (énfasis propio).

Estos hechos de violencia sexual no sólo implican una violación a los derechos a la integridad personal y a la vida privada que protegen la libertad sexual y el control del propio cuerpo de niñas y adolescentes, sino que implican una violación al derecho a la educación. En un caso en el cual una adolescente fue sometida a violencia sexual por parte del vicerrector de una institución educativa, la Corte Interamericana recordó que el Estado “debe adoptar las medidas necesarias para prevenir y prohibir toda forma de violencia y abuso, incluidos los abusos sexuales en las escuelas por el personal docente, que goza, por su condición de tal, de una situación de autoridad y confianza respecto de estudiantes e incluso de sus familiares” y que debe “tenerse en cuenta, al respecto, la particular vulnerabilidad de las niñas y adolescentes, considerando que ellas con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de hombres mayores”⁵⁰.

En lo que concierne al Poder Judicial, los Estados también tiene la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en un plazo razonable a víctimas de estos hechos. En el presente caso existieron fallas y obstáculos en el proceso judicial, primero ante la falta de instrucción al Ministerio Público sobre el hecho de que había sujetos pasibles de responsabilidad penal expresamente mencionados por la víctima, y por otro lado, como indica el fallo citado, la denuncia del caso se hizo en noviembre de 2004, mientras que la sentencia en casación se dictó casi 10 años después, y aunque llevó a una condenatoria fue tras una manifiesta evidencia de un retardo judicial injustificable en perjuicio de la víctima.

50 Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 119.

2.1.6. Omisión de medios de prueba fundamentales (sentencia n.º 393 del 25/10/2016, recurso de casación, SCP)⁵¹

El tribunal de apelación de este caso deja de lado la condición de víctima especialmente vulnerable en razón de un formalismo, ya que está tenía al momento de los hechos trece años y diez meses (la ley dice menor de trece) y aplica estereotipos de género con relación la figura del noviazgo como presunción del consentimiento, lo cual es ajeno a los principios de la ley.

Según la Corte de Apelaciones se desestimó la opinión de las expertas que realizaron el estudio psico social con una motivación que trata de establecer un consentimiento basado en la existencia de una relación sentimental:

En el presente caso, se observa que la adolescente, contaba con el discernimiento ope lege para decidir si quería o no mantener relaciones sexuales con el acusado, toda vez que tenía trece años y diez meses de edad (mayor de trece) y el acusado veintiséis años, y las expertas que declararon en juicio determinaron que no carecía de dicho discernimiento, sino que por el contrario, conocía y entendía el hecho del acto sexual y sus consecuencias, lo cual se corrobora con el verbatimum de la adolescente, quien manifiesta entre otras cosas que: tenía un novio que era mayor que ella, salió con él y ellos (padres y hermanos) le preguntaban dónde estaba, hasta que descubrieron con quien estaba saliendo, con un muchacho que tiene 26 años, su hermano le revisó el teléfono y vio un mensaje, llamaron pero él no contestó porque tenía el teléfono apagado, pero como su papá es policía, rastreó el número vía satelital y lo ubicaron y hablaron con él, bueno lo que hicieron fue insultarlo, y su mamá lo denuncia porque él tiene 26 y ella 14 años, que tuvieron relaciones, ellos le preguntaron y ella les dijo que si habían tenido relaciones ella tenía problemas en su casa, se sentía sola, y como ella ya salía con él, un día salie-

51 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 393 del 25/10/2016, disponible en: <https://accesoaljusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0393-25-10-2016.pdf>

ron y pasó, duraron siete meses de novios, se “empataron” en enero y decidieron tener relaciones en mayo, en ese tiempo se quería acercar a su mamá pero ella no la dejó, siempre le ponía un pero, le decía ya va, me siento mal, estoy ocupada, estoy cansada, con esa relación ella buscó un poquito de felicidad.

Adicionalmente señaló la Corte:

interpretación errada de la opinión calificada de las expertas que realizaron el estudio psico social en el presente caso, sobre una vulnerabilidad emocional, que nada tiene que ver con el discernimiento de la adolescente para decidir sobre su libertad sexual, siendo que, por el contrario, la misma mostró pleno discernimiento en la relación de noviazgo que mantuvo con el acusado, con la cual se sentía plena y feliz.

Corrige la Sala en los siguientes términos:

Por ello, la Sala advierte que estamos en presencia del delito de acto carnal con víctima especialmente vulnerable, aunque la relación sea consentida si dicho consentimiento no es libre, sino vulnerado o impuesto. Ya que el quebrantamiento o manipulación de la voluntad para decidir sobre su libertad sexual, resulta un impedimento para un pleno desarrollo individual del ser humano. Siendo ese aspecto en específico lo que debe determinarse al momento de dictar una sentencia absolutoria o condenatoria: que el consentimiento del acto sexual, no haya sido manipulado por el sujeto activo en procura de su satisfacción sexual.

Llama la atención en este caso el formalismo de considerar que por tener unos meses más de la edad para considerar a la víctima como especialmente vulnerable y por la manera en que se descarta la opinión de las expertas basándose en una supuesta relación feliz y consentida, todo bajo supuestos, obvian la notable diferencia de edad del supuesto

52 Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, para. 131.

perpetrador y la manipulación de que puede ser objeto la víctima precisamente por el cuadro familiar descrito por las expertas, así como por su edad.

La existencia de una relación de noviazgo en un caso de violencia sexual como presunción de que existía consentimiento conlleva estereotipos de género perjudiciales que buscan culpabilizar a la víctima de la violencia y que facilitan el aprovechamiento de la relación de confianza, para cometer actos contra adolescentes⁵². La Corte Interamericana, ha mencionado anteriormente que las referencias reiteradas a la existencia de una relación sentimental con el agresor habían implicado “que en la práctica las autoridades no dieran una respuesta oportuna e inmediata, minimizaran institucionalmente la gravedad de la situación y de las afectaciones en su integridad personal, y no trataran el caso en sus etapas iniciales con la exhaustividad que requería”⁵³, errores en los que había incurrido el tribunal al analizar el caso sin la debida perspectiva de género.

2.1.7. Omisión de tipos penales por parte del juez por prejuicios del mismo sobre lo que es libertad sexual (sentencia n.º 252 del 08/11/2019, recurso: conflicto de competencia, SCP)⁵⁴

El juez de instancia descartó en este caso que los hechos (masturbación bajo amenaza en el marco de un robo) fuese considerado un ataque a la libertad sexual de la víctima. El tribunal de instancia erróneamente considera que es necesaria una relación afectiva de subordinación con la víctima para que sea posible. El juez de instancia descartó en este caso que los hechos (masturbación bajo amenaza en el marco de un robo) fuese considerado un ataque a la libertad sexual de la víctima. El tribunal de instancia erróneamente considera que es necesaria una relación afectiva de subordinación con la víctima para que sea posible un delito de género: un delito de género:

53 Corte IDH. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, para. 237.

54 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 252 del 08 de noviembre de 2019, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0252-08-11-2019.pdf>

(...) SEGUNDO: Luego de la revisión exhaustiva de las actas, este Tribunal estima que estamos en presencia de un delito de ROBO AGRAVADO (...); En tal sentido, al encontrarnos celebrando esta audiencia (...) por declinatoria del Juzgado Noveno (9°) en Funciones de Control Ordinario, y estando el imputado debidamente provisto de defensa pública (sic) (...) en consecuencia, analizado el caso particular es evidente que la persona que se encuentra detenida y señalada como presunto autor del hecho punible, no existiendo una relación afectiva entre ellos y no consta la relación de subordinación y discriminación de marras en perjuicio de las víctimas (...) se declara IN-COMPETENTE para seguir conociendo de la presente causa (...) en consecuencia acuerda plantear CONFLICTO DE NO CONOCER, ante el órgano jurisdiccional superior común, es decir, la honorable Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo (...).

Ante esto, la SCP decidió contra el criterio erróneo explicando que:

En tal sentido, causa preocupación a esta Sala de Casación Penal, el aumento de procedimientos de conflictos de no conocer ante la existencia de delitos conexos, entre especiales contenidos en el catálogo de Ley Especial de Violencia de Género y otros, contemplados en otras leyes y códigos, que van en contradicción con los principios y garantías constitucionales, y la protección especial e integral de las mujeres, niñas y adolescentes contenida en la legislación nacional e internacional para erradicar la violencia contra la mujer, por lo que exhorta a los Jueces y Juezas penales a cumplir dicha obligación con perspectiva de género, abandonando "...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...” (Sentencia núm. 486 de fecha 24 de mayo de 2010, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia). Reitera esta Sala, el conocimiento de aquellos asuntos por los Tribunales con Competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer, establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sobre delitos contra niñas, o estén involucrados a su vez, niños y niñas, y adolescentes, o indígenas de sexo femenino, y de trata de personas, contenidos en su orden en los fallos vinculantes núm. 449 de fecha 19 de mayo de 2010, núm. 514 de fecha 12 de abril de 2011, núm. 1325 de fecha 4 de agosto de 2011, y núm. 213 del 6 de junio de 2017» (énfasis propio).

Aunque la Sala corrige el error en el razonamiento, no llama la atención al tribunal por este desconocimiento, sino que se manifiesta por una situación general de declinatorias de competencia, y hace consideraciones también generales sobre el sistema social patriarcal.

Debe enfatizarse, además, el hecho de que sea la propia SCP la que señale que existe una tendencia de evitar la competencia de los tribunales contra la violencia ante la existencia de otros delitos, y ello, en el mejor de los casos, habla de una falta de conocimiento de la ley por parte de los jueces, así como de los criterios aplicables en materia de competencia, donde las únicas afectadas son las víctimas.

Reafirmamos que el concepto de maltrato masculino hacia las mujeres como algo privado tiene una fuerza ideológica muy potente en la conciencia. En especial, el ámbito de las parejas y la familia ha sido considerado tradicionalmente “exento del escrutinio público”⁵⁵ y circunscrito a la esfera privada, lo cual genera un ambiente de impunidad estructural y falta de diligencia por parte de las autoridades judiciales

55 Corte IDH. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, para. 237.

56 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 161 del 10 de diciembre de 2020, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0161-10-12-2020.pdf>

e impide la generación de la responsabilidad social para encontrar una solución legal.

2.1.8. Falta de diligencia de la Sala ante confusión en la determinación de tipos vinculados a víctima especialmente vulnerable, sobre todo cuando se hace alusión a otros bienes jurídicos protegidos (sentencia n.º 161 del 10/12/2020, recurso: avocamiento, SCP)⁵⁶

En este caso, se realizó la aprehensión de seis individuos involucrados en los delitos de acto carnal con víctima especialmente vulnerable y exhibición pornográfica de adolescente. Sin embargo, las autoridades policiales realizaron la aprehensión con base en delitos previstos en el Código Penal como aquellos contra las buenas costumbres y el buen orden de la familia.

La SCP afirmó que:

En fecha 3 de mayo de 2020, el ciudadano MAIKER GERMÁN BREINDEMBACH SALAS, titular de la cédula de identidad V-15.518.932, en compañía de los ciudadanos Raúl Alejandro Zerpa Silva, Inés María Páez Farfán, Adelfa Ron Farfán Y María Nohelia Ponce Caro, fue aprehendido por estar incurso en uno de los delitos previstos en el Código Penal, “Contra las Buenas Costumbres y el Buen orden de la Familia”.

Se entiende que la aprehensión realizada por los organismos policiales fue por un delito del Código Penal y no de la ley especial, a pesar de que desde el inicio el primer órgano jurisdiccional que conoció del caso aceptó la precalificación de:

ACTO CARNAL CON VÍCTIMA ESPECIALMENTE VULNERABLE

previsto y sancionado en el artículo 44 en su primer aparte de la Ley Orgánica sobre el derecho de la Mujeres

a una Vida Libre de Violencia, en concordancia con el artículo 217 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y el delito de EXHIBICIÓN PORNOGRÁFICA DE ADOLESCENTE previsto y sancionado en el artículo 24 de la Ley especial contra los delitos informáticos.

En este sentido, consideramos que la Sala perdió una oportunidad para llamar la atención sobre la calificación de los hechos por parte de los órganos policiales, pues aun cuando la misma no es vinculante para el Ministerio Público ni para el juez, pone de manifiesto un desconocimiento de las figuras legales asociadas a la violencia contra la mujer, situación de la que se tiene conocimiento, lamentablemente, y no es excepcional.

2.1.9. Uso de expresiones de incompatibles con la violencia de género. No se toma en cuenta el entorno de la víctima (sentencia n.º 542 del 03/08/2015, recurso de casación, SCP)⁵⁷

En un caso de abuso sexual de adolescente en el que se ordena un nuevo juicio por vicios en la realización de una audiencia, se utiliza la expresión «victimización secundaria», que degrada la idea de victimización.

Afirma la Sala:

Así pues, la Sala concluye que, en el presente caso, lo procedente y ajustado a derecho es declarar CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por la representación de la defensa y dada la indeterminación de las circunstancias de hecho y responsabilidad del justiciable, se hace necesario un nuevo debate sobre los hechos, por exigencia de la inmediación y la contradicción, que responden en estricto a un proceso judicial penal –en fase de juicio– ajustado a derecho. En consecuencia, la Sala ORDENA la celebración de nuevo juicio y el dictamen de nueva sentencia, que

57 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 542 del 03 de agosto de 2015, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0542-03-08-2015.pdf>

cumpla con la determinación precisa y circunstanciada de los hechos probados y la responsabilidad o no del acusado, de conformidad con lo previsto en el artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

La Sala acota, que, en la celebración del nuevo juicio, es pertinente y necesaria la declaración de la víctima adolescente, a quien en la investigación se le debió resguardar su derecho a ser protegida de los efectos de la victimización secundaria, mediante su declaración como prueba anticipada, sujeta a la contradicción de las partes.

Ello se desprende del contenido de la Ley de Protección de las Víctimas, Testigos y demás sujetos procesales, como instrumento que persigue la integridad física y emocional de las personas que han resultado lesionadas en la comisión de delitos y que son víctimas primarias, y además, vulnerables por su especial condición, ya sean adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, personas sujetas a abuso sexual o maltrato intrafamiliar, así como evitar que padezcan de la victimización secundaria que puede producir en ellas el someterse a los procedimientos derivados de la persecución del delito y que representan un impacto en su bienestar general, dada la necesidad de la reproducción histórico- narrativa de los eventos objeto de la investigación.

En casos de violencia contra la mujer, la investigación y el proceso judicial debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática a la víctima⁵⁸. Sin embargo, en este caso el uso reiterado del término «victimización secundaria» en cuatro oportunidades a lo largo del fallo, pone en segundo término el daño que el sistema de justicia puede causar en una víctima y, por lo mismo, disminuye su propia responsabilidad. No se trata de un daño menor el que puede hacer quien tiene en sus manos la respon-

58 Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 256.

sabilidad de sancionar al presunto autor de delito, y por ello el uso de este término, que busca restarle peso a la gran responsabilidad que tiene con la víctima el Poder Judicial, debe ser objetado en la medida en que no se compadece con los principios básicos de protección a la misma citados en la propia decisión.

2.1.10. Prejuicios de los funcionarios policiales (sentencia n.º 029 del 20/02/2017, recurso de casación, SCP)⁵⁹

Expresa la Sala:

Antes de verificar la admisibilidad del recurso, esta Sala estima prudente traer a colación un aspecto de la investigación que llama la atención. Se trata de la novena pregunta que le fue realizada a la víctima al momento de presentar la denuncia en la Sub- Delegación Zaraza del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas: “NOVENA PREGUNTA: Diga usted, ¿para el momento de los hechos su persona era virgen? CONTESTÓ...”.

Llama la atención de la Sala que esta pregunta fue realizada por “... EL FUNCIONARIO RECEPTOR...”, que es la forma como se identifica quien firma el acta de denuncia. Al respecto, es importante considerar que un delito de violencia sexual como la violación no solo deja secuelas físicas sino especialmente psicológicas, que en los momentos cercanos a su perpetración pueden generar en la víctima un estado emocional cuyo abordaje requiere conocimiento y mucha prudencia del receptor de la denuncia, quien, debería ser, preferiblemente una mujer.

Que una adolescente víctima de violación deba denunciar en una oficina frente a un hombre desconocido, quien además le pregunte “...si para el momento de los hechos su persona era virgen...”, genera una imagen poco idónea

59 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 029 del 20 de febrero de 2017, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0029-20-02-2017.pdf>

para quien alega que acaba de sufrir tal acto inhumano. De ahí, que el abordaje de las personas que denuncien debe manejarse con discreción, en un entorno donde se garantice la privacidad del denunciante y con una funcionaria formada para atender a la víctima, con las garantías que impone la dignidad humana.

Aunado a ello, pareciera poco útil preguntar sobre la existencia de relaciones sexuales anteriores al momento de la victimización puesto que ello en nada agrava o reduce la eventual pena que pudiera imponerse al agresor, así como tampoco se advierte de qué manera pudiera incidir en la investigación ya que la víctima pudiera mentir al respecto, por razones religiosas o sociales, siendo tarea del médico forense darle al investigador los elementos que requiera para descubrir la verdad.

En definitiva, la Sala de Casación Penal llama a la prudencia a los órganos auxiliares de investigación penal en el manejo de casos como este, donde se reduce la voluntad humana a los designios del agente activo, por lo que deben extremarse los cuidados en la atención a la víctima, para evitar así que pudiera generarse un caso de doble victimización.

Los funcionarios del CICPC le preguntaron a la víctima si era virgen al momento de los hechos, con manifiesta impertinencia y la revictimización consiguiente.

Es posible advertir la influencia de un conjunto de valores socioculturales y nociones basadas en la inferioridad de las mujeres que afectan negativamente el procesamiento de sus casos dentro de los sistemas judiciales, e influyen en la percepción del problema como no prioritario (ejemplo, no era virgen) y perteneciente al ámbito privado.

Estos patrones socioculturales discriminatorios afectan las actuacio-

nes de los abogados, fiscales, jueces y funcionarios de la administración de la justicia en general, así como de la policía. La Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer han recordado el vínculo que existe entre la violencia contra las mujeres y la discriminación, y la forma en que ciertos estereotipos y prácticas sociales y culturales, basados en el concepto de que las mujeres son inferiores a los hombres, pueden influenciar negativamente las acciones de los funcionarios públicos.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha reiterado que «las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles» y que las líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en estos casos son la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género⁶⁰.

Otro elemento importante en este caso es el retardo procesal, pues la denuncia sobre los hechos punibles se hizo el 26 de noviembre de 2005 mientras que la decisión del recurso de casación es del 20 de febrero del 2017, es decir, más de once años para cerrar un caso, lo que es inaceptable a todas luces, además de una negación de la justicia y una violación a la tutela judicial efectiva.

2.2. Que la sentencia no tome en cuenta el principio de interseccionalidad de la víctima, esto es, de la existencia de diversos factores de vulnerabilidad y riesgos de discriminación que confluyen de manera interseccional ocasionando un impacto diferenciado en la violencia contra la mujer (entre otros, pobreza, pertenencia a una etnia indígena, tener una discapacidad, relaciones de poder, etc.), o que se interprete de forma errónea el elemento de consentimiento.

2.2.1. Falta de sensibilidad hacia la víctima, falta de apreciación de la interseccionalidad en cuanto a la edad y condición de mujer, de la gravedad de los hechos denunciados y omisión de medios de

60 Corte IDH. Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 209.

pruebas fundamentales (sentencia n.º 413 del 12/06/2015, recurso de casación, SCP)⁶¹

En un caso donde una adolescente denunció que desde que tiene diez años ha sido abusada por su padre en diferentes oportunidades y a lo largo del tiempo, la Corte de Apelaciones desestima el valor de la prueba de expertos y del mismo dicho de la víctima, basándose fundamentalmente en que algunas de las afirmaciones de esta última no pudieron ser corroboradas, obviando que no se trataba de un hecho particular sino de una serie continuada de abusos de los que daba prueba el testimonio de los expertos, también desechado.

Para fundar su decisión, la Corte de Apelaciones expresó:

es de advertirse que ni de los informes técnicos ni de las testimoniales que rinden los expertos LUIS GUILLERMO PIÑANGO LEÓN, Médico Psiquiatra, JHONNY ALEXIS MORENO GÓMEZ, Psicólogo Clínico, XEIDA MORA DE LEÓN, Psicóloga, KARELBYS MIQUILENA RUÍZ, Médico Psiquiatra (...) surgen elementos que puedan ser utilizados para determinar la responsabilidad penal del ciudadano (...) criterio este que comparte a plenitud esta Alzada, por cuanto tomando en cuenta tal como se dejó sentado ut supra que el experto no conoce los hechos objeto de la controversia sino que obtiene información de los mismos a través del examen o peritajes de objetos o situaciones relacionadas con los mismos, queda establecido que por el solo hecho de haberse concluido que la víctima adolescente al momento de los exámenes psicológicos que le fueron realizados, presentaba síndrome de stress post traumático, es de advertirse que la suficiencia de la declaración de la víctima, como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia requiere que no concurren razones que cuestionen su veracidad, verificándose que en el caso de autos las afirmaciones de la víctima

61 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 413 del 12 de junio de 2015, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0413-12-06-2015.pdf>

adolescente durante el desarrollo del debate no pudieron ser corroboradas.

Ello es confirmado por la Sala en los siguientes términos:

En tal sentido, la Corte de Apelaciones constató que los testimonios recibidos durante el juicio fueron examinados, apreciados y confrontados por el juzgador como parte de la actividad procesal de éste para poder establecer la legalidad de la absolución del acusado, que resultó del examen metódico y exhaustivo de todos los medios probatorios, los cuales crearon una duda razonable en el juzgador respecto a la participación del acusado en el caso particular.

Al respecto, la Sala de Casación Penal ha establecido reiteradamente que la motivación de un fallo implica manifestar la razón jurídica que sirve de base al juzgador para asumir una determinada resolución, a través del estudio y evaluación de todas las circunstancias específicas del caso controvertido, así como de los medios probatorios que surjan durante el desarrollo del proceso penal; y el tribunal de alzada al pronunciarse sobre un recurso de apelación, debe controlar los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por el tribunal de primera instancia, como parte de la labor de revisión que ejerce el órgano jurisdiccional sobre la decisión en que se fundamenta la apelación.

Deber de revisión que constituye una protección eficaz del derecho a la presunción de inocencia, al analizar la racionalidad de la valoración de las pruebas efectuadas por el juzgador de instancia en la motivación de la sentencia.

Por ello, la sentencia recurrida proporciona los argumentos lógicos y jurídicos suficientes para garantizar el derecho fundamental a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en derecho, así como de conocer las razones que adoptaron para la determinación del fallo, como disponen los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Para confirmar la decisión de la Corte de Apelaciones, la SCP toma una postura formalista en la cual la motivación debe cumplir con la existencia de «argumentos lógicos y jurídicos suficientes» sin considerar que la desestimación del testimonio de una víctima adolescente traumatizada por un abuso continuado no puede ser preciso en algún detalle, pero sí coherente, siendo esto último lo que evidenciaban los informes de los expertos. De ahí entonces que la falta de corroboración de un hecho concreto no desvirtúa lo dicho por la víctima y no es suficiente para desestimar su testimonio. En especial, dado que se trataba de una adolescente que había sufrido abuso sexual desde que era niña, la Corte debió considerar cómo la condición de mujer junto con su edad habían generado una afectación particular en la víctima. En el caso de Paola Guzmán Albarracín, la Corte IDH advirtió precisamente que en un caso de violencia sexual contra una adolescente confluyen diversos factores de vulnerabilidad, tales como la edad y la condición de mujer⁶².

Así, Miranda Estrampes cita una sentencia del tribunal español para confirmar la importancia del testimonio de la víctima:

Es frecuente, por ejemplo, que el delito de violación producido por intimidación no deje huellas visibles y externas de violencia que corroboren la versión de la víctima. Consciente de ello, el T.S. en sentencia de 13 de Setiembre de 1991 admitió la suficiencia la declaración de la víctima aun cuando no existieran pruebas periciales o de otra naturaleza de carácter complementario y siempre que, obviamente, no concurren razones que cuestionen su veracidad⁶³.

En el mismo sentido se ha expresado la Corte Interamericana, al afirmar que en este tipo de casos «las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores»⁶⁴ y que dada su naturaleza «no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales», por lo

62 Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr.142.

63 Miranda Estrampes, Manuel (1997). Mínima actividad probatoria en el proceso penal. Bosch. Barcelona p. 190.

64 Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 150.

cual «la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho».⁶⁵ Aunado a esto, ha reiterado que «al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente».⁶⁶ Las declaraciones realizadas por víctimas de violencia sexual se refieren además a un momento traumático sufrido por ellas, «cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos»,⁶⁷ por lo cual «las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad».⁶⁸

Adicionalmente, las sentencias citadas omiten que a pesar de que la denuncia ponía de manifiesto un delito continuado, tal situación queda omitida y se circunscriben los hechos a situaciones concretas que luego son utilizadas para descartar en razón de alguna imprecisión en el testimonio de la víctima, sin considerar la globalidad de la situación y los múltiples elementos de violencia que involucran los hechos, desestimándose también de este modo el principio de interseccionalidad en este caso.

2.1.2. Error en la calificación del delito por el tribunal de instancia. Omisión de la situación de amenaza sobre la víctima (sentencia n.º 452 del 03/07/2015, recurso: conflicto de competencia, SCP)⁶⁹

Ante una situación de violencia por parte de un funcionario perteneciente a un organismo policial, se obvian los elementos diversos de violencia que esto puede generar en la víctima y que van más allá del hecho o la amenaza en concreto que se la haya hecho, pues los patrones

65 Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 150.

66 Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 150.

67 Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 150.

68 Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 150.

69 TSJ. Sala de Casación Social. Sentencia n.º 452 del 03 de julio de 2015, disponible en:

<https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0452-03-07-2015.pdf>

de impunidad aumentan cuando los perpetradores son miembros de este tipo de organismo público.

Así, el Tribunal de Instancia justificó el no conocer del caso en lo siguiente:

siendo consumado por última vez en el estado Apure, cesando el delito consumado en ese mismo estado, tal como se desprende de la declaración de la víctima, del examen pericial forense, entre otras consideraciones, que rielan a las actas de la presente causa, donde claramente se evidencia que la ciudadana víctima manifestó haber consentido el contacto sexual en dos (2) oportunidades, pero no deseado, estando en el estado APURE, lugar donde cesó la consumación del mismo.

La Sala corrige el criterio anterior, que niega la existencia de un delito continuado, según estos argumentos:

«Ahora bien, de las copias certificadas que fueron remitidas y que conforman el expediente, se verifica la denuncia realizada por la víctima en fecha veintinueve (29) de julio de 2014, ante la Fiscalía Centésima Trigésima Cuarta del Área Metropolitana de Caracas y la ampliación de la misma efectuada el veintidós (22) de agosto de 2014, ante la Fiscalía Octogésima Segunda Nacional con Competencia en Defensa para la Mujer, constatándose de acuerdo a lo manifestado, que sostuvo contacto sexual no deseado con el acusado en la ciudad de Maturín, estado Monagas y en el estado Apure, lugar éste último donde además fue víctima de otros hechos.

En tal sentido, el delito de VIOLENCIA SEXUAL tipificado en el artículo 43 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por el cual los representantes del Ministerio Público presentaron formal acusación contra el ciudadano WILMER JOSÉ DESIDERIO RAMÍREZ, prevé una pena de diez a quince años de prisión, pena esta superior a la prevista para

los delitos de LESIONES GRAVÍSIMAS, tipificado en el artículo 414 del Código Penal, en relación con el delito de VIOLENCIA FÍSICA, tipificado en el artículo 42 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (tres a seis años de presidio), y el delito de AMENAZAS, previsto en el 41 eiusdem (diez a veintidós meses de prisión) por los cuales también está siendo juzgado el referido ciudadano.

No obstante, observa la Sala que respecto al primero de los ilícitos señalados y de acuerdo a lo expuesto, fue realizado en ambas jurisdicciones (estados Monagas y Apure) considerándose que se está en presencia de la presunta comisión de un delito continuado, toda vez que se realizaron diversas acciones en jurisdicciones distintas, pero que ofenden a una sola víctima e infringe el mismo precepto penal; siendo que el último acto conocido se materializó en el estado Apure.

En consecuencia, al haberse producido el delito de VIOLENCIA SEXUAL de manera continuada y verificándose el último acto de su ejecución en la jurisdicción del estado Apure, la competencia para el conocimiento del proceso seguido al ciudadano WILMER JOSÉ DESIDERIO RAMÍREZ, corresponde al Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Control, Audiencia y Medidas con Competencia en Delitos de Violencia contra la Mujer del Circuito Judicial Penal del Estado Apure, en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 (segundo aparte) del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide».

Aunque el Tribunal Supremo en su decisión señala que el delito es consumado y no continuado (como en efecto fue), sin embargo, afirma que hubo actos sexuales consensuados, omitiendo el estado de amenaza y el ambiente de coacción en el cual se encontraba la víctima y el hecho de que el victimario era parte de las fuerzas de seguridad del Estado ya que era funcionario del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC).

La naturalización o minimización de la violencia, la asignación de responsabilidades a las víctimas y la deslegitimación de sus declaraciones constituyen el mantenimiento de estándares patriarcales en el sistema de administración de justicia.

La violencia sexual ha sido entendida en la jurisprudencia internacional de forma uniforme como “acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”⁷⁰. La determinación en un caso de si existía el consentimiento necesario para un acto sexual debe ser analizado con perspectiva de género, tomando en consideración el contexto en el cual ocurrieron los hechos.

El problema es que el consentimiento jurídico, que se fundamenta en la libertad individual, se preocupa poco por la relación de fuerza entre los contratantes. En cuanto a la intimidación, supone el empleo de cualquier forma de vis psíquica que lleva al sujeto pasivo a ceder a los propósitos del agente, «ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva»⁷¹.

Es necesario entender que la falta de consentimiento no requiere el ejercicio de la fuerza física. Esto ha sido comprendido por los tribunales penales internacionales a través de su jurisprudencia. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda afirmó que el sometimiento de la víctima no requiere fuerza física, sino que la situación y las circunstancias del ambiente pueden determinar un evento de intimidación, extorsión u otras formas de coacción que hagan a la víctima presa del temor o la desesperación son suficientes para configurar la ausencia de consentimiento y pueden resultar inherentes al conflicto armado o la presencia militar⁷².

70 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 119.

71 Blog Portilla-Arnaiz. “El delito de agresión sexual y el delito de abuso sexual”. Publicado el 27 de abril de 2018, disponible en: <https://blog.portillaarnaiz.es/2018/04/el-delito-de-agresion-sexual-y-el-delito-de-abuso-sexual/>.

72 Tribunal Penal Internacional Ruanda. El Fiscal contra Jean-Paul Akayesu. Caso No. ICTR-96-4-T. 2 de septiembre de 1998. Disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>

Este entendimiento fue incorporado a las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (CPI), las cuales establece que en casos de violencia sexual

«El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima y cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre».

Asimismo, establecen que «El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre» ni «podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual».⁷³

En uno de sus casos más recientes, en el proceso contra Dominic Ongwen, la Corte Penal Internacional recordó que el establecimiento de una de las circunstancias coercitivas establecidas es suficiente para que la penetración se configure en una violación y que no es necesario probar la falta de consentimiento de la víctima ni que la misma se haya resistido a la violación⁷⁴. La Corte reiteró que las circunstancias coercitivas no necesitan ser evidenciadas por una demostración de fuerza física ya que las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de coacción que se aprovechan del miedo o la desesperación pueden constituir coerción⁷⁵.

2.3. Sentencias en las que se cometen graves violaciones a los derechos de la mujer de modo que desnaturalice el proceso y que el mismo no sirva a los fines que la ley le impone (revictimización, retardo judicial, omisión de elementos fundamentales del proceso, etc.).

73 Reglas de Procedimientos y Pruebas de la Corte Penal Internacional, Regla 70.

74 Corte Penal Internacional. Situación en Uganda. El Fiscal c. Dominic Ongwen. Sentencia de Juicio. 4 de febrero de 2021. Sala de Juicio IX. ICC-02/04-01/15-1762-Red, párr. 2709.

75 Corte Penal Internacional. Situación en Uganda. El Fiscal c. Dominic Ongwen. Sentencia de Juicio. 4 de febrero de 2021. Sala de Juicio IX. ICC-02/04-01/15-1762-Red, párr. 2710.

2.3.1. Silencio de pruebas, omisión por parte de los tribunales superiores de violaciones al debido proceso, perspectiva formalista del proceso penal (sentencia n.º 051 del 10/02/2016, recurso de casación, SCP)⁷⁶

En un caso de abuso sexual a una niña, el fiscal denunció silencio de pruebas, y aunque eso quedó acreditado por la Corte de Apelaciones, fue desestimado porque no explicó suficientemente cómo ese silencio pudo afectar la decisión. Es decir, no hubo ninguna iniciativa de la Sala de intervenir de oficio ante violaciones acreditadas al derecho al debido proceso, que de acuerdo a este criterio son carga exclusiva del denunciante del tal vicio.

En tal sentido, vale citar lo dicho por el recurrente en casación:

la Corte de Apelaciones sólo se limitó a establecer la existencia del vicio [de] Inmotivación, señalando lo siguiente (...) la falta de valoración de los siguientes medios de prueba, del RECONOCIMIENTO PSICOLÓGICO FORENSE de fecha 28 de agosto de 2013, suscrito por la Lic. Lissette Marcano Narváez, adscrita al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y RECONOCIMIENTO MÉDICO LEGAL N.º 9700.159-1675 de fecha 03 de septiembre de 2013, practicado por la Dra. Gilmary Siritt, Médico Forense adscrito al Departamento Forense de Porlamar del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas. Debe indicarse que el silencio de la prueba”. La sala: “Ya hemos visto, que hay un desglose de una denuncia con una estructura invariable en la cual se menciona el precepto autorizante y las normas infringidas, pero las explicaciones que se muestran no son determinantes, amén de lo que encierra este acto procesal como lo es recurso de casación, que como se ha dicho debe haber argumentos centrados en poner al descubierto las falencias comprendidas en el fallo, precisando el cuándo, el cómo y en qué sentido se ha infringido la ley que conduzca a su quiebre.

76 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 051 del 10 de febrero de 2016, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0051-10-02-2016.pdf>

Esto contrasta, y mucho, con las actuaciones de oficio que constantemente se aprecian en tribunales cuando el Estado es el demandado, y aun cuando no haya alegado un vicio concreto, el órgano jurisdiccional pasa a pronunciarse sobre ellos, bajo la excusa de defensa de la Constitución, aunque no sea el caso. Se trata de un doble discurso de la actividad jurisdiccional que en este caso se comporta como si no tuviera competencias procesales para intervenir como defensor de la constitucionalidad y de los derechos humanos.

El Estado venezolano tiene la obligación de sustanciar los procesos judiciales sobre hechos de violencia contra la mujer de acuerdo con las reglas del debido proceso legal. En el marco de esta obligación, debe asegurarse que las víctimas puedan acceder realmente a la justicia en tiempo razonable y que los funcionarios del poder judicial actúen diligentemente para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.

2.3.2. Error en la calificación del delito por el tribunal de instancia (sentencia n.º 179 del 11/06/2018, recurso de casación, SCP)⁷⁷

En este caso, a pesar de que existía una descripción bastante gráfica de los hechos probados, no se imputó al presunto responsable por violación sino por actos lascivos.

Hechos establecidos por el tribunal de instancia:

le introdujo sus dedos en la vagina, empujando hacia arriba e indicándole que pujara y tosiera; este tipo de acto se lo realizó en cinco oportunidades, sin la utilización de guantes.

La SCP confirma la calificación en los siguientes términos:

Para la Sala de Casación Penal, es preciso aclarar, que el concurso real o material, al igual que el concurso ideal, puede darse bajo supuestos de concurrencia homogénea y heterogénea. Un supuesto interesante resuelto por la

77 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 179 del 11 de junio de 2018, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0179-11-06-2018.pdf>

jurisprudencia se da en caso de delitos contra la libertad sexual. En este sentido se ha resuelto, que en aquellos casos en los cuales el sujeto realiza pluralidad de tocamientos, y/o penetraciones, se actualiza el concurso homogéneo.

La Sala no cuestiona la imputación y, de hecho, señala que es posible que el tipo de actos lascivos con penetración podría dar pie a que las violaciones sean sancionadas con una pena mucho menor. Recordemos que de acuerdo con la ley (artículo 44) violación es «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», por lo que el supuesto de hecho es claro y perfectamente aplicable al caso, pero llama la atención que ninguno de los intervinientes en el proceso objetó tal imputación, ni siquiera la Sala, que deja una zona gris que puede beneficiar a los perpetradores.

Este criterio es abiertamente contrario al estándar internacional que ha entendido la violación sexual como cualquier acto de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro masculino⁷⁸.

2.3.3. Graves violaciones al debido proceso en un caso donde el imputado era funcionario policial (sentencia n.º 301 del 05/10/2018, recurso de casación, SCP)⁷⁹

En un juicio de femicidio donde estaba imputado un funcionario del CICPC se cometen graves irregularidades que ponen en tela de juicio el papel de los jueces que en él intervinieron, dada, la negligencia, al menos, en realizar actos básicos del proceso, como firmar decisiones, que no se efectuaron y que dejan mucho que decir sobre nuestro Poder Judicial.

Dice la SCP al respecto:

78 Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

79 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 301 del 05 de octubre de 2018, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0301-29-10-2018.pdf>

Esta Sala constata que el acta de la Audiencia Preliminar, que riela al folio 225 de la tercera pieza, no fue suscrita por el Juez de Control. Asimismo, constata esta Sala, que en el folio quince (15), del cuaderno separado de apelación de la presente causa, riela Auto de Admisión de Recurso de Apelación de Sentencia con Efecto Suspensivo, el cual no se encuentra suscrito por las juezas Dra. Gilda Mata Cariaco y Dra. Sandra Yurisma Avilez (Juez Ponente).

De la misma forma, se observó que riela al folio treinta y seis (36) de la referida pieza procesal, Acta de Audiencia Oral de Apelación de Sentencia, la cual no fue suscrita por las juezas Dra. Gilda Mata Cariaco y Dra. Sandra Yurisma Avilez (Juez Ponente).

Pese a estas graves faltas procesales, de la que surge la duda respecto a si los no firmantes simplemente no lo hicieron por algún descuido o por otras razones extrajurídicas, no se ordena notificar a los órganos disciplinarios del Poder Judicial, y la nulidad decretada por la Sala se basa en la falta de notificación.

Así entonces, que lleguen a la Sala de Casación Penal decisiones sin firma muestra la gravedad de la situación de los tribunales en el país.

2.3.4. Error en la valoración de las pruebas. (sentencia n.º 351 del 26/11/2018, recurso de casación, SCP)⁸⁰

Resumiremos el vicio declarado por la Sala como un abuso del recurso de «cortar y pegar».

Dice la Sala:

Precisamente en relación a los razonamientos exigidos para la fundamentación debida de la valoración probatoria, en el acápite de la sentencia publicada por el Tribunal de mérito, relacionado a los “DOCUMENTALES Y OTROS MEDIOS DE PRUEBAS” menciona

80 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 351 del 26 de noviembre de 2018, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0351-26-11-2018.pdf>

entre sus argumentos para desestimar el valor probatorio de algunos de los referidos medios lo siguiente “... este Tribunal no le da valor probatorio a la presente documental toda vez que durante el debate no fue presentada prueba testimonial ni documental que nos determine el procedimiento empleado para la colección de la evidencia descrita...” para continuar en el mismo tenor con otros medios probatorios admitidos como documentales, en su oportunidad legal, indicó lo siguiente “... no obstante, durante el debate no fue presentada prueba documental ni testimonial que nos demuestre el procedimiento empleado para la colección de las muestras de apéndices pilosos del acusado de autos descritos en la presente experticia, y menos aún quedó evidenciado si se cumplieron las debidas garantías constitucionales y legales que le asisten al acusado para este tipo de procedimientos; por estas razones, no se valora como prueba en contra del acusado...”.

Argumentación que fue concurrente y gramaticalmente similar para desestimar los 37 medios de pruebas admitidos como documentales en la presente causa, avizorándose incluso la desestimación de algunos de estos medios probatorios en ocasión de la “no corroboración con otros elementos de prueba”, que fueron desestimados análogamente y con anterioridad por el nulidicente, incurriendo con ello en una argumentación circular, además de desatender el principio de unidad y necesidad de la prueba.

Ahora bien, el autor Ignacio Colomer Hernández en relación a la exigencia de justificación de las sentencias nos indica que “... [l]os órganos judiciales están sometidos, en efecto, al deber constitucional de motivar las resoluciones que dictan, esto es a indicar cuál o cuáles son las normas jurídicas aplicables al supuesto debatido y la interpretación de las mismas que conduce, lógicamente, al sentido del fallo pronunciado” (La Motivación de las Sentencias:

Sus Exigencias Constitucionales y Legales, Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003,).

En tal sentido, a esta Sala de Casación Penal, le resulta patente la ausencia en el discurso jurisdiccional de la sentencia escrutada, el razonamiento exteriorizado por parte del jurisdicente, del porque consideró desestimar el valor probatorio a los referidos medios de pretensiones demostrativas, aludiendo escuetamente la no conformidad con la normativa penal adjetiva, sin expresar porque estima que lo manifestado por los órganos de prueba no se ajusta a lo preceptuado por la ley procesal penal, tal como era su deber.

En relación a la antedicha desestimación de valor probatorio por parte del Juzgado Primero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, extensión Santa Barbará, resulta inquietante e ineluctable para esta Sala, observar como a otros medios probatorios se les aplicó un tratamiento arbitrariamente análogo a lo explanado en acápites anteriores, pues se endilga la desestimación del valor probatorio en afirmaciones no apuntaladas con las razones que las motivan, y peor aún se ignoran otros medios de pretensiones demostrativas, aludiéndose lo que la lógica aristotélica denomina afirmaciones de razonamiento circular

-las que intentan incluir la conclusión que se pretende probar como parte de las premisas- contribuyendo ello a que el proceso se vacíe de contenido, y por ende se degene-re el principio contradictorio a su más mínima expresión, la cual no es otra que la meramente simbólica, derivando tal yerro de la actividad jurisdiccional a un punto de distorsión según el cual los principios y el derecho pudieran ser acatados pero no cumplidos.

Aunque la Sala anula de oficio la decisión, llama la atención que la SCP no remite la decisión a los órganos disciplinarios judiciales a pesar de la gravedad de que el tribunal haya repetido treinta y siete veces lo mismo para desestimar medios de prueba. Esto considerando la obligación por parte del funcionario judicial de motivar las decisiones y el desistimiento de todos los medios probatorios, ya que las mismas pueden afectar derechos humanos y de no estar debidamente fundamentadas, serían decisiones arbitrarias. Las decisiones judiciales en el proceso penal derivan de la apreciación de la prueba y debe reflejar las razones por las que fue posible obtener una convicción o un sobreseimiento sobre la imputación y la responsabilidad penal⁸¹.

Igualmente, grave es acotar que el femicidio que dio origen al juicio ocurrió el 17 de julio de 2010, lo que hace que la calificación sea por homicidio dado que ocurrió antes de la reforma de la ley que creó el tipo aludido, y la decisión que repone el caso a que se realice un nuevo juicio es de 2018, lo que pone en evidencia una violación manifiesta del derecho a la tutela judicial efectiva y un retardo judicial que va en contra de los intereses de la justicia.

2.3.5. Omisión de medios de pruebas fundamentales. Violación al debido proceso (sentencia n.º 69 del 12/04/2019, recurso de casación, SCP)⁸²

En un caso de abuso sexual a una niña no se tomaron en cuenta informes forenses ordenados por un tribunal de protección a la víctima. Tampoco otro realizado a la presunta victimaria, ni se tomó tampoco en cuenta la declaración a la víctima. También se obviaron los elementos de prueba presentados por el representante del padre de la víctima, y todo esto sin una motivación clara y lógica de por qué se tomaba esa decisión.

A tal efecto, la Sala señaló lo siguiente:

81 Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párr. 148.

82 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 69 del 12 de abril de 2019, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0069-12-04-2019.pdf>

De allí, que es innegable que la decisión impugnada en casación además contiene una argumentación incongruente, pues la referida Sala Ocho de la Corte de Apelaciones dio una respuesta que en nada se relacionaba con la denuncia del recurrente referida a que: “(...) el Juez de la sentencia recurrida silenció el escrito de fecha 13 de diciembre de 2017, y sus 45 anexos, en el cual solicité que no aceptara la solicitud de sobreseimiento de la Fiscal Provisoria, y pedí la remisión de las actuaciones al Fiscal Superior del Ministerio Público para completar todos los medios de prueba requeridos por la Ley (...)”, toda vez que se limitó a esgrimir un razonamiento alusivo a la oportunidad legal en la cual deben dictarse los actos procesales “o en su defecto consignados”, en el entendido que el juez como director del proceso emite la decisión correspondiente con base en “la sana crítica, las máximas de experiencia y reglas de la lógica”, y con base en ello concluir que en la oportunidad en la cual el abogado recurrente promovió las pruebas “(...) no es la adecuada para que un Tribunal de Instancia emita pronunciamiento al respecto (...)”, aunado al hecho que “(...) no señaló la utilidad, pertinencia y necesidad de la prueba (...).

Es preocupante la desestimación masiva de pruebas en contra del imputado, que esto no sea un hecho único y que dicha decisión se haya realizado prácticamente sin motivación, deja en evidencia a un juez, en el mejor de los supuestos, sin la diligencia debida en su labor de justificación de sus decisiones. Las decisiones judiciales carecen de una debida motivación cuando las pruebas de descargo y de oficio sólo son enunciadas sin que se realice un análisis de las mismas.⁸³ Las autoridades judiciales

deben exponer con suficiente claridad y de manera adecuada las razones a partir de las cuales toman sus decisiones, en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia y para permitir que la determinación

83 Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párr. 151.

sea susceptible de una revisión posterior por un Tribunal de alzada⁸⁴.

2.3.6. Ausencia de tribunales especializados y atribución de tribunales sólo por su cercanía geográfica (sentencia n.º 103 del 10/06/2019, recurso de casación, SCP)⁸⁵

Ante la ausencia de tribunales especializados en violencia contra la mujer en determinadas circunscripciones, la Sala determina cuáles deben conocer de estas causas:

... [E]n las causas en tramitación no decididas, en atención a los artículos 26, 49 y 257 del Texto Fundamental, que, de forma excepcional, exclusiva y excluyente, en aquellos municipios donde no existan Juzgados de Control, Audiencias y Medidas con competencia en delitos de Violencia Contra la Mujer y se inicie alguna investigación por la comisión de cualquier delito previsto en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, el conocimiento de la causa corresponderá, de manera excepcional al Juzgado de Control Municipal de la localidad, quien conocerá y sustanciará el proceso a que haya lugar conforme el procedimiento especial previsto en la Ley que rige la materia hasta la fase intermedia del proceso...

De la sentencia antes citada, se evidencia que la Sala Constitucional arribó a tal decisión por considerar que los Tribunales de Control Municipal pueden ser considerados como los más próximos a las comunidades y en el entendido que las víctimas de violencia de género merecen un tratamiento íntimo, inmediato y especializado. De la sentencia antes citada, se evidencia que la Sala

84 Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párr. 156. Ver También Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso de Hadjianastassiou Vs Grecia, Aplicación No. 12945/87. Sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr.33

85 TSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 103 del 10 de junio de 2019, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/10/SCP-nro.-0103-10-06-2019.pdf>

Constitucional arribó a tal decisión por considerar que los Tribunales de Control Municipal pueden ser considerados como los más próximos a las comunidades y en el entendido que las víctimas de violencia de género merecen un tratamiento íntimo, inmediato y especializado» (negrillas propias del texto).

Dado que la decisión es de 2019, llama la atención que luego de doce años de dictada la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que creó estos tribunales especializados, el Estado venezolano no los haya podido establecer en todas las circunscripciones judiciales, una situación que se mantiene al día de hoy, dos años después.

A la par, además, surge un imaginario social contraproducente, respecto a que los delitos contemplados en la ley Orgánica Sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de Violencia, no tienen tanta importancia al ser conocidos judicialmente por tribunales competentes en los procesos de delitos menos graves. Los imaginarios sociales pueden considerarse verdaderas “matrices de sentido” constituyendo la base del “mínimo común denominador ideacional que cohesiona a todo grupo social”⁸⁶.

Dicho lo anterior, también es incongruente que se dé competencia a tribunales ordinarios penales municipales dado que la violencia de género merece un trato

«íntimo, inmediato y especializado». En este sentido, destacamos el primer y último término, ya que no se entiende, ni la Sala lo explica, de qué se trata ese trato íntimo al que alude y que aparentemente viene dado simplemente por la supuesta cercanía geográfica. Ahora bien, qué tiene que ver esta cercanía geográfica con un trato «íntimo» es una duda que creemos de difícil resolución.

Finalmente, y no menos importante que lo anterior, es la incoherencia de llamar especializados a tribunales, que precisamente no lo son, porque especializados son los tribunales que la ley ordenó crear y que quince años después siguen sin existir en varias partes del país.

86 Baeza, M.A. (2008) “Mundo real, mundo imaginario social. Teoría y práctica de sociología profunda”, Santiago: RIL editores.

3

Sentencias que establecen criterios vinculantes en materia de violencia contra la mujer

Si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal nos permite llegar a algunas conclusiones sobre la situación de acceso a la justicia en casos de violencia contra la mujer en Venezuela, lo cierto es que es la Sala Constitucional (SC), quien puede establecer la mayoría de los criterios vinculantes en la materia. Debido a esto, el presente capítulo analiza las sentencias emitidas por la Sala en las que se establecen criterios o avances en la materia que se encontraban en el marco normativo. Si bien algunas de estas decisiones representan un progreso en la materia, en otras se evidencian graves problemas con el respeto al debido proceso y al sistema constitucional venezolano.

Entre las decisiones que consideramos positivas se encuentra la que permite la evacuación como prueba anticipada de declaraciones de niños, niñas y adolescentes a los efectos de evitar la revictimización, así como la decisión que establece la posibilidad de que las víctimas puedan presentar acusación particular propia en algunas circunstancias, así como la sentencia que decreta la nulidad del artículo del Código Penal que hacía alusión a la «honestidad» de la mujer.

Por el contrario, un aspecto negativo es que los tribunales especializados en la materia se crearon más de una década después de la entrada en vigor de la ley y, además, estos no existen en todas las circunscripciones del país, por lo que se ha dado esa competencia a otros tribunales que no poseen la especialidad correspondiente. Esto pone de manifiesto que, por más que las campañas comunicacionales digan lo contrario, este ámbito no ha sido una prioridad para las autoridades judiciales. Asimismo, es un ejemplo de la violencia institucional en temas de género, el caso de una solicitud de corrección de identidad por cambio de género que luego de diecisiete años sigue sin tener una decisión, en flagrante violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

A continuación, se presentan las decisiones más relevantes encontradas sobre la materia:

3.1 Decisión que establece la competencia excepcional en delitos de violencia contra la mujer de los Juzgados de Primera Instancia Municipal en función de control⁸⁷.

En el marco de una acción de amparo por la aplicación retroactiva de la jurisprudencia en materia penal, la Sala señaló la inexistencia de la categorización respecto de delitos de mayor o menor gravedad en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres para una Vida Libre de Violencia, por tanto no queda clara la competencia de los Juzgados Municipales en cuanto a Delitos de Violencia contra la Mujer de conformidad a lo establecido en los artículos 354 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal.

En busca de subsanar la falta de categorización y de clarificación sobre la competencia de los Juzgados Municipales, la Sala Constitucional estableció que en aquellos municipios en los cuales no existan Juzgados de Control, Audiencias y Medidas con competencia en Delitos de Violencia contra la Mujer, la competencia excepcional para conocer de estas causas será de los Juzgados de Primera Instancia Municipal en función de control.

Cabe resaltar que en concordancia con este criterio, en su último informe estatal enviado a la CEDAW, el Estado afirmó que

la República Bolivariana de Venezuela imparte justicia especializada en género en el 100% de su territorio, con la constitución de Circuitos Judiciales especializados (75%) y la asunción de la competencia excepcional en materia de delitos de violencia contra la mujer de los Tribunales Municipales Penales (25%), donde aún no se han implantado los referidos Circuitos Judiciales.⁸⁸

Resulta, sin embargo, preocupante que después 15 años de dictada la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, mediante la cual se crearon los tribunales especializados,

87 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 0815 del 29 de noviembre de 2018, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/competencia-excepcional-en-delitos-violencia-contra-la-mujer-de-los-juzgados-primera-instancia-municipal-control/>.

88 Noveno informe periódico que la República Bolivariana de Venezuela debía presentar en 2018 en virtud del artículo 18 de la Convención, párr. 21. 4 de octubre de 2021, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/273/09/PDF/N2127309.pdf?OpenElement>.

el Estado todavía no haya establecido estos tribunales en la materia en todas las circunscripciones judiciales.

Por esta razón, la Sala Constitucional se vio en la obligación de determinar cuáles eran los tribunales competentes en municipios donde no existan estos tribunales, y estableció que serían competentes los de primera instancia municipal. Esto atenta contra la finalidad misma de la creación de una jurisdicción especializada en la materia que justamente responde a la necesidad de brindar un acceso a la justicia ajustado a las necesidades de víctimas de violencia contra la mujer y que cuenten con una capacitación que asegure la protección integral de estas víctimas durante el proceso.

3.2. La declaración de los niños, niñas y/o adolescentes en el proceso penal, bien en calidad de víctimas o testigos, podrá ser tomada como prueba anticipada para evitar su revictimización (sentencia vinculante).⁸⁹

En fecha 30 de julio de 2013, la Sala resolvió una controversia sobre la aplicación del artículo 480 de la Ley Orgánica de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes. La Sala recordó la obligación de garantizar la protección a los niños, niñas y adolescentes en sus diversas interacciones durante el proceso judicial en la cual pueden ser expuestos a ser revictimizados, en especial al momento de dar declaraciones, o en calidad de testigos, en la cual son especialmente vulnerables a retener los eventos traumáticos de los que fueron testigos debido a su constante repetición y énfasis en el proceso.

En este sentido, la Sala destaca que es necesario establecer medidas para asegurar que las declaraciones de niños, niñas y adolescentes sean preservadas en su esencia primigenia, evitar la revictimización y asegurar su aporte efectivo al proceso judicial. Es por tanto fundamental que el juez o jueza provea el ejercicio de instituciones probatorias que preserven adecuadamente el testimonio.

89 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 1049 de 30 de julio de 2013, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/declaracion-de-ninos-y-adolescentes-en-el-proceso-penal-como-victimas-o-testigos-tomada-como-prueba-anticipada/>.

De forma consecuente a ello, la Sala considera que el criterio de prueba anticipada establecido en el artículo 289 del Código Orgánico Procesal Penal puede interpretarse en el marco de cualquier testimonio y actuación de niños, niñas y adolescentes para garantizar su protección y su derecho a ser oídos, evitando su revictimización o la fijación de eventos traumáticos como una consecuencia de su declaración o participación en el proceso judicial.

Este criterio representa un avance dado que contribuye a evitar la revictimización de niños, niñas y adolescentes en el proceso. Es importante, sin embargo, aclarar que este tipo de medidas que protegen la integridad psicológica de las víctimas en el proceso deben ser también implementadas para las mujeres que han sufrido actos graves de violencia, en especial a las víctimas de delitos de violencia sexual. Un ejemplo de medidas similares se encuentra en las reglas de procedimientos y pruebas de la Corte Penal Internacional la cual establece que cuando la fiscalía tome testimonios de víctimas de violencia sexual o de género, de un niño o de una persona con discapacidad podrá hacer una grabación en audio o video del interrogatorio para reducir la posibilidad de trauma ulterior de la víctima del acto⁹⁰.

La entrevista o toma del testimonio de las víctimas de violencia sexual representa un momento de especial vulnerabilidad por lo cual debe realizarse aplicando los estándares internacionales. Esta declaración debe hacerse “en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza” y debe registrarse, tal y como fue afirmado anteriormente, para evitar o limitar la necesidad de su repetición⁹¹.

3.3. Sentencia vinculante sobre el número de las medidas cautelares y de protección que pueden imponerse en el procedimiento sobre delitos de violencia contra la mujer⁹².

90 CPI. Reglas de Procedimientos y Pruebas. Regla 112, disponibles en:

<https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rulesprocedurerevidencespa.pdf>

91 Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 249.

92 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 0311 del 26 de abril de 2018, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/medidas-cautelares-y-de-proteccion-en-procedimiento-sobre-delitos-de-violencia-contra-la-mujer/>.

En esta sentencia, la Sala fijó un criterio jurisprudencial respecto al número máximo de medidas de protección que pueden imponerse en el curso de un proceso de delitos por violencia contra la mujer. La Sala señaló que, en concordancia con el deber de los jueces y juezas de la República de actuar en ejercicio razonable del poder cautelar, preservando la finalidad especial de protección hacia la mujer o niña en casos de violencia contra la mujer, en atención al hecho de que el ejercicio irracional y desproporcionado de este poder cautelar no brinda a la víctima protección adicional, sino que pueden generar un tratamiento procesal desproporcionado hacia el agresor que está sometido a juicio.

La Sala afirmó que el Código Orgánico Procesal Penal permite la imposición de hasta dos medidas cautelares sustitutivas a la privación de libertad al imputado, las cuales deben ser dictadas con motivación suficiente considerando su urgencia y su necesidad, de acuerdo a la señalado en sus artículos 242 y 157. En adición a ello, en el texto de la jurisprudencia la Sala estableció que «en ningún caso podrán concederse al imputado o imputada, de manera simultánea tres o más medidas cautelares sustitutivas». En el mismo sentido, el artículo 106 (anterior artículo 90) de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia señala que son mecanismos con la finalidad de dotar a la víctima de una protección suficiente frente al agresor, pero deben ser ejercidos razonablemente, y no deben rebasar la finalidad de protección, puesto que podría producirse un perjuicio irreparable al presunto agresor.

En razón del contenido y las disposiciones establecidas en Ley especial en materia de violencia contra la mujer, y a las disposiciones en los artículos 242 y 157 del Código Orgánico Procesal Penal, la Corte dictaminó que cuando se verifique la procedencia de las medidas de protección y seguridad a favor de la víctima mujer y/o niña, es posible revisar, revocar o sustituir motivadamente sin exceder de dos medidas de protección y seguridad y dos medidas cautelares, con lo que la Sala busca la protección de la o las víctimas, cuidando los derechos procesales del acusado.

Es importante resaltar que los artículos del 91 al 94 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, no

señala ningún límite al número de medidas de protección que puede dictar el juez o jueza que conoce el caso. Sin embargo, la Sala le dio preminencia al artículo 242 de Código Orgánico Procesal Penal en la que se permite solo la aplicación de 2 medidas no pudiendo rebasar esta cantidad sin considerar la especialidad de la ley y al débil jurídico que en este caso es la mujer.

Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas de protección para las víctimas durante el proceso penal. En este sentido, el juez o la jueza debe evaluar, de acuerdo a los hechos de cada caso, el nivel del riesgo existente y las medidas que resultarían necesarias y adecuadas para proteger a la víctima de dicho riesgo con base en el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, en casos de violencia sexual de niñas ejercidas en la esfera familiar, la Corte Interamericana ha afirmado que el Estado debe extremar las garantías de protección durante la investigación y proceso penal⁹³. Sin embargo, la limitante impuesta por la Sala Constitucional no permite que el juez que conoce el caso pondere el balance entre los derechos del imputado o acusado y la protección de la víctima en situaciones como estas.

3.4. Sentencia de la SC que declara que los jueces y juezas especializados en delitos de violencia contra la mujer conocerán del delito de trata de personas cuando los sujetos pasivos del delito sean mujeres, niñas, niños y adolescentes⁹⁴.

La Sala Constitucional, en la resolución de un amparo contra una decisión judicial que declinó la petición de trámite por jurisdicción ordinaria del delito de trata de personas, estableció los criterios para la atribución de competencia en el caso de la comisión de este delito.

A nivel internacional, en virtud del artículo 6 de la CEDAW, el Estado tiene la obligación de prevenir y sancionar la trata de mujeres y toda forma de explotación a la mujer. A nivel nacional, el delito de trata de

93 Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 292.

94 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 1378 del 17 de octubre de 2014, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/juez-competente-delito-de-violencia-contra-la-mujer-conocera-del-delito-de-trata-de-personas-si-sujeto-pasivo-es-mujer-nino/>.

mujeres, niñas y adolescentes, se encontraba originariamente está tipificado en el artículo 56 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Sin embargo, esta disposición fue derogada en el año 2012 con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, en su artículo 41, el cual establece previsiones más amplias.

A pesar de esto, la Sala afirmó que el delito de trata de personas está tipificado en protección de las víctimas, quienes en su mayoría son del sexo femenino, lo que genera que sea inscrito en instrumentos normativos, tanto a nivel nacional como internacional, para combatir la violencia contra las mujeres. En razón de ello, la Sala, en razón de estas consideraciones, declaró que la competencia para conocer del delito de trata de personas corresponde a los tribunales especializados en delitos de género, por ser la mayoría de sus víctimas mujeres, niñas y adolescentes. Sin embargo, atendiendo al principio de trato igual, la Sala decidió extender la competencia también hacia niños y adolescentes varones, por ser ellos igualmente sujetos vulnerables, y acreedores de una preferencia o acción positiva.

Debido a esto, cuando las víctimas del delito de trata de personas sean **concurrentemente** mujeres y hombres y/o niñas, niños y adolescentes, la competencia se mantiene en los tribunales de violencia contra la mujer, debido al deber del Estado de protección especial en estas circunstancias.

3.5. Sobre el llamado efecto suspensivo en caso de decisiones que ordenen la libertad de detenidos cuando estas son apeladas y las excepciones al principio de juzgamiento en libertad⁹⁵.

Esta sentencia fija un criterio jurisprudencial respecto al efecto suspensivo en caso de decisiones que ordenen la libertad de detenidos cuando las mismas son apeladas, y a su vez, las determinadas excepciones que ello representa al principio de juzgamiento en el proceso penal venezolano.

95 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 0331 del 2 de mayo de 2016, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/sobre-las-medidas-cautelares-y-de-proteccion-procedimiento-violencia-contra-la-mujer/>.

La Sala señaló que, en principio, la interposición de un recurso de apelación no suspende de ninguna manera la ejecución de la decisión que otorgó la libertad. No obstante, se presenta una excepción a esta norma cuando el proceso verse sobre el juzgamiento por un hecho punible que atenta contra la integridad e indemnidad sexual de los niños niñas y adolescentes. La Sala también reiteró que el juzgamiento en libertad está prohibido para aquellos delitos en los cuales se presume peligro de fuga en los procedimientos, en flagrancia o en fase de juicio, contenidos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

En concordancia con ello, la Sala señaló el criterio ya asentado mediante su sentencia número 592 del 25 de marzo de 2003, en relación a los alcances del efecto suspensivo establecidos en el artículo 374 del COPP. En esta sentencia, la Sala estableció que cuando el juzgador acuerde la liberación del imputado, y el Ministerio Público ejerza recurso de apelación contra esa decisión, ésta se suspenderá en forma provisional mientras se tramite el conocimiento del caso en alzada.

3.6. Sentencia que establece que ante la imputación de alguno de los delitos cuya competencia corresponda a los jueces especializados en materia de violencia contra la mujer, así concurra con la imputación de delitos cuya competencia corresponda a los jueces penales ordinarios, la competencia de la causa corresponderá a los primeros⁹⁶.

Mediante su sentencia del 5 de mayo de 2017, la Sala Constitucional sentó criterio jurisprudencial sobre la tramitación de los procesos judiciales que tengan concurrencia de delitos de jurisdicción ordinaria y delitos de violencia contra la mujer. Con esto, la Sala reforzó los criterios establecidos en sus sentencias número 449, y número 514, en las cuales estableció que en casos de la imputación de algún delito cuya competencia corresponda a los jueces y juezas especializados en la ma-

96 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 0257 del 5 de mayo de 2017, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/prevalece-competencia-juez-en-materia-de-violencia-contra-la-mujer-asi-concurra-en-la-imputacion-un-delito-competencia-juez-ordinario/>.

teria de violencia contra la mujer, la competencia de la causa corresponderá de forma exclusiva y excluyente a los juzgados con competencia en violencia de género, aun cuando haya concurrencia con la imputación de delitos de la competencia de los jueces y juezas penales ordinarios. La Sala señaló que la razón de este criterio se basa en el estricto orden público de la competencia en materia de violencia contra la mujer, y el deber de garantizarse el derecho al debido proceso y al juez natural.

Este criterio de la Sala refuerza la disposición establecida en el artículo 97 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que dispone que el juzgamiento de los delitos de violencia contra la mujer será seguido por el procedimiento especial desarrollado en ese instrumento normativo.

3.7. Sentencia vinculante sobre la prohibición de otorgamiento de beneficios procesales en algunos delitos de violencia contra la mujer⁹⁷.

La Sala Constitucional, en sentencia 0091 del 15 de marzo de 2017, sentó criterio afirmando que los delitos de violencia contra la mujer que no son susceptibles de aplicación de beneficio procesal alguno en razón del grave atentado contra los derechos humanos que representa su comisión. Al respecto, la Sala recordó que el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y discriminación fue consagrado y establecido como un elemento prioritario en los sistemas judiciales y de protección de derechos humanos en ámbito regional e internacional, reforzando el ordenamiento interno a través del precepto del artículo 23 de la Constitución de la República, en el cual se establecen las disposiciones de tratados y pactos referentes a derechos humanos que hayan sido ratificados por el Estado, como de rango constitucional y aplicación preferente.

En el contenido de la jurisprudencia, la Sala estableció los hechos punibles que ocasionan un alto impacto social y que constituyen

97 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 0091 del 15 de marzo de 2017, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/prohibicion-de-otorgamiento-de-beneficios-procesales-en-algunos-delitos-de-genero/>.

delitos atroces por sus graves violaciones a los derechos humanos, estos son: el delito de violencia sexual, el delito de acto carnal con víctima especialmente vulnerable, el delito de prostitución forzada, el delito de esclavitud sexual, el delito de tráfico ilícito de mujeres, niñas y adolescentes, y el delito de trata de mujeres, niñas y adolescentes. Según la Sala Constitucional, estos hechos constituyen delitos atroces que configuran una violación sistemática de los derechos humanos, y muestra en forma dramática los efectos de la discriminación y subordinación de las mujeres, niñas y adolescentes, por razones de sexo en la sociedad, lo que los vincula estrechamente con el compromiso del Estado venezolano de adoptar sanciones penales contra hechos pertenecientes al Derecho Internacional Humanitario, es por ello que la Sala decidió que, desvirtuado el principio de presunción de inocencia mediante sentencia de condena definitivamente firme, no se podrán otorgar los beneficios procesales establecidos en la ley, ni será posible la aplicación de ninguna fórmula alternativa de cumplimiento de la pena.

La Corte también destacó que, de conformidad con lo establecido en los artículos 78 de la Constitución de la República, y 4 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y en atención a las condiciones de igualdad y trato igual, extiende la aplicación de este criterio al delito de explotación sexual de niños y adolescentes varones, así como al delito de abuso sexual a niños y adolescentes varones que hayan sido cometidos en forma continuada, por constituir también graves violaciones contra los derechos humanos.

Es importante recordar que si bien es cierto el Estado es garante de los derechos de las mujeres, de los niños, niñas y adolescentes, también es garante de los derechos de los detenidos. La autoridad judicial debe realizar un trabajo de ponderación cuando en un caso específico existan diversos derechos fundamentales en tensión.

El no otorgar fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena para los penados, representa una violación a los mismos tratados y principios citados en la sentencia para proteger a una parte de la población. Las obligaciones estatales para asegurar el acceso a la justicia a las víctimas de violencia contra la mujer deben centrarse en brindarles un proceso con debida diligencia y en el cual se tomen las medidas de protección

necesarias y oportunas ante cualquier riesgo a sus derechos y estas obligaciones deben ser ejecutadas en balance con las garantías del debido proceso de todos los involucrados.

La Sala además se contradice al justificar estas medidas afirmando que buscan evitar la impunidad aunque en sentencias anteriores había afirmado que las fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena de prisión no constituyen beneficios procesales ni conllevan la impunidad.

3.8. Sentencia vinculante que establece la posibilidad de que la víctima presente acusación particular propia, con prescindencia del Ministerio Público en los casos por delitos menos graves⁹⁸.

En sentencia número 0902, la Sala Constitucional estableció criterio jurisprudencial sobre la posibilidad de que la víctima de delitos tipificados como menos graves presente acusación particular propia, con prescindencia del Ministerio Público.

La Sala señaló su jurisprudencia previa sobre la participación de la víctima dentro del proceso penal ordinario, en la cual se señala que en caso de ausencia de acusación por parte del Fiscal, la víctima tiene la potestad de presentar su acusación directamente en satisfacción del derecho a la igualdad como expresión del derecho a la defensa, el debido proceso y la tutela judicial efectiva. En adición, la Sala reiteró que la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia y que constituyen una garantía para que las partes puedan ejercer efectivamente su derecho a la defensa sin limitar la consecución de las garantías establecidas en el artículo 26 de la Constitución.

En el marco de los procesos iniciados con ocasión a los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la Sala señaló el criterio jurisprudencial de la sentencia número 1268, del 14 de agosto de 2012, en la cual estableció que la víctima de los hechos punibles investigados en los procesos de delitos

98 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 0902, del 14 de diciembre de 2018, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/la-victima-puede-presentar-acusacion-particular-con-prescindencia-del-ministerio-publico-en-delitos-menos-graves/>.

de violencia contra la mujer, puede presentar una acusación propia contra el imputado, prescindiendo del Ministerio Público, cuando éste no haya concluido la investigación dentro de los lapsos establecidos en la ley para hacerlo.

La Sala, a través de la jurisprudencia señalada, expuso la existencia de mecanismos procesales que permiten controlar el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público en los casos en los cuales éste no ejecute la investigación con la diligencia requerida, y que pueden ser aplicables a la institución del sobreseimiento, con lo cual se hace posible, a señalamiento de la Sala, solicitar el plazo que establece el artículo 295 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que le permite a la víctima formular una acusación particular propia contra el imputado en los casos en los cuales se trate de delitos de acción pública.

Con la finalidad de garantizar y promover el derecho a una vida libre de violencia para la mujer, y crear condiciones para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, la Sala precisó que la víctima puede presentar la acusación particular propia ante el Juez de Control para que proceda a fijar la oportunidad de celebración de la audiencia preliminar.

También estableció que en el caso de que el Ministerio Público presentase una acusación con posterioridad a la interpuesta por la víctima, antes de la celebración de la audiencia preliminar, el Juez de Control deberá conocer de ella y decidir sobre su admisión en la audiencia; en caso de que la acusación del Ministerio Público no sea admitida, el proceso continuará con prescindencia del órgano fiscal, pero éste podrá coadyuvar con los intereses de la víctima como parte de buena fe, y facilitar aspectos del proceso como la evacuación de medios de prueba ofrecidos por la víctima.

Sin embargo, es importante recordar que en casos de violencia contra la mujer el Estado tiene obligaciones de debida diligencia y acceso a la justicia que derivan tanto de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana como de del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará, especialmente en el artículo 7.b de dicha Convención. En este sentido, cuando ocurren actos de violencia contra

la mujer las autoridades deben comenzar una investigación con determinación y eficacia.⁹⁹ Si bien, durante la investigación y el juzgamiento, el Estado tiene que asegurar que las víctimas tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas,¹⁰⁰ esto no debe trasladar la responsabilidad de iniciar y sustanciar el proceso en las víctimas dado que el mismo debe ser iniciado e impulsado con la mayor diligencia por el Ministerio Público por tratarse de delitos de acción pública.

3.9. Admisión de los hechos por parte del imputado en juicio antes de la recepción de pruebas.

Mediante sentencia número 1268 de fecha 14 de agosto de 2012, la Sala se pronunció respecto de la extensión de la oportunidad del imputado para la admisión de los hechos en casos de delitos de violencia contra la mujer.

La Sala recordó que en los procesos sobre delitos de violencia contra la mujer, la admisión de los hechos está prevista solo durante la audiencia preliminar, en concordancia con lo establecido en el artículo 104 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia. Sin embargo, en el procedimiento penal ordinario, es posible efectuar la admisión de los hechos en cualquier fase del juicio anterior a la recepción de las pruebas, de conformidad con lo establecido en el artículo 375 del Código Orgánico Procesal Penal.

En razón de la equidad procesal, y en atención a los principios constitucionales pro reo, de celeridad procesal y de justicia expedita, la Sala consideró necesario extender la oportunidad para la admisión de los hechos en los casos de delitos de violencia contra la mujer, para ajustarse a la disposición establecida en el artículo 375 del Código Orgánico Procesal Penal, y así dar pie a la posibilidad de que el imputado gozara del beneficio de la reducción de la pena establecido en el COPP por la admisión de los hechos antes de la recepción de las pruebas en juicio.

99 Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 177.

100 Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 213.

Este criterio ayuda a garantizar la uniformidad de los derechos del imputado en procedimientos especiales y ordinarios en cuanto a la posibilidad de que el imputado admita los hechos en la fase de juicio hasta antes de la recepción de las pruebas, y se admite por supletoriedad del COPP como fórmulas alternativas a la culminación del proceso, la suspensión condicional del proceso, con las condiciones señaladas en la sentencia. Sin embargo, es necesario recordar que la norma penal adjetiva además prevé en el artículo 44 que en caso de existir oposición de la víctima y del Ministerio Público, el Juez o Jueza deberá negar la petición, lo cual es mencionado por la sentencia. En casos sobre hechos de violencia contra la mujer resulta indispensable que se tenga en cuenta la opinión de la víctima en el proceso.

3.10. Por «notoriedad judicial», la SC anuló parcialmente el segundo aparte del artículo 393 del Código Penal, en lo que respecta a la expresión “si fuere soltera o viuda y, en todo caso, «honesta», por colidir con el artículo 61 de la Constitución¹⁰¹.

La sentencia No. 0695 de la Sala fijó un criterio jurisprudencial respecto a la nulidad parcial del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal en lo que respecta al texto contenido en dicha norma: “si fuera soltera o viuda y, en todo caso, honesta”, por colidir con el artículo 61 de la constitución.

En atención a la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 29 de junio de 1999, la Sala Constitucional señaló que la Corte Suprema declaró la nulidad del segundo aparte del artículo 395 del Código Penal tras colidir con la protección de la garantía de no discriminación consagrada en el artículo 61 constitucional, por lo que decidió ordenar la reedición del texto correspondiente al artículo con el objetivo de ajustarlo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la Ley Orgánica Sobre el Derecho a las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y a la última reforma del Código Civil en 1982.

101 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 0695 del 02 de junio de 2015, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/nulidad-parcial-segundo-aparte-del-393-del-codigo-penal-si-fuere-soltera-o-viuda-y-en-todo-caso-honesta-por-colidir-con-el-art/>.

Por su parte, la Sala decidió corregir el fallo producido en el año 2005 con la nueva reforma del Código Penal y su reimpresión por error material, puesto que, fue repetida la cláusula ya anulada por la Corte Suprema. Con precedentes judiciales previos, la Sala Constitucional procedió a hacer efectivo el fallo original, cuyo efecto de cosa juzgada implicaba la desaparición de la cláusula referida a si la mujer “fuere soltera o viuda y, en todo caso, honesta” con efecto erga omnes y la imposibilidad de incorporarla nuevamente al ordenamiento jurídico.

En cuanto a la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la Sala precisó que establece los tipos penales de "Violencia Física, Violencia Sexual, Acto Carnal con víctimas especialmente vulnerable y Actos Lascivos" y no contempla como causa de exclusión de la pena el perdón de la víctima mediante la celebración del matrimonio con el culpable, de tal modo que no tiene cabida en el trámite y conocimiento de los delitos de violencia de género.

Cabe mencionar que la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, son *lex posterior* a la emisión del Código Penal y que, en aras del resguardo del principio de supremacía constitucional y teniendo en cuenta que los delitos señalados en la ley antes mencionada, de hecho, protegen bienes jurídicos como la dignidad y la libertad sexual, la Sala decidió adecuar el artículo 395 del Código Penal a la normativa vigente.

3.11. Sentencia que establece que el juez penal de oficio o a instancia de parte, podrá de forma excepcional y bajo auto debidamente motivado, solicitar la participación del equipo multidisciplinario adscrito a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial (o cualquier otro órgano con competencia para ello)¹⁰².

La Sala en sentencia número 1729, de fecha 18 de diciembre de 2015, se pronunció respecto a la posibilidad excepcional del juez penal,

102 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 1729 del 18 de diciembre de 2015, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/el-juez-penal-podra-solicitar-la-participacion-del-equipo-multidisciplinario-adscrito-a-los-tribunales-de-proteccion/>.

o de la parte interesada, a solicitar la participación del equipo multidisciplinario adscrito a los tribunales de protección a niñas, niños y adolescentes en los procesos penales en el transcurso del juicio.

Al respecto, la Sala señaló la disposición contenida en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre el deber de los Estados partes de garantizar a los niños “[...] el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” y afirmó que esta disposición se complementa con el artículo 78 de la Constitución y también con el artículo 80 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el cual se desarrolla el derecho a opinar y ser oídos y oídas.

Con el fin de garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar en los asuntos que les afecten, de ser oídos y oídas, incorporarles progresivamente a la ciudadanía activa, y reducir las limitaciones fácticas al ejercicio de sus derechos en el marco de determinados procesos judiciales, así como protegerlos de situaciones ante las cuales pueden ser mayormente vulnerables, la Sala estimó necesario que, en todos los procesos penales en los cuales participen niñas, niños y/o adolescentes, ya sea como víctimas o como testigos, se establezca la posibilidad de que el juez penal pueda solicitar, de forma excepcional y mediante auto debidamente motivado, la intervención de cualquiera de los miembros del equipo multidisciplinario adscrito a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

3.12. Ante una solicitud de corrección de identidad por cambio de género el medio idóneo para lograr tal pretensión es una acción innominada para la protección de derechos fundamentales, no el de habeas data intentado por el accionante¹⁰³.

En un proceso iniciado por una acción de *habeas data* para la modificación, anulación, corrección, eliminación y sustitución de los datos e informaciones contenidas en los archivos, documentos y almacena-

103 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia del 01 de marzo de 2016, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/derecho-a-la-identidad-por-cambio-en-su-condicion-humana/>.

miento de datos, tanto públicos como privados ya que no corresponden con su realidad y condición de ser humano actual, admitida por la Sala Constitucional en fecha 1 de marzo de 2016, éste órgano judicial de que, para satisfacer el propósito buscado por el accionante, el recurso idónea es la “Acción Innominada Constitucional de Garantía de Reconocimiento de Identidad y Garantía de Derechos Fundamentales a través del ejercicio del Derecho Constitucional de Autodeterminación Informativa”, y no el *habeas data* en sentido tradicional intentado por el accionante.

Sin embargo, es necesario destacar el tiempo transcurrido para resolver la admisión la referida acción de *habeas data*. Una acción que debería ser muy expedita, tomó más de 12 años en apenas ser admitida, lo cual constituye en si un grave atentado al derecho de tutela judicial efectiva. El Estado tiene la obligación de garantizar un recurso idóneo y expedito para las personas que quieran realizar una corrección de identidad por cambio de género.

3.13. Sentencia de la Sala Constitucional que interpreta la flagrancia en los delitos de género¹⁰⁴.

En sentencia número 0272, de fecha 15 de febrero de 2007, la Sala estableció como parte de su criterio jurisprudencial, la interpretación de la flagrancia y la debida aplicación de la privación de libertad por esta causa en los casos de delitos de género.

La Sala, en el texto de la sentencia, resalta la importancia de la flagrancia como excepción a la regla general de la privación de libertad sólo cuando existe una orden judicial a tal fin, y señala su carácter de medida de protección que necesita ser llevada a cabo con eficacia. A criterio de la Sala, el hecho de que el concepto de flagrancia se limite doctrinaria y jurisprudencialmente a la captura inmediata del agresor, parte de una separación inexacta entre la detención y el delito, lo que confunde el delito flagrante y la aprensión in fraganti, y a la concepción del delito flagrante como un estado probatorio.

104 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia número 0272 del 15 de febrero de 2007, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/interpretacion-de-la-flagrancia-en-los-delitos-de-genero/>.

La Sala señala, haciendo referencia al contenido de los artículos 248 y 372.1 del COPP, que el delito flagrante constituye un estado probatorio, y que tiene como efectos la posibilidad, por parte de autoridades y de particulares, de detener al autor del delito con prescindencia del auto de inicio de investigación ni orden judicial, y que el juzgamiento del delito se lleve mediante la alternativa de un procedimiento abreviado. En contraste con ello, la Sala aclara que la detención *in fraganti* se refiere únicamente a la aprehensión del individuo, como lo establece puntualmente el artículo 44.1 del texto constitucional.

Según refiere la Sala, la detención judicial del sujeto activo de los delitos de género es una “medida positiva de protección que incardina a la Ley que regula la materia dentro de las normas de Derechos Humanos”, más que una medida preventiva de privación de libertad en el concepto tradicional, o una medida de aseguramiento con fines privativos.

La razón de esta interpretación entonces, como lo señala la Sala Constitucional, parte de la particular naturaleza de los delitos de género, ya que su configuración es tan especial que con dificultad pueden encuadrarse en una concepción tradicional de la flagrancia, sobre todo en el caso del delito de violencia doméstica, esto puede generar que las mujeres que hayan sido víctimas de delitos de género, se vean desprovistas de medidas positivas de protección con fines positivos, como lo es la flagrancia.

Es por lo anterior, en vista de la naturaleza particular de los delitos de género, y de la flagrancia como un estado probatorio, que la Sala estableció el deber de que la prueba de flagrancia de los delitos de género sea exigida en la forma y el correspondiente al delito en cuestión en cada caso. Esto debido a que si se requiriese siempre de pruebas directas para la detención preventiva en caso de delitos de género, se correría el riesgo de que estos quedaran impunes, en consideración de que este tipo de delitos usualmente se cometen en la intimidad.

En consideración del riesgo de impunidad señalado, la Sala estableció que “la exigencia de la prueba evidente en los delitos de género no se puede exigir más de lo que la propia prueba puede evidenciar”, con lo que se posibilita la aplicación del estado probatorio que constituye

la flagrancia, y se da pie a la aplicación de las consecuencias que vienen con esta figura.

Tal y como en otros criterios establecidos por la Sala, en este puede observarse una falla en el balance entre los derechos de la mujer en el marco de su acceso a la justicia y el respeto a las normas del debido proceso. Los delitos de violencia contra la mujer requieren de la aplicación de una perspectiva de género, esto implica entender cuáles son los medios probatorios que resultan adecuados para probar los distintos tipos de violencia y la aplicación de estándares internacionales que incluyen el otorgarle el valor probatorio necesario a las declaraciones de la víctima. Esto puede lograrse en respeto de las reglas del debido proceso.

3.14. Sentencia que establece que los jueces, en materia de género, deben abandonar los prejuicios del sistema social patriarcal y adopten fielmente el régimen especial de protección en favor de las mujeres¹⁰⁵.

En sentencia número 0486 la Sala, a propósito de un recurso de revisión de una sentencia en la cual se desaplicaba una disposición de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y aplicó normativa no vigente en Venezuela en cambio, por considerar que la Ley Especial “crea[ba] desigualdad y hasta discriminación en razón del sexo”, llamó la atención a la necesidad imperativa de que los jueces y juezas en materia de género abandonaran los prejuicios de del sistema social patriarcal y adoptasen fielmente el régimen especial de protección a las mujeres, niñas y adolescentes.

Según la Sala, estos esquemas tradicionales incluían creencias, comportamientos, roles, expectativas y atribuciones que sustentaban un sistema de discriminación y violencia contra las mujeres en general, y el perpetuarlos constituía vulneración de la integridad física y moral de quien demanda, y con quien el Estado está obligado a brindar esa protección especial.

105 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 0486 del 24 de mayo de 2010, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/jueces-deben-abandonar-los-tradicionales-esquemas-del-sistema-social-patriarcal-y-androcentrico-imperante-y-adaptar-fielmente-el-regimen-es/>.

A este efecto, la Sala señaló el contenido de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, suscrita por el Estado venezolano, en la cual se encuentra contenido el deber de promover la igualdad entre hombre y mujer en la sociedad, eliminando toda restricción o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil.

En este mismo sentido, la Sala recordó también las disposiciones establecidas en el artículo 21 de la Constitución de la República, en la cual, en protección del derecho de igualdad y no discriminación, se establece que la ley debe garantizar las condiciones necesarias, jurídicas o administrativas, para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva, y que adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables.

3.15.El auto de apertura a juicio, el cual incluye, entre otros aspectos, la admisión total o parcial de la acusación, la admisión de las pruebas ofrecidas por las partes, así como la resolución de las excepciones, no es susceptible de ser impugnado¹⁰⁶.

En sentencia número 1263, de fecha 8 de diciembre de 2010, la Sala ratificó criterio jurisprudencial propio anterior, sobre la imposibilidad de apelación del auto de apertura de juicio, en sentencia número 1303 del 20 de junio de 2005, en la cual, la Sala sienta criterio vinculante sobre que, por ser el auto de apertura de juicio una decisión interlocutoria que delimita la materia sobre la cual se va a centrar el debate y ordena el avance del proceso hacia la fase de juicio oral, éste no puede ocasionar graven irreparable alguno al acusado, por lo cual no es susceptible de impugnación.

105 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 1263 del 8 de diciembre de 2010, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/jueces-competencia-violencia-contra-la-mujer-deben-instruir-los-procesos-penales-demostrar-la-comision-del-hecho-punible-asi-como-la-responsabilidad-penal/>.

3.16. Sentencia de la SC según la cual los jueces que conozcan de delitos de violencia contra la mujer deben ser cuidadosos al decretar nulidades absolutas, para evitar que dichos delitos queden impunes, así como el hecho de que la víctima pueda verse sometida nuevamente a enfrentar hechos relacionados con su integridad física y mental¹⁰⁷.

A propósito del recurso de revisión de una sentencia, la Sala resaltó que, en atención especial a la naturaleza de los delitos de violencia de género, las juezas y jueces de los tribunales de la República “deben ser cuidadosos al decretar una nulidad absoluta y una eventual reposición de la causa, pues siendo que los delitos de género se ejecutan comúnmente en la intimidad del hogar, se correría el riesgo de quedar impunes”, lo que significa que, en caso de una eventual reposición, se corre el riesgo de someter a la víctima a la repetición del relato de los hechos imputados, y por ende, la vulneración de sus derechos.

107 TSJ. Sala Constitucional. Sentencia 0062, del 16 de febrero de 2011, disponible en: <https://accesoalajusticia.org/jueces-delitos-de-violencia-contra-la-mujer-deben-ser-cuidadosos-al-decretar-nulidades-absolutas/>.

4

Mejores prácticas en materia de violencia
contra la mujer

El Estado tiene la obligación de adoptar e implementar protocolos de atención integral a las víctimas de violencia contra la mujer así como de adoptar prácticas judiciales que permitan el acceso a la justicia. Todo esto con el objetivo de reducir las consecuencias de los hechos de violencia y garantizar que el proceso judicial no ocasione una revictimización.

Estos protocolos deben incorporar estándares en derechos humanos y una perspectiva de género. En casos sobre violencia contra la mujer, la Corte Interamericana ha determinado que existe responsabilidad estatal por la inexistencia de norma o protocolos específicos para la investigación de los hechos¹⁰⁸. En este sentido, la Corte ha exigido a los Estados que desarrollen en un plazo razonable protocolos de investigación para que estos hechos sean debidamente investigados y juzgados de conformidad con los estándares internacionales sobre recaudación de la prueba, recopilación de declaraciones y la realización de evaluaciones médicas y psicológicas.¹⁰⁹

Las prácticas y estándares judiciales en los procesos relacionados a hechos de violencia contra la mujer son centrales al garantizar el acceso de las víctimas a la justicia. Tal y como lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 31, el deber de los Estados de hacer efectivas las normas de derechos humanos se extiende a todos los poderes del Estado e incluye por supuesto a las y los operadores de justicia, quienes tienen el deber de ser garantes de los derechos de las mujeres¹¹⁰. En este mismo sentido, del texto

108 Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 210; Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 163; Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 322; Corte IDH. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 332; Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 502.

109 Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 322.

110 Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. 80° período de sesiones. U.N. Doc. HRI/GEN/Rev.7 at 225 (2004). Párr. 4 y 15. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/478b26ea2.html>.

de la Recomendación General No. 28 del CEDAW ha afirmado que los Estados tienen el deber de asegurar que sus tribunales nacionales apliquen las disposiciones contenidas en ella, incluyendo el principio de igualdad, puesto que la rendición de cuentas de los Estados partes se materializa en los actos u omisiones de todos los poderes del Estado.¹¹¹

En este sentido, los instrumentos, protocolos y modelos que ayudan a la incorporación de estándares internacionales y a la aplicación de una perspectiva de género en el marco del acceso a la justicia a víctimas de violencia contra la mujer son imprescindibles para el cumplimiento de las obligaciones estatales en la materia.

El presente capítulo describe algunos de los protocolos creados para garantizar el acceso a la justicia con perspectiva de género a las víctimas de violencia contra la mujer, en concordancia con los principios del debido proceso. Con tales fines se enfoca en el derecho comparado latinoamericano, por ser el más cercano y con experiencias exitosas entre los países de nuestro entorno, y con realidades más parecidas a la venezolana, así como las propuestas de organismos internacionales regionales.

No se trata de establecer comparaciones si no de aprender de los caminos recorridos por otros países. Todos los protocolos analizados en el presente capítulo cuentan con puntos comunes, tales como la utilización de estándares internacionales en la materia, la aplicación de criterios establecidos en sentencias de la Corte Interamericana que indican la vía a seguir o la aplicación de conceptos derivados de los tratados internacionales, como el de la interseccionalidad.

Lamentablemente, ninguno de estos elementos puede encontrarse en las sentencias de nuestro país objeto de este estudio, en las cuales la manera en que se trata cada caso no difiere prácticamente en nada de cualquier otro delito, lo que pone en entredicho lo idóneo de la capacitación especializada que requieren los jueces en materia sobre violencia contra la mujer.

111 Comité de la CEDAW. Recomendación general n.º 28, relativa a las obligaciones de los Estados parte en relación al Artículo 2 de la CEDAW, CEDAW/C/GC/28. Párr. 33 y 39. Disponible en: <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/28>.

Que se diga entonces que en una sentencia de Venezuela no se aplica el criterio de interseccionalidad ni se analizan las relaciones de poder existentes en los hechos investigados o los prejuicios sociales o culturales de un caso, es simplemente describir una constante en las sentencias analizadas, incluidas las del Tribunal Supremo de Justicia en las dos salas estudiadas.

De ahí la necesidad, después de analizada la jurisprudencia tanto de la Sala Casación Penal como de la Sala Constitucional, de traer a nuestro entorno buenas prácticas de otros países que permitan ver la complejidad de la violencia contra la mujer, que va mucho más allá del establecimiento de un típico delictivo. Por el contrario, empieza con la comprensión del contexto social, y los condicionantes que existen sobre la mujer, tales como la pobreza, la falta de una educación formal, la raza, la edad o la discapacidad, situaciones todas ellas que generalmente no se presentan una vez en un caso, sino que por el contrario convergen al mismo tiempo en las situaciones que conoce el Poder Judicial.

Nada de eso se aprecia en las decisiones de los jueces venezolanos que hemos leído; y por ello, que algún operador de la justicia venezolana pueda tener acceso a estas buenas prácticas ya sería motivo de celebración por parte de quienes de quienes realizaron este documento.

Asimismo, por razones de espacio solo destacaremos en cada documento citado aquellos elementos que consideramos relevantes para la realidad venezolana, pero siempre haciendo la salvedad de que se incorporan los links para descargar esos escritos y así tener pleno acceso a las experiencias y recomendaciones de cada una de las fuentes citadas.

4.1. Protocolo para juzgar con perspectiva de género (México, 2020)¹¹²

Este protocolo, publicado apenas el año pasado, es un documento muy completo que compendia experiencias recientes de México y que, además, cuenta con el aval de la Suprema Corte de Justicia de ese país.

112 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo para juzgar con perspectiva de género (2020), disponible en: <https://amij.org.mx/wp-content/uploads/2020/11/Protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-g%C3%A9nero-191120.pdf>

Esta publicación consta de tres capítulos, el primero dedicado a los conceptos básicos sobre el género y la justicia; el segundo incluye un estudio muy detallado de la perspectiva de género dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los criterios que al efecto ha dado la Suprema Corte de Justicia; y el tercer capítulo da una guía para juzgar con perspectiva de género.

De este último nos parece pertinente para la realidad de nuestro país el aparte llamado «¿Cómo impactan los estereotipos y prejuicios de género al momento de apreciar los hechos y valorar las pruebas?»¹¹³. Ello obedece a que se mencionan casos analizados por la Corte Interamericana, así como por países como Canadá y el propio México, estableciendo que es perfectamente posible traer al derecho interno los estándares internacionales.

En particular, en ese aparte se analizan los siguientes elementos:

- Supuestos en los que se considera relevante un hecho o una prueba que no lo es, sobre la base de un estereotipo o prejuicio de género.
- Casos en los que se da o se resta relevancia a ciertas pruebas, a partir de una idea preconcebida sobre el género.
- Casos en los que se toman en cuenta únicamente las pruebas que con- firman la idea estereotipada o prejuiciosa, pasando por alto aquellas que la contradicen.
- Casos en los que a partir de un estereotipo o prejuicio de género se da relevancia a un hecho que resulta intrascendente para la resolución de la controversia.
- Supuestos en los que debido a una visión estereotipada sobre el género pasa desapercibido el impacto diferenciado que puede ocasionar esa categoría.
- Supuestos en los que un estereotipo o prejuicio de género se utiliza como máxima de experiencia para tener por probado un hecho.

113 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo para juzgar con perspectiva de género (2020), pág. 177.

Todas estas consideraciones tienen una enorme trascendencia en la medida en que implica estudiar precisamente uno de los elementos básicos de todo juzgamiento, a saber, la influencia que sobre el análisis y la valoración de los elementos probatorios tienen los prejuicios y estereotipos en la decisión del operador de justicia. Por ello, el mayor valor de este estudio es que parte de hechos concretos donde se pueden apreciar cómo deben ser tomados en cuenta a los efectos de lograr un proceso cónsono con la justicia que la mujer exige en estos momentos.

4.2. Protocolo para juzgar con perspectiva de género (Bolivia, 2017)¹¹⁴

Otro protocolo que consideramos relevante es una publicación del Comité de Género del Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia dado que proviene de un país con un gobierno ideológicamente cercano al venezolano, y pese a ello incluye en su análisis los criterios de juzgamiento dados tanto por el sistema universal como por el interamericano a los efectos de que sean seguidos por los tribunales bolivianos. Esto pone de manifiesto que la ideología no debe ser obstáculo para el cumplimiento de los derechos humanos ni para el seguimiento de criterios de organismos internacionales en defensa de estos.

El documento realiza un extenso análisis, pero creemos importante destacar la sección que se encuentra bajo el título «¿Cómo juzgar con perspectiva de género?» y en particular lo relativo a un esquema práctico argumentativo para aplicar la perspectiva de género al estudiar un caso concreto y que pasamos a citar a continuación:

114 Comité de Género del Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Bolivia, 2017. Disponible en: <https://tsj.bo/wp-content/uploads/2021/03/Protocolo-de-Genero.pdf>.

115 Comité de Género del Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Bolivia, 2017. Págs 151 y siguientes.

TABLA N° 1

Identificación del problema jurídico que se va a resolver	<ul style="list-style-type: none"> • Se identifica si intervienen mujeres o personas con diversa orientación sexual e identidad de género. • Se analiza el contexto del caso.
Identificación de la norma o normas jurídicas aplicables y análisis	<ul style="list-style-type: none"> • Problemas de relevancia. • Argumentos interpretativos. • Argumentos ponderativos. • Aplicación del test de igualdad y no discriminación desde la perspectiva de género. • Análisis de la existencia de discriminación estructural o interseccional.
Determinación de los hechos: análisis del caso	<ul style="list-style-type: none"> • Valoración de la prueba. • Calificación jurídica del hecho. • Verificación de su compatibilidad con el bloque de constitucionalidad. • Análisis de estereotipos y relaciones de subordinación o desigualdad estructural.
Decisión	<ul style="list-style-type: none"> • Definición clara del caso. • Interpretación previsor y consecuencialista. • Reparación.

Este sencillo esquema permite analizar la presencia o no de argumentos necesarios para un juzgamiento con perspectiva de género. La omisión en la aplicación de una perspectiva de género puede resultar en la aplicación de estereotipos negativos que influyan en la continuación de prácticas de violencia, coacción o discriminación hacia la mujer. La violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de desigualdades de poder que históricamente han existido entre mujeres y hombres,¹¹⁶ por lo cual al decidir un caso de violencia en contra de la mujer es necesario comprender como estas dinámicas de poder interactuando en el caso en concreto. Lo contrario, tiene como efecto privar a

116 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Ver también, Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 394.

las mujeres del goce efectivo, ejercicio y conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales.¹¹⁷

Finalmente, quisiéramos citar un caso de estudio que se menciona en el documento¹¹⁸, y que precisamente por parecer de derecho civil muestra las implicaciones que aún en tales situaciones tiene una perspectiva de género:

Juana, mujer de la tercera edad, formula demanda de reconocimiento de mejor derecho propietario respecto al inmueble ABC contra Alberto, argumentando que dicho inmueble se encuentra registrado en Derecho Reales a su nombre y el de sus nietos menores de edad que están bajo su custodia porque su madre y padre murieron; sin embargo, Alberto, en franco desonocimiento de su derecho propietario argumenta que tanto él como antes su madre y padre vivieron en ese lugar, sin que tenga ningún título que sustente esa posesión, por lo que amparada en los arts. 105 y 1538 del CC, entre otras normas, solicita que se declare probada la demanda y el desapoderamiento del bien inmueble.

Nótese que el ejemplo otorgado corresponde a un proceso civil, en el que, conforme ha quedado explicado en este documento, también debe adoptarse una perspectiva de género; además, en el caso, no sólo deberá considerarse la condición de mujer de la demandante, sino también, la protección constitucional y de las normas del bloque de constitucionalidad a las personas adultas mayores y, adicionalmente, el que se encuentre a cargo de sus nietos, quienes también gozan de una protección reforzada en el texto constitucional. La clara identificación del problema jurídico ya permite tener un mapeo inicial de los temas que debe resolver la autoridad jurisdiccional, quien

117 Comité de la CEDAW. Recomendación general n.º 19, sobre la violencia contra la mujer, CEDAW/C/GC/19, párr. 11. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_S.pdf.

118 Comité de Género del Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Bolivia, 2017. Págs 160 y 161.

no debe limitarse a analizar las normas del Código Civil, sino que debe acudir a los estándares para juzgar con perspectiva de género, así como la protección constitucional e internacional a las personas de la tercera edad y a las niñas, niños y adolescentes. Conforme se advierte, a partir del problema jurídico, la autoridad jurisdiccional plasma los temas que serán desarrollados, lo que evidentemente le sirve de guía para la argumentación que desarrollará y que indudablemente tiene numerosas ventajas en orden de coherencia, claridad y fácil comprensión para el justiciable.

Este caso muestra que un aparentemente simple reclamo de una propiedad inmobiliaria, tiene otros aspectos que exigen la consideración del operador de justicia y que por lo mismo obligan a que el alcance de su protección, en ejercicio de la tutela judicial efectiva, vaya más allá de la mera declaración de quién es el legítimo titular del inmueble, en la media en que se percibe claramente una manifestación de violencia, así como la necesidad de protección por los sujetos ya señalados en la cita.

Esto pone de manifiesto cómo la actitud y sensibilidad del juez del caso no puede ser igual al derecho común, sino que el análisis del contexto resulta fundamental para el ejercicio de una tutela judicial verdaderamente efectiva para las mujeres.

4.3. Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) (ACNUDH¹¹⁹ et alia, 2014)¹²⁰

Este interesantísimo documento establece los estándares internacionales para el tratamiento de las muertes violentas tanto por las autoridades policiales como por las judiciales, y tiene un extenso repertorio de herramientas útiles al efecto.

119 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

120 Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres). Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/issues/women/wrgs/protocololatinoamericanodeinvestigacion.pdf>

Solo resaltaremos el punto relacionado con los «Objetivos estratégicos de la investigación de los femicidios»¹²¹, que son identificados de la siguiente manera:

Identificar las conductas que causaron la muerte y otros daños o sufrimientos físicos, psicológicos o sexuales a la mujer (*ante o post mortem*).

Verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género que originan o explican la muerte violenta de la mujer mediante la identificación en particular:

- del contexto de la muerte,
- de las circunstancias de la muerte y la disposición del cuerpo,
- de los antecedentes de violencia entre la víctima y el victimario,
- del modus operandi y del tipo de violaciones usados ante y post mortem,
- de las relaciones familiares, de intimidad, interpersonales, comunitarias, laborales, educativas, o sanitarias que vinculan a la víctima y el/los victimario/s,
- de la situación de riesgo o vulnerabilidad de la víctima al momento de la muerte,
- de las desigualdades de poder existentes entre la víctima y el/ los victimario/s,

Esclarecer el grado de responsabilidad del sujeto activo (o de los sujetos activos) del delito, investigando si el victimario fue un individuo o un grupo, si él es o ha sido funcionario público, o si él es particular que actúa con la aquiescencia, la tolerancia o la connivencia de agentes del Estado.

121 Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres). Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), pág. 37 y siguientes.

Promover la participación de las víctimas indirectas, los familiares y sobrevivientes en el proceso de esclarecimiento judicial de la verdad sobre los hechos.

Estos elementos son de pertinencia para el presente estudio precisamente debido a lo alejados que están de lo que hacen las autoridades en Venezuela, en lo que se refiere a víctimas indirectas y análisis del contexto de la víctima.

4.4 Guía para la aplicación sistemática e informática del Módulo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias (Cumbre judicial iberoamericana, 2015)¹²²

Este documento consta con algunos criterios básicos sobre juzgamiento en materia de género, así como con una serie de matrices, fichas y listas de verificación que pueden ayudar al operador judicial a tener en cuenta todos los elementos que deben ser considerados en un caso de violencia contra la mujer, de tal modo que la decisión final sea el resultado de una serie estructurada de razonamientos dirigidos a su protección.

Entre las herramientas contenidas en el documento se encuentran las siguientes:

- Matriz de categorías de género.
- Lista de verificación consolidada carta de navegación.
- Lista de verificación para decidir casos con perspectiva de género en las decisiones judiciales.
- Ficha del indicador aplicación de la perspectiva de género.
- Ficha del indicador eficacia en el uso de los criterios de perspectiva de género.
- Ficha del indicador utilización de criterios aplicables a la perspectiva de género.
- Ficha del indicador estadística

122 Guía para la aplicación sistemática e informática del Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias, disponible en: <http://www.cumbrejudicial.org/productos/97-edicion-xviii-2014-2016/915-guia-para-la-aplicacion-sistematica-e-informatica-del-modelo-de-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-las-sentencias>

De los documentos mencionados debemos destacar la «Lista de verificación para decidir casos con perspectiva de género en las decisiones judiciales». Lo destacamos porque cubre los elementos que deben tomarse encuentran antes, durante y después del proceso judicial. Así, por ejemplo, pasamos a citar los conceptos que el operador tiene que tener presente con carácter previo al proceso y respecto de los sujetos:

1. Respecto a las cuestiones previas al proceso
 - 1.1 Analizar la admisibilidad de los asuntos de acuerdo con los postulados de la perspectiva de género y el control de convencionalidad.
 - 1.2 Revisar si proceden medidas especiales de protección.

2. Respecto a los sujetos involucrados.
 - 2.1 Identificar la existencia de una relación desequilibrada de poder y a la persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad o de desigualdad formal, material y/o estructural.
 - 2.2 Aplicar un escrutinio estricto a las categorías sospechosas como raza, etnia, lengua, religión, opinión política o filosófica, sexo, género y/o preferencia/orientación sexual.
 - 2.3 Prestar particular atención a los casos donde confluyen dos categorías sospechosas como sexo y raza con condiciones de pobreza, situación de calle, migración, discapacidad, víctimas de conflicto armado y privación de la libertad.
 - 2.4 Revisar situaciones de estereotipos o manifestaciones del sexismo en el proceso.
 - 2.5 Identificar características doble discriminación por tratarse de un caso de Interseccionalidad».

4.5 Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias (Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018)¹²³

Aunque este instrumento presenta elementos en común con los protocolos anteriores, es relevante destacar lo relativo al tema de reparación del daño, el cual es prácticamente inédito en la justicia venezolana, dado que el proceso judicial por hechos de violencia contra la mujer en Venezuela se encuentra centrado exclusivamente en la sanción y no incorpora elementos de reparación, lo cual se ve reflejado en las decisiones judiciales.

En la práctica judicial, el proceso penal se centra en la sanción al agresor y no en la reparación de las víctimas, lo que debería ser la finalidad de dicho proceso. Ello ocurre debido a la ausencia total de centralidad en la víctima y de una falta de entendimiento sobre la importancia de las reparaciones.

Es importante aclarar que los graves obstáculos que existen en Venezuela en el acceso a la justicia, y la revictimización que representa el acudir a las autoridades judiciales lleva a que muchas de ellas no tengan la fortaleza para soportar semejantes circunstancias ni llevar a cabo el proceso de solicitar reparaciones incluso en casos en los que hubo una condena. Adicionalmente, debe agregarse la omisión por parte de los fiscales de incluir las reparaciones en el ejercicio de sus competencias y centrarse únicamente en el aspecto punitivo, lo que pone de manifiesto una falta de asunción de todos los elementos que el Estado debe considerar en los procesos contra la violencia a la mujer.

La falta de otorgamiento de reparaciones representa también un grave incumplimiento estatal de los estándares en la materia. El contenido de la obligación de reparar de forma integral a las víctimas de estos delitos no es una concesión realizada por las autoridades, sino que es uno de los estándares internacionales que el Estado tiene la obligación de cumplir, de modo que su inclusión no es discrecional por parte del Estado. Esta reparación integral busca que en la medida de lo posible, se restablezca la situación anterior y se eliminen los efectos producidos por la violación en las distintas dimensiones de la vida de la víctima y sus familiares.

Una dimensión importante de la reparación es de naturaleza compensatoria por los daños causados¹²⁴ y, en casos de violencia en contra de la mujer, esto incluye la atención médica adecuada a los padecimien-

tos físicos y psicológicos sufridos por las víctimas, con consideración de sus especificidades de género y etnicidad¹²⁵.

Sin embargo, debido a que la violencia en contra de las mujeres responde a una discriminación estructural, en estos casos la reparación también debe estar enfocada en tener un efecto correctivo y no solo restitutivo¹²⁶ y debe buscar garantizar la no repetición de estos hechos¹²⁷. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que en las medidas a tomar por parte de los Estados, debe incluirse una investigación con perspectiva de género, emprender líneas de investigación específicas relacionadas con los hechos del caso desde una perspectiva contextualizada, y que sea llevada por funcionarios con capacitación en casos similares y atención a víctimas de discriminación y violencia basada en razones de género.¹²⁸

El Comité de la CEDAW también ha hecho referencia a las obligaciones estatales en materia de reparaciones, indicando que los Estados deben proporcionar reparaciones efectivas a las víctimas y supervivientes de la violencia por razón de género contra la mujer, las cuales deben incluir «la indemnización monetaria, la prestación de servicios jurídicos, sociales y de salud, incluidos servicios de la salud sexual, reproductiva y mental para una recuperación completa, y la satisfacción y garantías de no repetición».¹²⁹

Asimismo, el Comité ha afirmado que los Estados deben «establecer fondos específicos para reparaciones o incluir asignaciones en los presupuestos de los fondos existentes» y que «deberían aplicar sistemas de reparaciones administrativas» y

124 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

125 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 251.

126 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

127 Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 251.

128 Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 251.

129 Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19. 26 de julio de 2017, párr. 33.

programas de reparaciones transformativos que ayuden a abordar la discriminación subyacente o la situación de desventaja que causó la violación o contribuyó de manera significativa a ella, teniendo en cuenta los aspectos individuales, institucionales y estructurales.¹³⁰

En el caso venezolano, una de las medidas de garantía de no repetición de mayor importancia es la de capacitar a las autoridades judiciales y a todos quienes intervienen en el proceso de forma tal que en todas sus fases se puedan incluir los estándares de derechos humanos así como una perspectiva de género.

Por ello, pasamos a citar lo expuesto en este texto sobre un tema tan fundamental:

Reparación del daño

- ¿El daño causado genera un impacto diferenciado a partir del sexo, género, preferencia u orientación sexual de la persona involucrada?
- ¿Qué tipo de medidas de reparación se hacen cargo de este impacto diferenciado?
- Si fueron detectadas relaciones asimétricas de poder y condiciones de desigualdad estructural ¿cuáles son las medidas que las sentencia puede adoptar para revertir dichas asimetrías y desigualdades?
- ¿La medida de reparación se basa en una concepción estereotipada o sexista de la persona en cuestión?
- A partir del daño causado, el sexo, el género y las preferencias/ orientación sexual de la víctima ¿Cuáles son las medidas más adecuadas para reparar el daño?
- En la definición de las medidas de reparación ¿Se tomó en cuenta la voluntad de la víctima?

130 Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19. 26 de julio de 2017, párr. 33.

- ¿Cuál fue el impacto del daño en los roles y responsabilidades familiares, laborales y comunitarios de la víctima? En caso de que fuese negativo, ¿Cómo puede corregirse ese impacto?
- ¿Existió un «daño colectivo»? ¿Es posible repararlo?
- ¿Se trata de un caso en donde el daño se produjo por pertenecer a un determinado grupo?
- ¿La reparación abarca todos los daños detectados?

El planteamiento y la respuesta a estas preguntas al momento de tomar decisiones judiciales es particularmente importante en los casos de abusos sistemáticos y estructurales. Dado que en estas situaciones, la condena de un individuo poco hace para evitar la continuación de una cultura de violencia y de impunidad, por lo que el poder judicial debe orientarse hacia la correcta reparación integral del daño en sus distintas dimensiones, lo cual incluye necesariamente el imponer a las instituciones públicas o privadas la obligación de tomar medidas resarcitorias que eviten la repetición del daño y sirvan de protección a poblaciones especialmente vulnerables.

Del análisis de los protocolos analizados en este capítulo, puede evidenciarse que existen ciertos elementos imprescindibles para implementar los estándares de derechos humanos y la perspectiva de género en las decisiones judiciales. Entre otros, es necesario que al hacer el estudio de casos concretos se adopte una concepción adecuada sobre el fenómeno de la violencia contra las mujeres, que se incorpore una consideración sobre los elementos de del contexto generalizado de violencia contrala mujer. Asimismo, es importante que se realice una identificación adecuada de las relaciones de poder desiguales entre los géneros, la utilización de un lenguaje no sexista, y la eliminación de la presencia de prejuicios y estereotipos de género. Es imprescindible también incorporar los derechos humanos en la elaboración de una sentencia sobre femicidio u otras formas de violencia contra la mujer, y que se considere el valor reforzado del testimonio de las víctimas que han sufrido el hecho violento. Finalmente, debe ordenarse una reparación integral que incluya garantías de no repetición.

Conclusiones

1. En Venezuela, la evolución normativa relativa a la violencia contra la mujer ha sido no solo lenta, sino también presa de percepciones que impidieron ver la transversalidad del problema en la sociedad. La normativa nacional sigue esos patrones y aunque en general responde a los estándares internacionales, tiene carencias importantes al no identificar la violencia institucional generada por el Estado y establecerle obligaciones al mismo sin ningún medio de control real en un país donde no hay Estado de derecho.
2. La inexistencia de estadísticas en materia de violencia contra la mujer, realizadas de manera sistemática y con la metodología adecuada, pone lo anterior en evidencia, así como la inexistencia de políticas públicas, ya que sin información no es posible hacer un diagnóstico verídico de la situación y una planificación de política pública. El hecho de que todavía se dependa de datos recogidos por organizaciones de la sociedad civil organizada es la prueba más patente de esta situación.
3. En las sentencias analizadas de la Sala de Casación Penal se pone de manifiesto un exceso de formalismo y manejo de la violencia sobre la mujer como si de otro delito común se tratase, sin establecer la obligación de cumplir con estándares internacionales como la apreciación de la interseccionalidad, las relaciones de poder, el entorno social de la víctima o las reparaciones a su favor.
4. Lo dicho hace que se perciba, que, salvo en los casos donde hay niñas y adolescentes, el resto de las víctimas tienen un carácter anodino e indiferenciado, donde la violencia es apenas un tipo penal como cualquier otro, sin carácter especial y, sobre todo, sin que amerite urgencia alguna de acción, resolución o medidas para atenderla.
5. Se observó que la Sala de Casación Penal en sus sentencias llama la atención a los funcionarios policiales sobre comentarios sexistas, pero no cuando se trata de jueces, lo que demuestra la doble vara

de medir al respecto. Esto es un incumplimiento con la obligación estatal de eliminar los estereotipos de género en todas sus instituciones y en especial en el poder judicial y representa un grave obstáculo en el acceso a la justicia de las víctimas de este tipo de violencia.

6. Se constató que, de manera reiterada, hay una errónea evaluación de pruebas, sobre todo en casos de niñas y adolescentes, en los que incluso si hay delitos continuados se exigió una precisión que no se corresponde con la realidad de este tipo de delitos, y porque además se observó cómo eran desechadas evaluaciones psiquiátricas y psicológicas con argumentos vacíos y desde el prejuicio.
7. El retardo procesal es un problema estructural y recurrente en los procesos de violencia contra la mujer, en donde no se cumple con un plazo razonable. Se encontraron casos de más de diez años sin sentencia definitiva, e incluso algunos en que la reposición implicó el inicio del juicio luego de años, poniendo de manifiesto que solucionar el retardo procesal no es una prioridad, incluso procesos simples como los conflictos de competencia pueden durar años. Este retardo procesal causa una revictimización de las víctimas.
8. La determinación de la misma P de que existe un elevado número de conflictos de competencia nos indica que puede haber insuficiente capacitación de los jueces sobre los criterios de competencia, o que estos no quieren conocer de este tipo de casos y se declaran incompetentes para no atenderlos. En el análisis de las decisiones de la SCP se constató la utilización, por parte de los tribunales de instancia, de simples prejuicios y argumentos sin base legal para considerarse incompetentes, en violación del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.
9. Otra manifestación del formalismo de la SCP en los recursos que se presentan ante ella es que, al rechazar recursos por mal argumentados, hay una falta total de iniciativa para indagar de oficio sobre los elementos fácticos de las denuncias, sobre todo cuando

están relacionados con violaciones graves al debido proceso como el silencio de pruebas o la falta de motivación de las sentencias.

10. Se observa un grave incumplimiento con el deber de protección de los derechos humanos que tiene el Estado venezolano, y en particular el poder judicial, dado que después de más de 14 años de la aprobación de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia todavía hay circunscripciones que no cuentan con tribunales especializados, lo cual ha llevado a las Salas a aclarar que son los tribunales de primera instancia municipal quienes tienen la competencia en los municipios donde no existan tribunales especializados. Esto resulta en una grave violación a los derechos de las mujeres víctimas de violencia en esas circunscripciones dado que se trata de tribunales que no están capacitados ni entrenados para aplicar una perspectiva de género ni los estándares de derechos humanos necesarios y ocasiona que estos casos sean analizados como cualquier otro delito sin entender su naturaleza particular.
11. El que se hayan encontrados sentencias en que la participación de un funcionario policial sea un presunto victimario y que dichos procesos estén llenos de graves irregularidades como falta de firmas de las decisiones o el cambio de calificación del delito para beneficiarlos, pone en evidencia la ausencia de un poder judicial independiente y ajeno a las presiones. Por el contrario, la participación de un funcionario público en un caso de violencia en contra de la mujer, debería implicar una mayor proactividad y determinación en la investigación por parte del poder judicial ya que compromete en mayor medida la responsabilidad estatal.
12. Resulta preocupante que, a pesar de que la SCP haya corregido varias graves irregularidades de las sentencias de instancia, al menos en el cuerpo de las sentencias no se deje constancia que se remiten esos casos a los órganos disciplinarios competentes. Esto trae como consecuencia que dichos funcionarios del poder judicial sigan incurriendo en estas fallas dado que no existe una consecuencia ante violaciones al debido proceso y faltas graves durante el mismo.

13. Una de las constataciones más sorprendentes del estudio es la casi total ausencia de criterios por parte de la SCP que complementen o interpreten las normas de violencia contra la mujer, y que tal rol haya sido asumido por la SC, aunque lamentablemente esto no haya implicado una mejor justicia.
14. La comparación entre los protocolos con las mejores prácticas de los países latinoamericanos nos hizo constatar la enorme distancia, en la aplicación de criterios de enjuiciamiento en materia de género, incluso en aquellos casos de gobiernos afines al venezolano. Por lo mismo, la urgente necesidad que existe en Venezuela, dado que los instrumentos internacionales que ha suscrito sobre la materia sean de inmediata aplicación, de que se apliquen protocolos correctos tanto para la investigación como para incorporar una perspectiva de género por parte de las autoridades judiciales que conocen este tipo de casos.
15. La Sala Constitucional, quien ha establecido la mayoría de los criterios vinculantes en la materia, ha emitido sentencia que representan un progreso en la materia, mientras que en otras se evidencian graves problemas con el respeto al debido proceso y al sistema constitucional venezolano.
16. Algunas decisiones positivas son la que permite la evacuación como prueba anticipada de declaraciones de niños, niñas y adolescentes a los efectos de evitar la revictimización, así como la decisión que establece la posibilidad de que las víctimas puedan presentar acusación particular propia en algunas circunstancias, así como la sentencia que decreta la nulidad del artículo del Código Penal que hacía alusión a la «honestidad» de la mujer. Mientras que, un aspecto negativo es que los tribunales especializados en la materia se crearon más de una década después de la entrada en vigor de la ley y, además, estos no existen en todas las circunscripciones del país, por lo que se ha dado esa competencia a otros tribunales que no poseen la especialidad correspondiente. Un ejemplo de la violencia institucional en temas de género, es el caso de una solicitud de corrección de identidad por cambio de género que luego de

diecisiete años sigue sin tener una decisión, en flagrante violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

17. Como conclusión general, podemos decir que a pesar de la invasiva propaganda oficial que describe casos individuales como consecuencia de la aplicación de políticas públicas exitosas en la materia, la deuda del Estado venezolano con las mujeres no solo existe, sino que tiende a aumentar en detrimento de su integridad. Para cumplir con sus obligaciones internacionales, no basta que el Estado se proclame como feminista ni busque dar una imagen de protección a la mujer. Por el contrario, se requiere de una verdadera postura de garante en la cual las autoridades estatales no solo se abstengan de cometer hechos de violencia contra la mujer, sino que adopten una política de prevención y que brinde un real acceso a la justicia a las víctimas para poder sancionar y erradicar este tipo de violencia. Esto pasa por supuesto, por entender que la violencia contra la mujer en Venezuela no es un tema solo entre particulares sino que tiene naturaleza pública. Debido a los diversos obstáculos actuales en el poder judicial, la víctima sufre actos de violencia por particulares, pero luego es revictimizada por la violencia institucional del Estado al intentar acceder a la justicia.

