



# UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY

www.uvm.edu.ve


Av. Caracas con calle Buenos Aires Quinta Las Palmas, Valera Edo. Trujillo - Venezuela. Telfs (0271)2253648-2251521-2212233


## VICERRECTORADO FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES

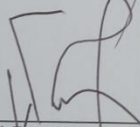
### VEREDICTO

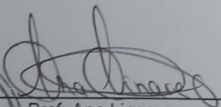
Nosotros, Profesor Erasmo Velázquez, Profesor José Francisco Conte, Profesora Lisbeth González; designados como miembros del Jurado examinador del Trabajo Especial de Grado: "PROBLEMAS DE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN EN LOS DELITOS QUE ATENTAN CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL", que presenta el bachiller JHONY ALBERTO UZCATEGUI VILLARREAL, titular de la Cédula de Identidad N° V-25.913.838, nos hemos reunido para revisar dicho Trabajo y después de la presentación, defensa e interrogatorio correspondiente, lo hemos calificado con veinte ( 20 ) puntos, de acuerdo con las normas vigentes dictadas por el Consejo Universitario de la Universidad "Valle del Momboy", referente a la evaluación de los Trabajos Especiales de Grado para optar al título de Abogado.

En fe de lo cual firmamos en Valera, a los cuatro días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho (2018).

  
Prof. Erasmo Velázquez  
C.I. N° V- 17.212.172  
Jurado

  
Prof. Lisbeth González  
C.I. N° V- 11.317.601  
Tutor

  
Prof. José Francisco Conte  
C.I. N° V- 5.759.413  
Presidente del Jurado

  
Prof. Ana Linares  
C.I. N° V- 9.013.217  
Decana

  
Prof. Héctor Barzate  
C.I. N° V- 9.150.646  
Vicerrector





**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA EDUCACIÓN  
UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY  
FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES  
ESCUELA: DERECHO**

**PROBLEMAS DE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN EN LOS DELITOS  
QUE ATENTAN CONTRA LA INDENMIDAD SEXUAL**

Valera, Noviembre 2018



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA EDUCACIÓN  
UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY  
FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES  
ESCUELA: DERECHO**

**PROBLEMAS DE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN EN LOS DELITOS  
QUE ATENTAN CONTRA LA INDENMIDAD SEXUAL**

**TRABAJO ESPECIAL DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO  
PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO**

**AUTORES:**

Uzcategui Villarreal Jhony Alberto

V-25.913.838

Zambrano Bastidas Mario Elías

V-20.656.015

**TUTORA:**

**Lisbeth González de Matheus**

V- 11.317.601

Valera, Noviembre 2018



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA**  
**MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA EDUCACIÓN**  
**UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY**  
**FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**  
**ESCUELA: DERECHO**

**ACEPTACIÓN DEL TUTOR**

En mi condición de tutor (a) del trabajo especial de grado denominado **PROBLEMAS DE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN EN LOS DELITOS QUE ATENTAN CONTRA LA INDENMIDAD SEXUAL**, presentado por los ciudadanos: JHONY ALBERTO UZCATEGUI VILLARREAL, titular de la cédula de identidad Nro. 25.913.838, y MARIO ELÍAS ZAMBRANO BASTIDAS, titular de la cédula de identidad Nro. 20.656.015, para optar al título académico de Abogado de la República Bolivariana de Venezuela, mediante la presente manifiesto que asesore a los estudiantes durante el desarrollo del trabajo de investigación, asimismo certifico que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del jurado evaluador que se designe conforme al artículo 16 del Reglamento de la Universidad Valle del Momboy.

**Firma** \_\_\_\_\_

**Cédula** \_\_\_\_\_




REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA EDUCACIÓN  
UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY  
FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES  
ESCUELA: DERECHO

APROBACIÓN DEL TUTOR

Quien suscribe, la abogada en ejercicio **LISBETH GONZÁLEZ DE MATHEÚS** portadora de la cédula de identidad Nro.- V- 11.317.601, en mi carácter de tutor (a) del trabajo especial de grado denominado **PROBLEMAS DE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN EN LOS DELITOS QUE ATENTAN CONTRA LA INDENMIDAD SEXUAL**, presentado por los ciudadanos: **JHONY ALBERTO UZCATEGUI VILLARREAL**, titular de la cédula de identidad Nro. 25.913.838, y **MARIO ELÍAS ZAMBRANO BASTIDAS**, titular de la cédula de identidad Nro. 20.656.015, para optar al título académico de Abogado de la República Bolivariana de Venezuela, mediante la presente declaro que el trabajo de investigación reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación correspondiente y posterior defensa y evaluación por parte del jurado examinador que a tales efectos se designe.

Aprobación que se expide en Valera, estado Trujillo a los 05 días del mes de Noviembre del 2018.

Firma   
Cédula 11.317.601

## DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso por ser guía maestro y sustento, por todas sus bendiciones

A mi madre y mi padre Jennifer Villarreal y Oscar Uzcategui, por su amor, consideración, comprensión, consejos, ánimo, motivación, fortaleza, enseñanzas y tiempo. Gracias por lo que hacen por mí diariamente, por estar para mí cuando les necesito. Gracias por diariamente darme su bendición.

A mi bisabuela, María Consuelo Torres, por ser una segunda madre para mí, infinitas gracias por tu cariño, por tus consejos, tu tiempo por acogernos a todos como tus hijos, por todo lo que haces por nosotros a diario.

A todos mis amigos, muy especialmente a ustedes; Javier, Parilli, Mario, porque se dieron la tarea de convertir esta experiencia en inolvidable, gracias por su sincera amistad, su tiempo, su apoyo incondicional, por los grandes momentos.

A mi amor, Emily El Khoury. Muchas gracias por creer en mí, por diariamente compartir la decisión de estar juntos, por tu cariño, por todo tu apoyo incondicional y por tu amor, eres invaluable para mí.

A la Dra. Lisbeth González de Matheus, por todos los conocimientos impartidos, por los valores y ética inculcados, por su motivación, esmero, reflexiones, y apoyo para la realización de este proyecto.

A todos los profesores de la Universidad Valle del Momboy, en especial: Prof. Zuleida Segovia, Prof. Marcos Guerrero. Muchas gracias por su tiempo, conocimientos y dedicación.

A la Universidad Valle del Momboy, por abrir sus puertas y servir como casa de estudios y formación académica.

A todas las demás personas que forman parte de mi vida, y que de alguna forma u otra hacen parte de este proyecto.

A ustedes va dedicado este logo, muchas gracias por su apoyo.

Jhony Uzcategui.

## DEDICATORIA

Al Creador, por ser luz y sustento.

A mi madre, Marly Bastidas, por formar parte de todo mi proceso de vida.

A mi hermano Héctor Zambrano, gracias por tu apoyo y guía incondicionales.

A mi hermana Laura Zambrano, siempre presente, con tus consejos y palabras de aliento.

A mi padre Juan Carlos Zambrano, por tu fe y motivación.

A mi hermano Josmar Zambrano, por tu apoyo constante.

A mis amigos incondicionales, Javier, Parilli y Jhony.

A la Dra. Lisbeth González de Matheus, por ser el pilar de la moral y la academia en todo este proceso.

A todos mis demás familiares, amigos, los que de una forma u otra hicieron posible este logro, gracias por sus aportes.

Mario Zambrano.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Valle del Momboy; a esta casa de estudio que abrió sus puertas, cediéndonos la oportunidad de formarnos como futuros abogados.

A todos nuestros compañeros, porque en estos cinco años, hemos compartido y crecido junto, consolidando así una muy buena amistad, gracias por compartir estos años.

A los profesores que día a día, se esmeran por enseñarnos e instruirnos en el deber del Derecho, brindándonos su tiempo y conocimientos sin ningún tipo de apatía.

A todo el personal que labora en la Facultad de ciencias jurídicas, políticas y sociales, por su constante trabajo, con el cual se encargaron de brindarnos las condiciones necesarias para el correcto desarrollo de nuestra vida académica.

A la profesora Lisbeth González de Matheus, por ofrecernos sus conocimientos, por inspirarnos ser cada día mejores estudiantes y motivarnos a ser profesionales con conocimientos y valores sólidos.

Mil gracias a todos.

Jhony Uzcategui y Mario Zambrano

## **INDICE**

**ACEPTACIÓN DEL TUTOR**

**APROBACIÓN DEL TUTOR**

**DEDICATORIA**

**DEDICATORIA**

**AGRADECIMIENTOS**

**INDICE**

**RESUMEN**

**INTRODUCCIÓN**

**TEORÍAS QUE SUSTENTAN LA INVESTIGACIÓN**

**BASES LEGALES**

**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA**  
**MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA EDUCACIÓN**  
**UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY**  
**FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**  
**ESCUELA: DERECHO**

**PROBLEMAS DE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN EN LOS DELITOS**  
**QUE ATENTAN CONTRA LA LIBERTAD E INDENMIDAD SEXUAL**

**Autores:** Jhony Uzcategui y Mario Zambrano.

**Tutora:** Prof. Lisbeth G.

**Año:** 2018

**Resumen**

El presente trabajo de investigación trata la problemática que genera la insuficiencia probatoria en los delitos que atentan contra la indemnidad sexual, siendo este el punto de partida para empatizar con una realidad jurídica que rebasa las garantías constitucionales y los derechos fundamentales de las personas. Cuando se presentan este tipo de delitos existe una tendencia alarmista hacia su estudio, trato, desenvolvimiento y evolución; su progresividad se ve afectada por pre concepciones y prejuicios que pululan en torno a este, provocando de manera directa la satanización del presunto comitente del delito, lo que inicia una violación sistemática de ciertos derechos y garantías de las que gozan los ciudadanos venezolanos. Debido a la propia naturaleza de estos delitos se encuentra una ausencia casi absoluta de pruebas testimoniales, lo que materializa la problemática, en consecuencia, cuando solo existe una declaración de la presunta víctima en una situación donde se trata la libertad de las personas (ya que ninguna situación de hecho es perfecta) pueden encontrarse inconsistencias en la declaración y aun mantenerse conteste respecto a la secuencia lógica, como también puede no haber inconsistencias y todo ser una maquinación de la víctima. Determinar esto es el reto que se presenta a los operadores de justicia y legisladores, para tratar de asegurar al máximo las garantías constitucionales de todas las partes involucradas en este tipo de situaciones.

**Palabras claves:** Insuficiencia probatoria, progresividad, pruebas, declaración, abusos sexuales, garantías procesales

## INTRODUCCIÓN

El Sistema de justicia como base de la sociedad organizada tiene el deber de garantizar una situación de igualdad ante la ley para todas las personas, lo que impacta la realidad inmediata de los ciudadanos. Constitucionalmente están establecidas distintas garantías de las cuales los ciudadanos disfrutan, en nuestro estudio nos resultan pertinentes dos de éstas, cuya consideración es de vital importancia para el desarrollo de la investigación, la Tutela Judicial Efectiva y el Debido Proceso (arts. 26 y 49 de la CRBV respectivamente). El cumplimiento de estas garantías pertenece a los funcionarios que llevan la labor de ser los operadores en la administración de justicia. Si se toma en consideración la presencia de ciertos problemas de carácter subjetivo que pueden aquejar la mente y asimismo el criterio humano, cuando los delitos salen de la cotidianidad y entran en el terreno dantesco de los delitos sexuales entonces emerge el primer problema a afrontar.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de España (STS 3983/2017) establece que:

“Se trata de acciones de inequívoco significado lascivo que se ejecutan sobre menores cuyo silencio, facilitado por la falta de conciencia del sujeto pasivo acerca de su propia victimización, se logra mediante un mensaje coactivo que, en no pocas ocasiones, logra asegurar la impunidad. Ese hecho constituye un perturbador punto de partida al que se enfrenta cualquier órgano jurisdiccional que asume el desafío intelectual de exteriorizar las razones por las que considera al acusado autor de un delito de esa naturaleza. La necesidad de evitar que el proceso penal se convierta para el

menor en el angustioso marco de evocación de las agresiones padecidas, suma otro elemento añadido de dificultad. Pese a todo, es evidente que el ejercicio del "ius puniendi" del Estado no puede debilitar el cuadro de sus garantías en función de los obstáculos probatorios inherentes a la naturaleza del proceso. Ni la edad de la víctima, ni sus dificultades para recordar episodios que han impactado en su formación integral, pueden convertirse en una excusa para erosionar el canon de suficiencia incriminatoria que viene impuesto por el contenido material del derecho a la presunción de inocencia proclamado por el art. 24.2 de la CE."

El máximo tribunal penal español fija posición y reconoce que existe un problema al momento de probar tanto la realización material del delito como su autoría, así mismo se pronuncia sobre el abuso institucional que se presenta en repetidas ocasiones sobre la persona acusada y la víctima, situación por la cual se produce daños a otros bienes jurídicos, vulnerando y afectando garantías constitucionales. Se utiliza el derecho comparado entre el ordenamiento jurídico venezolano con la doctrina y jurisprudencia española debido a lo abundante y evolucionada en cuanto a la adaptación a la realidad de la última, sin menoscabar el rigor necesario que hay que tener en cuenta para mantener un sistema absolutamente garantista y progresivo.

La propia actividad sexual naturalmente no puede ser penada, sin embargo, existen situaciones donde dicha actividad sexual se ve tergiversada llevándose a un plano delictivo, y cómo consecuencia de esta variación se encuentran algunos problemas:

1. Debido a la naturaleza del delito, su ámbito sexual conlleva a una tendencia generalizada de ocultar el hecho de cualquier testigo, situaciones que se consuman en lugares convenientemente discretos.
2. La diversidad en los tipos de delitos sexuales, la variación del régimen probatorio y la capacidad material de que ese delito genere la prueba necesaria o suficiente.
3. La dificultad de la configuración de los presupuestos subjetivos en este tipo de delitos.
4. Las pre concepciones y prejuicios que se pudieran originar en los operadores de justicia debido al impacto ocasionado por el conocimiento de los hechos cruentos e indeseables

En Venezuela, el sistema de administración de justicia no se encuentra exento de la crisis que afectan tanto a la nación como a sus ciudadanos, y este atraviesa por una situación particularmente delicada y grave; la inestabilidad jurídica, la falta de estado de derecho, hace frecuente el error judicial al momento de condenar ciudadanos inocentes, llegando al punto de considerar la posibilidad de que dicho error sea planificado, lo que genera una situación alarmante por su consecuencia. La libertad de los ciudadanos, y el respeto a sus derechos y garantías bienes jurídicos que se debate dentro del sistema y debe recuperarse.

Como resultado de los problemas mencionados está el corrompimiento de la funcionalidad de la institucionalidad venezolana, y de no atendidos estos problemas derivará inequívocamente en la violación sistemática de los derechos humanos de todos los ciudadanos del país, ya que significa que la violación se encuentra concebida y protegida por la misma ley. El sistema de justicia debe ser visto como una continuidad de acciones de diversos frentes, en el sentido de que cada día que se continúa aplicando justicia también se aplica la injusticia, y es el deber de los juristas de la república atender a esta

situación, corregirla y hacer todo lo que esté en su poder para hacer sentir al país la seguridad jurídica que debería tener.

Existe una particularidad con los delitos sexuales, porque el problema de la prueba puede verse en muchas otras ramas del derecho o simplemente en otros delitos, sin embargo la naturaleza de los mismos hace de su planteamiento interesante puesto que el acervo probatorio que regularmente logra ser recabado es sustancialmente menor que en otros delitos, no obstante también el juez en su valoración debe decidir basado en lo que le presentan las partes, una verdad con un margen de error gravemente alto.

El espectro de medición de variedad para estos delitos es amplio, por lo tanto, es necesario dividirlo en tres grupos: 1. El primero dónde tenemos los delitos sexuales que recaen sobre la persona de un hombre mayor de edad, evidentemente se aplicará el articulado del Código Penal venezolano. 2. Este grupo corresponde a las mujeres, quienes están protegidas por legislación especial (Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia) 3. Dónde se encuentran los niños, niñas y adolescentes.

A simple vista no se presenta un problema, dónde la situación procesal en etapa de juicio lleva al juez a realizar una operación mental dónde confronta únicamente la declaración de la presunta víctima y del acusado. Siendo el caso ¿de qué puede valerse el juez para consagrar las 2 garantías constitucionales antes mencionadas? Si el acervo probatorio no fue suficiente para generar un grado de convencimiento al juez, persistiendo la duda de que cualquiera de las dos versiones pudiese ser cierta, ya que ambas declaraciones son contestes y lógicas. Es evidente la problemática de la valoración del juez, mucho más si el delito es de gravedad tal que reta los límites de la imaginación (como es normal en este tipo de delitos) trayendo como consecuencia una situación dónde el juez se verá presionado a culpar

el acusado, como solución más salomónica. Se ha demostrado tras innumerables apelaciones en la máxima sala española que los jueces sienten cierto tipo de temor para confrontar estos delitos, es un trabajo titánico puesto que por la naturaleza de los mismos tiende a herir fibras sensibles de la sociedad. No menos cierto, es la notoria capacidad que posee el perpetrador para maquinar y generar una situación de impunidad, aprovechándose de la inexistencia de la prueba “reina” en los delitos sexuales (examen médico forense que arroje elementos de interés criminalístico) ocasionando así que juez se halle en una situación donde la mínima actividad probatoria debe ser tratada con caución.

En este sentido, por las razones antes expuestas el objetivo de este ensayo consta en determinar los problemas de la prueba en los delitos que atentan contra la indemnidad sexual. No se puede dejar de lado, por lo que se necesita dar inicio a una nueva corriente, una nueva forma de ver y apreciar las pruebas, deslastrar nuestra sociedad jurídica de los antiguos dogmas, para así avanzar, enfrentar y reconocer que el sistema tiene errores enmendables, cuya gravedad atrajo suficiente atención para llevar a cabo este ensayo.

Se quiere con esta investigación lograr que cambie la forma como se tratan legalmente los delitos sexuales, mejorar las condiciones de garantía, que sean protegidos los derechos de ambas partes en el proceso, olvidar que la sexualidad es un tabú y erradicar al máximo el error judicial para que se consiga el fin último del proceso que es la justicia.

La presente investigación se justifica debido a que la violación sistemática de derechos dentro del mismo sistema judicial penal comprende un problema que es imperativo atender para la recuperación del Estado de Derecho, mientras se dejen de lado los prejuicios sociales y la moralidad arcaica, se

puede seguir un proceso justo, donde la presunción de inocencia no pueda ser fácil o imprudentemente destruida. La presunción de inocencia es el escudo que protege a los ciudadanos ante cualquier situación desfavorable de tipo legal, y en el ámbito penal es más delicado aún.

Es vital mencionar en atención a la justificación que los delitos sexuales no son el punto más popular en el derecho penal, depende en gran parte de la sociedad donde se ejerza el derecho, sus prejuicios, tendencias y cultura, esto condiciona la manera de pensar del juez, su apreciación y valoración. El sentimiento, o sea, un imputado por la violación de un niño de 4 años en manos de un juez que tiene un hijo de la misma edad, o que quizá algún familiar fue abusado de cualquier forma, entonces influye en la mente del juez un conglomerado de presiones externas (sociedad, una moral comúnmente aceptada, estándares religiosos, etc...) e internas (principios, valores, ética, etc...) que afectan su perspectiva de manera determinante.

La presunción de inocencia es un derecho que se cree que solo puede ser violentado dentro del proceso y no es así, la violación sistemática de derechos comienza con los funcionarios que asumen la culpabilidad del imputado por la naturaleza del delito, y por la diferencia de preparación con un operador de justicia se infiere que materializan más directamente su reprochabilidad, violando inmediatamente su debido proceso, ya que debería ser inocente hasta que se demuestre lo contrario, luego todas las actuaciones viciadas de una nulidad aun no tratada, llegan a manos del ministerio público y basado en los resultados obtenidos por su órgano auxiliar inicia una investigación también viciada por las actuaciones de mala fe entregadas por los mismos, y así a través de todo el proceso penal. Violar solo un derecho y mancillar el proceso garantista desencadena una serie de actos que vician e imposibilitan la aplicación del derecho penal venezolano.

Estas violaciones producen ramificaciones negativas que vulneran la presunción de inocencia del acusado, lo que lo coloca en una posición de desventaja ante la ley, la igualdad se va desdibujando y da lugar a un sistema autoritario, discriminatorio e inquisitivo, donde el Derecho Penal de Autor vuelve a tener su auge, ahora no procesalmente sino socialmente. Esto conlleva a una situación crítica de caos legal, un vacío probatorio en la rama penal es imperdonable atendiendo a la naturaleza de los bienes a proteger, la libertad, la integridad personal, y todas las consecuencias derivadas de una sentencia viciada en la vida de un ciudadano(a) que jamás disfrutó del derecho a la presunción de inocencia, que carece de sentido puesto que todos los venezolanos están investidos de esta garantía en todo momento hasta que se demuestre lo contrario por sentencia definitivamente firme.

Es imperativo atender a este problema puesto que existe una cantidad indeterminable de personas que han caído en las fauces del error judicial, que ya sea por impunidad o por culpabilidad errónea han sido injustamente sentenciados, también entender que iniciar el proceso penal en las pésimas condiciones en las que se encuentra es atentar contra la reputación y la integridad física del investigado, imputado, acusado o procesado, cosa que normalmente se deja de lado a menos que intervenga la corrupción para evitar estas consecuencias colaterales, esto crea focos donde se gestiona y se promueven estas prácticas dentro de los cuerpos de seguridad y el mismo sistema judicial. Darle fin a este problema es darle fin a uno de los males jurídicos más fuertes de la actualidad.

Desde el punto de vista metodológico los pasos y estrategias que se tomaron en cuenta para el desarrollo de este trabajo fueron: el esquema planteado por la universidad valle del Momboy, dónde se esbozó la problemática presentada en cuanto a los problemas de la prueba y su valoración en los

delitos que atentan contra la indemnidad sexual. Adicionalmente, se tomaron en cuenta las siguientes perspectivas:

Desde el punto de vista de su contenido: Se basó en la naturaleza jurídica del derecho penal tomando en cuenta la evolución y adaptación del mismo en la sociedad jurídica venezolana.

Con respecto al elemento espacial esta investigación está enmarcada en la jurisdicción penal venezolana.

Desde el punto de vista temporal: El periodo ejecutado para la investigación estuvo comprendido entre los años 2017-2018.

## TEORÍAS QUE SUSTENTAN LA INVESTIGACIÓN

### LAS PRUEBAS

Según Rivera Morales, R. (2013,p.4). Se denomina prueba a todo aquel medio que pueda utilizarse para la reconstrucción de una realidad ya pasada, con el fin de dar una mejor comprensión del cómo se desarrollaron de los hechos en la realidad.

Al respecto, Carnelutti, F. (1998, p.332) expresa:

“El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera no ya derecho, sino historia”

En derecho cuando se hace referencia a la expresión pruebas judiciales, nos referimos a los instrumentos que sirven para la demostración y verificación de la existencia o ausencia de un acontecimiento o hecho, el cual ha sido afirmado previamente por una de las partes y el cual ha realizado un cambio en la manera en que percibimos la realidad y por lo tanto podría traer consecuencias jurídicas fuera y dentro del proceso.

“Medios probatorios son aquellos instrumentos procesales usados por las partes a través de sus representantes judiciales para extraer la prueba de su fuente (en derecho penal el hecho punible) y poder transportarlos al proceso, a modo de prueba para así proporcionar carácter demostrativo a las alegaciones hechas por estos en la fase correspondiente, su objeto constituye suministrar el conocimiento del hecho y probar la certeza de los mismos para tratar de evidenciar la verdad material dentro del proceso.” (Rivera Morales, Rodrigo 2013, p.11-12)

Con respecto a la valoración de la prueba, esta constituye una operación fundamental en todo proceso, no siendo la excepción el proceso penal. Al respecto, Echandía, H. (1972) señala “la valoración es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria. Consistente en aquella operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido” En resumen, la valoración o apreciación de la prueba es la operación mental que hace el juzgador al medio de prueba ofertado de las partes, sobre el cual medirá la eficacia probatoria y forjará su convencimiento y le asignará un grado de convicción o certeza que considere pertinente del hecho a probar.

**Indemnidad sexual:** Reyna Alfaro, L. (2005, p.13). La define como “una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida.”

Respecto a esta última definición cabe destacar que el segundo supuesto el cual se refiere acerca del desarrollo de una vida sexual sin intervenciones traumáticas aplica mayormente en los niños, niñas, adolescentes y personas incapaces. Puestos que estos carecen de la capacidad necesaria para la autodeterminación de la vida sexual.

La indemnidad sexual se establece así como una innovación de la doctrina moderna, la cual se origina para tratar de cubrir las deficiencias en el concepto de la “libertad sexual” puesto que como lo expresa Bustos Ramírez (2008) “no sólo se protege la capacidad de actuación sino también la seguridad de la libertad” (p. 192).

## **Delitos sexuales**

El jurista peruano Pizarro Guerrero, M. (2017, p. 10). Los define como: “Los delitos sexuales en general son todos aquellos hechos típicos y antijurídicos cometidos por una persona dedicados a atentar contra la indemnidad sexual de un individuo.” Significa que no importa qué acto se ejecute, si atenta contra la indemnidad sexual constituye un delito sexual.

Agrega Pizarro Guerrero (2017): “Es complicado simplificar la conducta típica en estos delitos puesto que gran parte de su estudio está enfocado en la psicología y la psiquiatría, cuando un delito supera los límites aberrantes de la normalidad entonces es un indicador de desequilibrio neurológico o mental.” (p. 11).

El primer obstáculo para el sistema de justicia es el bien jurídico a tratar, en este caso es la indemnidad sexual, ya que en su forma natural no es punible pero cuando factores externos vician de alguna forma el consentimiento entonces hablamos de un delito sexual. La línea entre consentir o no, es delgada y determinable con exactitud solo por los involucrados en el hecho (cuando no se dispone de prueba médico forense desfavorable) lo que lleva a estos delitos a la clasificación de ocultos, en razón de la naturaleza del hecho en sí, ya que es un acto dónde el perpetrador busca perfeccionar en un lugar donde de preferencia no haya ninguna especie de testigos; lo que se traduce como que rara vez existen testigos terceros, o personas cercanas al hecho. Normalmente los testigos son otras víctimas u otros victimarios que participan en el hecho. Como la actividad sexual se lleva a cabo en privacidad cuando es en condiciones normales entonces esto lleva a los perpetradores a ser en extremo cuidadosos respecto a las condiciones en las que llevan a cabo el acto.

La falta, o vicio en el consentimiento es el elemento central de todos los delitos sexuales, también uno de los más complicados de probar, ya que por la naturaleza del acto se tiende a desdibujar el límite, lo que representa un reto para el proceso, ha dicho la jurisprudencia que debe existir alguna exteriorización suficiente para que quede plasmada esa falta de consentimiento. Es decir, el sujeto activo debe llegar a percibir que no existe voluntad de aceptar ese acto, que sea consiente. El enfoque jurídico ofrece pautas para reflexionar el consentimiento sexual. La exclusión temporal o total de ciertas personas de la capacidad de autorizarse por sí mismas supone un dato importante para sospechar que no es una capacidad inherente a la condición humana. En todo caso, se obtiene (con la mayoría de edad), se pierde (con una enfermedad mental) o se gana (con derechos civiles y políticos). Por otro lado, si pensamos que "lo dado" es un indicador de que algo no es natural, podríamos cuestionarnos si todas las personas jurídicamente capaces de consentir son igualmente libres, autónomas y racionales para hacerlo, igualdad formal y desigualdad de hecho.

En Perú, los requisitos exigidos para que se considere delitos sexuales son:

- Un tocamiento impúdico o contacto corporal: Bien por parte del sujeto activo sobre la víctima o sujeto pasivo, o también por parte de éste a requerimiento o acción de aquel. (Elemento objetivo)
- Un propósito libidinoso o de obtener una satisfacción sexual: Cómo es lógico para el sujeto activo del delito. (Elemento subjetivo)
- La vulneración de la libertad sexual o indemnidad sexual de la víctima.

## **Tipos delictuales que violentan la indemnidad sexual**

Existe gran variedad en cuanto a los tipos de delitos sexuales, pero se abordarán los tres principales, debido a que estos abarcan juntos todas las características.

Es importante comentar, que debido al grave problema que existe en Venezuela en cuanto al atraso legislativo, prácticamente ha quedado en manos de la doctrina y jurisprudencia la definición y los pormenores de cada delito sexual.

### **- Actos lascivos:**

Grisanti Aveledo (2009) los define de la siguiente manera “Actos Lascivos son las acciones que tienen por objeto despertar el apetito de lujuria, el deseo sexual, a excepción de la conjunción carnal. Pueden considerarse como tales, entre otros, los tocamientos y manoseos libidinosos, los frotamientos, el coito inter-femora, la masturbación y otros”

La definición aportada por Grisanti es acertada porque estos actos no tienen otros requisitos fundamentales más que el contacto físico entre dos cuerpos de manera dolosa. Son acciones realizadas por el sujeto activo para tratar de estimular la lujuria y deseo en un sujeto pasivo, cuyo delito no requiere para su configuración el uso de violencia o intimidación. En Venezuela, como producto del atraso antes señalado, la legislación tanto general como especial exige que estas acciones deben estar respaldadas por los medios de violencias o amenazas, presentándose un problema fundamental: deja impune a los actos que se pudieran desarrollar aprovechándose de otros medios que no fueran los antes señalados.

## **Conceptos en la legislación venezolana**

Código Penal:

Está establecido en el artículo 376; “El que valiéndose de violencia y amenazas, aprovechándose de la situación propuesta en el artículo 374 pueden cometerse actos lascivos”. Es entonces como se ha señalado que el código penal establece como requisitos indispensables la existencia de violencia o amenazas, presentándose un problema fundamental; Los conceptos no son contestes con la definición real de actos lascivos, provocando así una especie de inseguridad jurídica, y abriendo la posibilidad de mantener una situación constante de impunidad a todas aquellas personas que sí ejecutaren actos que pretendan estimular la lujuria en ellos mismos como en terceros.

En la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia:

El delito se encuentra establecido en el artículo 45 de dicha ley, y al igual que el Código Penal el legislador también establece como requisito el uso de amenazas y violencia. Debido a la repetición del error, se configura la misma situación de inseguridad, y una especie de “laguna” jurídica dónde se dejan impune la conducta que se considera atípica en sí; la búsqueda de la estimulación sexual propia y del agraviado, por la no realización de condiciones que son innecesarias para la realización material del agravio al bien jurídico protegido. Con la salvedad que en el último aparte del artículo pena el supuesto que se cometan actos lascivos en perjuicio de una niña o adolescente, sin la necesidad de ejecutar amenazas o violencia, pero que se cumpla la condición de existencia de parentesco o autoridad.

Respecto a los niños y adolescentes como sujetos pasivos del delito de actos lascivos en la Ley de Protección no hay una disposición específica pero se

puede encuadrar dentro de los abusos sexuales que no implican penetración, ya que legalmente solo tiene como requisito “Quien realice actos sexuales con un niño o niña, o participe en ellos, será penado o penada con...” Luego vienen los tipos especiales como el abuso con penetración, entonces no existe un acto lascivo como tal en la LOPNNA. Una vez más legislador venezolano queda en mora, la desigualdad formal, una pena desproporcionada para un delito que por no estar bien definido y clasificado entonces se ve arrastrado por presupuestos ajenos a su realidad material.

Una vez realizado del articulado sustantivo, abordamos el segundo factor problemático, ¿cómo puede determinar el operador de justicia este ánimo libidinoso? Probarlo es sumamente difícil, depende de cada caso particular pero un común denominador es que la mayoría de estos casos quedan en impunidad por la dificultad probatoria (se resume a palabra contra palabra) o resultan en condenas injustas debido a los prejuicios de un juez que sentencia aun con insuficiencia probatoria.

Es cierto que la psiquiatría asiste en estos casos, dándole o quitándole credibilidad según su criterio profesional, pueden determinar cuando una persona miente, pero existe un margen de error, es una ciencia que entra en el campo de lo subjetivo y cuando los indicadores no son lo suficientemente alarmantes entonces existen factores que se omiten por error, o porque requiere un seguimiento, no escazas consultas mientras dure el proceso. Entonces ¿podemos decir que una persona miente basado en solo una consulta psiquiátrica, de manera suficiente para que resulte en su condena? Debido al tipo de delito comentado, y que su denuncia no en todos los casos se presenta de manera inmediata luego de haber sido perpetrado condiciona el hecho que no siempre el juez puede disponer con un examen forense que informe de las posibles lesiones que pueda sufrir la presunta víctima, contando así únicamente con la declaración de la víctima.

- **Abuso sexual:**

“Todo acto lascivo en el que se implica a otra persona sin su consentimiento o con el consentimiento viciado, sin emplear violencia ni intimidación.” Iberley.es (Los abusos sexuales como modalidad de delito contra la indemnidad y libertad sexual, 2014)

Respecto a esta definición dada por la Sala Penal del Tribunal Supremo Español, debemos destacar la diferenciación que hacen entre los abusos sexuales y las agresiones sexuales. La cual radica en la existencia o no de violencia o intimidación como medios para cometer el delito, ya que las conductas sexuales de unos u otros son las mismas.

En Venezuela el problema conceptual que se presenta en este caso es destacable, ya que una vez más la amenaza y la violencia para constreñir a la víctima está presente como requisito, cuando en su concepto jurídico doctrinario no existe la violencia, tampoco la amenaza, puesto que estos pertenecen a las agresiones sexuales.

**Conceptos en la legislación venezolana**

En la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia: Es evidente la ausencia de este tipo delictual en la legislación especial, pues al igual que en el Código Penal según el artículo 43 es necesario el uso de violencia o amenazas para que sea considerada una conducta antijurídica. El artículo 44 ejusdem, trata de cubrir esta ausencia, sin resultar suficiente pues condiciona enormemente los casos en los que se presenta.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes:

Existe el término “Abuso Sexual” en esta ley, pero con la peculiaridad de que entienden por abuso lo que realmente es un acto lascivo en su artículo 259.

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

Luego nos presenta dos agravantes, sin embargo, el primer aparte define realmente una violación, el abuso como tal no está concebido dentro de nuestra legislación, solo para adolescentes. Estos delitos caen erróneamente debido a nuestra legislación en el marco del tipo actos lascivos.

En España, en su Código Penal dedica su capítulo II, concretamente el artículo 181.1 exclusivamente a los abusos sexuales, establecido así: “El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.” Si no existe consentimiento, o el mismo está viciado, existe un abuso sexual. No basta con solo tener “actos sexuales” puesto que la actividad sexual por sí misma no es punible, sino que se requiere la falta o el vicio de consentimiento ya que en la misma legislación existe una edad para el consentimiento.

#### - **Agresión Sexual:**

Se entiende como agresión sexual al uso de violencias o intimidación para atentar en contra de la libertad sexual de otro individuo. Doctrinariamente se ha clasificado a este delito en diferentes tipos. Teniendo un tipo base el cual comprende la utilización de los medios anteriormente señalados, sin necesidad que exista o se dé el acceso carnal. Y un tipo cualificado el cual está caracterizado por la existencia de acceso carnal, bien sea por vía vaginal, anal y oral. El cual no necesariamente debe ser con el pene, ya que

también admite la introducción de objetos u otros miembros del cuerpo. De igual manera, no se requiere el acceso profundo a las cavidades corporales antes mencionadas, mucho menos la eyaculación para que se termine de configurar el delito.

Cabe acotar que en el caso de la violación la legislación española lo concibe como la forma más agravada de la agresión sexual pues la establece así en el artículo 179 “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”

Se concibe lógica la diferenciación realizada por la doctrina y a su vez adoptada por el Código Penal Español, ya que con ella encuentra una verdadera protección a los bienes jurídicos. Ya que si en un principio se trata de la misma conducta sexual desplegada, los resultados y el daño producido son considerablemente mayor, lo que conllevaría directamente a un aumento de la pena.

La agresión sexual cualificada tiene sus requisitos para la legislación española, la cual considera que para que se hable de agresión sexual debe existir:

- Un contacto físico entre autor y víctima: el contacto debe ser en zonas erógenas, ha de ser de cierta gravedad atendiendo a las circunstancias.
- No es suficiente el contacto corporal: el contacto debe de tener cierta duración, no puede ser fugaz.
- Debe existir un mínimo de resistencia por parte de la víctima.
- Debe existir un elemento subjetivo referido al ánimo: Se debe estar en presencia de un comportamiento lascivo o libidinoso.

## **Conceptos en la legislación venezolana**

Respecto a Venezuela, queda evidenciado, de nuevo el atraso en materia legislativa. Ya que si bien nuestra legislación reconoce la agresión sexual sólo reconoce en la modalidad de violación. En el artículo 374 queda establece: “Quien por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años...”añadiendo al final del artículo una serie de agravantes específicas.

### **Estándar probatorio**

Pizarro Guerrero (2017, p. 40). Nos dice: “Un estándar es un modelo, una referencia, cuando se lo vincula a la prueba es un modelo de referencia que permitiría evitar o reducir el error judicial que ocurre con las condenas a inocentes o absoluciones a culpables.”

Se considera estándares de prueba a los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho, es decir aquellos criterios que indican cuando se puede justificar que se acepta como verdadera la hipótesis. Como resultado, si en la valoración el juez considerara necesitara un estándar probatorio cuantificable en una escala del 1 al 10 ¿Cuántos puntos necesitaría el Juez para dictar una sentencia condenatoria? Teniendo en cuenta, claro está, que en la materia penal está en riesgo la libertad de la persona que está siendo acusada.

Cuando se tratan delitos sexuales el estándar probatorio es más flexible, se requiere menos para probar, se le da un valor preponderante a la declaración

de la víctima, a causa de la posible ausencia de medios probatorios; lo que deja un margen de error muy alto para el error judicial.

Al respecto, el abogado penalista Miguel Pizarro, en su libro Valoración y motivación de la prueba en los delitos sexuales (2017), postula con respecto al estándar probatorio que: “mientras mayor sea la cuantificación de la pena, mayor tiene que ser el estándar probatorio a considerar por el Juez, pues el error el cual es el vínculo que une a esas dos premisas aumenta conforme a ellas.” (p, 41.) Y agrega; para considerar probada en el estándar una hipótesis de culpabilidad debe darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos, que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.
- Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.

Es fundamental acotar la relación directa que tiene el estándar probatorio con los principios de presunción de inocencia del acusado, e *in dubio pro reo*. Dicha relación está marcada por el rol en qué juegan dichos estándares en la sentencia del juez, puestos estos son quienes determinan si un hecho está suficientemente acreditado como para conferirle el carácter de probado. Y a su vez, estas pruebas son las que destruirán o no la presunción de inocencia que tiene el acusado.

Bien, como es conocido el principio de presunción de inocencia está consagrado en la norma constitucional venezolana en el art. 49 numeral 2 y desarrollado en el código orgánico procesal penal en el dispositivo legal

número 8, su fundamento versa sobre que a cualquier persona que se le imputare la comisión de un delito se le presumirá y se le tratará como inocente hasta que sea declarado culpable mediante una sentencia judicial firme. “En efecto, en el contexto de la prueba dentro del proceso penal el derecho de presunción de inocencia obtiene una doble manifestación; como regla probatoria y como regla de juicio.” Reyes Molina, S. (2012, diciembre) Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal. *Valdivia, revista de derecho. Volumen (25)*, p. 238.

Como regla probatoria, esta recae sobre el desarrollo de la actividad probatoria como eje central del proceso, y la necesaria práctica de la misma en pro de las garantías procesales otorgadas al acusado.

Por otra parte, como regla de juicio se concatena con el sistema de valoración establecido por el legislador en Venezuela, la Sana crítica. Entendiéndose que esta debe realizarse sin contradecir los principios de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, implicando así que las pruebas tienen el valor que les asigne el juez según su grado de convicción. Siendo lo realmente importante la motivación del juez, la cual debe describir en que se forjó su certeza la cual debe ser correspondiente con el *quantum* probatorio exigido para una sentencia condenatoria, imposibilitando una condena desde la duda razonable, y mucho menos desde la arbitrariedad.

### **La Víctima**

Otro obstáculo con el que se enfrenta la realidad procesal es que las víctimas normalmente debido a lo abrumador, lo traumático o vergonzoso del evento, tienden a ocultar información, y si bien ya es complicado la recolección de elementos que permitan la reconstrucción de los hechos, si se considera esta situación a dicho acto puede darse el calificativo de gravísimo y perjudicial

para el proceso. Datos cruciales pueden ser omitidos, en ocasiones de manera involuntaria como consecuencia de uno de los mecanismos de defensa natural psicológicos que puede adoptar la persona, provocando que esta suprima selectivamente recuerdos traumáticos por lo tanto son múltiples factores los que se deben tomar en cuenta.

### **El dolo**

Atendiendo a los aspectos subjetivos del delito, este es un problema realmente particular, pues tradicionalmente se ha pretendido probar el dolo en la comisión del delito, trayendo como consecuencia el agravamiento de la pena impuesta pues que se modificaría la calificación del cual. Pero es el momento de preguntarse ¿Se puede probar el dolo? Al respecto Pizarro Guerrero, (2017) citando a Claus Roxin afirma; Que no se puede probar el dolo, puesto que este no existe en la cabeza de las personas a la hora de llevar acabo determinadas acciones. Todo lo contrario, el dolo se forma en la cabeza del juez. Una vez más Pizarro Guerrero (2017) citando esta vez a Cuello Contreras, elabora la definición de dolo la cual explica: “El conocimiento de las circunstancias que realizan el tipo objetivo de in-justo a través de la acción llevada a cabo por el autor, de quien se exige que conozca el significado de su acción como acción”.

Por lo tanto resulta pertinente el plantearse ¿Qué es lo que se prueba? Lo que se busca probar para determinar la culpabilidad del imputado son los conocimientos que este pudiese tener con respecto a su acción y consecuencias al momento de la realización del hecho punible. Planteándose la hipótesis de que el imputado ha tenido relaciones sexuales con una adolescente y esta haya concedido consentimiento para ello, consentimiento el cual está viciado de nulidad pues tratándose de una presunción iure de iure, así está establecido legalmente, lo que debería ser el objeto de la prueba es; ¿Este ha tenido conocimiento que se trataba de una persona que

no ha conseguido su mayoría de edad? O simplemente concurrió en un error de tipo pensando que estaba con una mayor de edad, atendiendo a elementos como su aspecto, su vestimenta, el contexto bajo el cual conoció a esta joven.

Es por ello que en ocasiones resulta extremadamente complicado el hecho de probar el elemento subjetivo, en el caso de los delitos sexuales, sería el animus libidinoso. Como se ha mencionado anteriormente, probarlo no es imposible pero sí, sumamente difícil, y se tiene un amplio margen de error, en incurrir tanto en un falso positivo, como en un falso negativo.

### **Determinación de la minoría de edad para el derecho penal.**

Al respecto, Pizarro Guerrero, M. (2017) Hace la siguiente observación: “En materia de Niños, niñas y adolescentes existe, una homologación errónea al equiparar al incapaz con el adolescente o niño, la cuestión o problemática subsiste ya que se toma la incapacidad establecida en materia civil, sin considerar las características que corresponden a cada una”. Si bien es cierto que civilmente están considerados incapaces para realizar actos jurídicos, el motivo de su incapacidad no es aplicable para materia penal, pues si bien un entredicho tiene una condición especial por adolecer de un defecto cognitivo grave, los niños niñas y adolescentes son declarados incapaces en virtud de proteger sus intereses jurídicos, más sin embargo existen adolescentes y niños que si son conscientes de sus actos, que pueden realizar actos sexuales a sabiendas de lo que conlleva y aun así lo lleva a cabo. Ej.: caso James Bulger, donde dos niños fueron sentenciados a prisión indefinida por el asesinato de otro niño de dos años de edad. Transportando esto al plano de lo sexual lo concatenamos con el consentimiento.

## **BASES LEGALES**

### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999): De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías:**

Del **artículo 26** de la Tutela Judicial efectiva; Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

En el **artículo 49** Constitucional del debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso por tanto:

- Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
- acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.
- Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

### **CÓDIGO PENAL DE VENEZUELA (2011) GACETA OFICIAL 39.818**

**Artículo 374.** Quien por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el

responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años. Si el delito de violación aquí previsto se ha cometido contra una niña, niño o adolescente, la pena será de quince años a veinte años de prisión.

La misma pena se le aplicará, aun sin haber violencias o amenazas, al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo:

1. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.
2. O que no haya cumplido dieciséis años, siempre que para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima.
3. O que hallándose detenida o detenido, condenada o condenado, haya sido confiada o confiada la custodia del culpable.
4. O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido.

Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley, ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.

**Artículo 376.** El que valiéndose de los medios y aprovechándose de las condiciones o circunstancias que se indican en el artículo 374, haya cometido en alguna persona de uno u otro sexo, actos lascivos que no tuvieren por objeto del delito previsto en dicho artículo, será castigado con prisión de seis a treinta meses.

Si el hecho se hubiere cometido con abuso de autoridad, de confianza o de las relaciones domesticas la pena de prisión será de uno a cinco años, en el caso de violencias y amenazas; y de dos a seis a años en los casos de los numerales 1 y 4 del artículo 374.

## **DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY DEL CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL (2012), GACETA OFICIAL 6.078**

Artículo 8. (Presunción de Inocencia): Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme.

Artículo 22. (Apreciación de las Pruebas): Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.

## **LEY ORGANICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA**

Artículo 43. (Agresión Sexual) Quien mediante el empleo de violencias o amenazas constriña a una mujer a acceder a un contacto sexual no deseado que comprenda penetración por vía vaginal, anal u oral, aun mediante la introducción de objetos de cualquier clase por alguna de estas vías, será sancionado con prisión de diez a quince años.

Artículo 44. Incurrir en el delito previsto en el artículo anterior y será sancionado con pena de quince a veinte años de prisión, quien ejecute el acto carnal, aun sin violencias o amenazas, en los siguientes supuestos:

1. En perjuicio de mujer vulnerable, en razón de su edad o en todo caso con edad inferior a trece años.

2. Cuando el autor se haya prevalido de su relación de superioridad o parentesco con la víctima, cuya edad sea inferior a los dieciséis años.
3. En el caso que la víctima se encuentre detenida o condenada y haya sido confiada a la custodia del agresor.
4. Cuando se tratare de una víctima con discapacidad física o mental o haya sido privada de la capacidad de discernir por el suministro de fármacos o sustancias psicotrópicas.

Artículo 45. (Actos Lascivos) Quien mediante el empleo de violencias o amenazas y sin la intención de cometer el delito a que se refiere el artículo 43, constriña a una mujer a acceder a un contacto sexual no deseado, afectando su derecho a decidir libremente su sexualidad, será sancionado con prisión de uno a cinco años. Si el hecho se ejecuta en perjuicio de una niña o adolescente, la pena será de dos a seis años de prisión.

## **LEY ORGANICA PARA LA PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Artículo 259. (Abuso sexual a niños y niñas) Quien realice actos sexuales con un niño o niña, o participe en ellos, será penado o penada con prisión de dos a seis años.

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

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

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

Artículo 260. (Abuso sexual a adolescentes) Quien realice actos sexuales con adolescente, contra su consentimiento, o participe en ellos, será penado o penada conforme el Artículo anterior.

## **CODIGO PENAL DE ESPAÑA**

Artículo 178. (Agresión Sexual) El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.

Artículo 179. (Agresión sexual agravada) Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.

Artículo 181. (De los abusos sexuales)

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.a o la 4.a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.

Artículo 182. (Engaño sexual y agravante)

1. El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.<sup>a</sup>, o la 4.<sup>a</sup>, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

Artículo 183. (Abuso sexual en menores de 13 años)

1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
  - b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
  - c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
  - d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
  - e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.
  - f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.
5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Cuando los delitos sexuales se tratan en el ámbito procedimental de nuestro sistema penal existe una tendencia a la inmediata parcialidad hacia la víctima, una reprochabilidad innata hacia el involucrado (imputado, acusado, investigado) y el problema de la prueba. Quizá si la naturaleza humana permitiera que la verdad absoluta sea dicha y no una verdad procesal que solo se consigue respetando el proceso, entonces el juez tendría inequívoca razón al sentenciar sin una prueba material perfecta, por ejemplo, los fluidos corporales del involucrado dentro de la víctima, y así respetar y hacer valer los derechos de ambas partes. Algunos autores afirman que no existe ninguna violación en el canon de suficiencia para destruir la presunción de inocencia cuando le son respetados todos los derechos al involucrado en el proceso, aunque esto no es preciso porque el problema no radica en la violación de derechos per se sino en la imposibilidad material de obtener la fuente de prueba necesaria para determinar la autoría.

Si el sujeto no se puede determinar con seguridad y se reconstruyen unos hechos basado únicamente en el testimonio de las partes entonces estamos ante el problema principal de la prueba. Se ha dicho que la naturaleza del delito conlleva a estos obstáculos, pero no es suficiente, no cuando el bien en juego es la libertad.

Dentro del ámbito de la legislación venezolana se puede presentar la siguiente situación: “sujeto A presuntamente realiza un tocamiento sobre adolescente B, no existe ningún otro elemento de convicción, solo las declaraciones de ambas partes, el tocamiento fue sin violencia ni amenaza, pero el delito contemplado es Abuso Sexual”.

En el ejemplo anterior ya podemos ver el primer obstáculo para la defensa, puesto que ese no es el delito, en caso de ser cierto, serían Actos Lascivos, entonces el involucrado se ve arrastrado a un tipo penal más grave, con una pena más cuantiosa y un impacto social más profundo. Esto sucede muy frecuentemente ya que desde el punto de vista del delito hay una marcada diferencia entre lo que el autor debe hacer para configurar los delitos, en los actos lascivos basta con un tocamiento libidinoso, en cambio el abuso sexual puede llegar al punto de introducir objetos o miembros en la víctima, por lo que es menester atender este problema, debe corregirse la redacción, crear un tipo delictivo nuevo y apropiadamente delimitado.

Si el problema de probar estos delitos existe a causa de la naturaleza de los mismos entonces debe existir un punto medio que no involucre la despenalización de una conducta reprochable por su imposibilidad probatoria, y tampoco la aplicación injusta de un tipo penal que abarca más de lo que debería, el Estado está en mora con todos los ciudadanos alguna vez involucrados en un delito de actos lascivos que fueron erróneamente expresados por el ministerio público como Abusos Sexuales ya que se le imposibilita adecuar los hechos al derecho.

En Venezuela se trata el bien jurídico a proteger de una forma distinta puesto que se refiere a la indemnidad sexual únicamente, esto ha causado que se reduzca considerablemente el desarrollo doctrinal al respecto; en los procesos penales se plantean hechos que no determinan verdaderamente la autoría, pero aun así logran sentencia condenatoria, lo cual es contradictorio con la finalidad de la ley y la justicia pero es palpable en la realidad, la parcialidad, el derecho penal de autor, y jueces viciados por unos esquemas sociales que nublan su criterio.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Rivera, R. (2011). *Las pruebas en el derecho venezolano, civil, penal, oral, agrario, laboral y de LOPNNA*. (6<sup>ta</sup> ed.) Barquisimeto-Venezuela: Editorial J. Rincón. Fecha de consulta: 15/09/2018.
- Bustos Ramírez, J. (2008) *Derecho Penal Especial*, 2da Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Leyer. Fecha de consulta: 15/09/2018.
- Pizarro Guerrero, M, (2017) *Valoración y Motivación de la prueba en los Delitos Sexuales*, 1era Edición. Lima, Perú. Editorial Grijley. Fecha de consulta: 20/09/2018
- Valdivia (2012), *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXV. Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal. Chile. Fecha de consulta: 20/09/2018
- Carnelutti, F. (1997). *Instituciones del Derecho Procesal Civil*. (Vol.3) México: Editorial Harla. Fecha de Consulta: 17/09/2018
- Grisanti, A. (2009). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial: Delitos contra las personas, delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias*. (23<sup>a</sup> ed.) Valencia-Venezuela: Editorial Albesa. Fecha de Consulta: 18/09/2018
- Iberlery.es (2014) *Los abusos sexuales como modalidad de delito contra la libertad e indemnidad sexual*. Artículo Jurídico. Recuperado en: <https://www.iberley.es/temas/regimen-juridico-delito-abusos-sexuales-48201> Fecha de consulta: 09/09/2017
- Rondón, J. (2006) *Delitos Sexuales*. Artículo Jurídico. Recuperado en: <http://derecho-venezolano.blogspot.com/2006/12/delitos-sexuales.html> Fecha de consulta: 19/09/2017.
- Diccionario de la Real Academia Española Versión on-line. Disponible en: <http://www.rae.es>. Fecha de consulta: 15/09/ 2018.

Código Penal Español. Texto legal Recuperado en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Fecha de consulta: 09/09/2018 Fecha de Consulta: 16/09/2018

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

Código Orgánico Procesal Penal. (2.012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 6.078 (Extraordinario), junio 15, de 2.012.

Código penal de Venezuela. Gaceta oficial N° 39.818 del 12 de Diciembre del 2011.