

La prueba anticipada en los delitos de violencia sexual en Colombia como herramienta para
prevenir la revictimización de niños, niñas y adolescentes

MARÍA CAMILA TORRES SILVA

Trabajo de Grado para optar el Título de abogada

Director

ANA MILENA GARCÍA VALBUENA

Abogada Magister en Derechos Humanos

Tutor

GERSON YESID BUITRAGO JIMÉNEZ

Abogado especialista en derecho penal

Universidad Industrial de Santander

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho y Ciencia Política

Programa Académico de Derecho

Bucaramanga

2022

Agradecimientos

Primeramente, doy gracias a Dios todo poderoso.

A mi familia por apoyarme, motivarme y acompañarme durante todo este proceso.

A la Universidad Industrial de Santander, por permitirme ser miembro de tan excelente institución y por brindarme las mejores herramientas para la culminación de esta meta.

A la Fiscalía General de la Nación, por abrir sus puertas, permitir la realización de mis prácticas en la institución y brindarme el apoyo de sus funcionarios, excelentes personas y profesionales.

A la profesora Ana Milena García, directora del presente trabajo de grado, por su acompañamiento, profesionalismo, apoyo y orientación en el desarrollo del proyecto.

A cada uno de los docentes, compañeros y conocidos que hicieron parte de este proceso, quienes me orientaron, enseñaron e influyeron en mi formación y durante este camino para obtener el título de abogada.

Tabla de contenido

	Pág.
Introducción	8
1. Planteamiento del Problema Jurídico de Investigación	15
1.1 Pregunta problema	18
2. Objetivos	19
2.1. Objetivo General	19
2.2. Objetivos Específicos	19
3. Marcos de Referencia	20
3.1. Marco de Antecedentes	20
3.2. Marco Teórico	29
3.3. Marco Conceptual	31
4. CAPÍTULO I : Regulación de la prueba anticipada en el sistema penal acusatorio colombiano.....	47
5. CAPÍTULO II : Análisis de la práctica de la prueba anticipada en la Fiscalía 02 Seccional CAIVAS, juicios de la ciudad de Bucaramanga	59
6. CAPÍTULO III : Diagnóstico del déficit de implementación de la prueba anticipada en los delitos de violencia sexual.....	68

7. CAPÍTULO IV : Ventajas del instituto jurídico de la prueba anticipada en los delitos de violencia sexual	75
8. CAPÍTULO V : Derecho comparado: Perú y Panamá	80
8.1. Perú	81
8.2. Panamá	88
9. CAPÍTULO VI : Aporte teórico	93
10. Conclusiones	95
Referencias Bibliográficas	97

Glosario

CAIVAS: Centro de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual de la Fiscalía General de la Nación, “modelo de gestión interinstitucional e interdisciplinario encaminado a reestablecer de manera inmediata todos los derechos vulnerados a la víctima y evitar que este tipo de conductas se repitan” (<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/servicios-de-informacion-al-ciudadano/centros-de-atencion-ciudadana/>).

Déficit: Falta o escasez de algo (RAE).

Delito: Acción u omisión realizada de forma voluntaria o involuntaria que contraria el ordenamiento jurídico y conlleva a la imposición de una sanción o pena.

Derecho comparado: Disciplina que contrasta instituciones o figuras jurídicas de distintos ordenamientos con el fin de profundizar conocimientos y confrontar las semejanzas y diferencias

Instituto jurídico: Conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que regulan relaciones jurídicas de una misma clase.

Jurisprudencia: Es una fuente del derecho, compuesta por un conjunto de decisiones judiciales, que comparten un mismo criterio sobre la interpretación y aplicación de un ordenamiento jurídico; crea parámetros para la resolución de problemas jurídicos semejantes.

Precaver: Prevenir un riesgo, daño o peligro (RAE).

Prueba: Instrumento con el que se pretende mostrar la verdad, lograr el convencimiento del Juez y fundamentar la resolución judicial que decide el litigio.

Resumen

Título: La Prueba Anticipada En Los Delitos De Violencia Sexual En Colombia Como Herramienta Para Precaver La Revictimización De Niños, Niñas Y Adolescentes*

Autor: María Camila Torres Silva**

Palabras Clave: Prueba anticipada, revictimización, menores víctimas de delitos sexuales, contradicción e intermediación.

Descripción:

Si bien en el proceso penal colombiano la única actividad probatoria válida es la que se lleve a cabo en sede de juicio oral, respetando los principios de intermediación, contradicción y publicidad, entendiéndose que se deberá introducir la prueba dentro del proceso para el conocimiento del juez y para que así se pueda impartir una decisión dentro del juicio, en aras de precaver la posible pérdida o alteración del medio de prueba se implementó la prueba anticipada, como una excepción a la regla general.

El instituto jurídico de la prueba anticipada en Colombia está contemplado en los artículos 154, 274, 284 y 285 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), en los cuales a grandes rasgos es definido como aquel medio de prueba pertinente que puede ser solicitado por el Fiscal General o el Fiscal delegado, por la defensa, el Ministerio público (en los casos del artículo 112 del C.P.P, es decir cuando ejerza funciones de policía judicial) o por la víctima (adición de la sentencia C-209 de 2007); siempre y cuando existan motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, o que se trate de investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar (adición de la ley 1959 de 2019), en síntesis está orientada a la conservación del medio de prueba, a la búsqueda de la verdad y a la realización de la justicia material.

Sin embargo, en la práctica jurídica se ha presentado una disparidad de criterios sobre la valoración que debe dársele a las declaraciones rendidas por la víctima antes del juicio oral, lo cual ha llevado a una escasa práctica de la prueba anticipada, aunque el precedente jurisprudencial ha señalado que la misma se ajusta a la Constitución y la ley, y resulta ser el único medio que permite un adecuado punto de equilibrio entre la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, y los del acusado, y permite obtener una mejor evidencia para alcanzarse una justicia pronta y eficaz.

* Trabajo de Grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Programa académico de Derecho. Directora: Ana Milena García Valbuena. Abogada Magister en Derechos Humanos. Tutor: Gerson Yesid Buitrago Jiménez. Abogado especialista en derecho penal.

Abstract

Title: The anticipated proof in the crimes of sexual violence in Colombia as a tool to prevent revictimization of boys, girls and adolescents**

Author: María Camila Torres Silva**

Key Words: Anticipated proof, revictimization, minor victims of sexual crimes, contradiction and immediacy.

Description:

Although in the colombian penal process the only valid evidentiary activity is the one that is carried out in the oral trial, respecting the principles of immediacy, contradiction and publicity, understanding that the evidence must be introduced within the process for the knowledge of the judge and so that a decision can be given within the trial, in order to prevent the possible loss or alteration of the means of evidence, the anticipated proof was implemented, as an exception to the general rule.

The legal institute of anticipated proof in Colombia is contemplated in articles 154, 274, 284 and 285 of the Law 906 de 2004 (Penal Procedure Code), in which it is defined as that pertinent means of evidence which can be requested by the General Prosecutor or the Delegate Prosecutor, the defense, the Public Ministry (in the cases of article 112 of the C.P.P, that is, when exercising judicial police functions) or by the victim (addition of the judgment C-209 of 2007); provided there are well- founded reasons and of extreme necessity and to avoid the loss or alteration of the evidence, or in the case of investigations that are carried out for the crime of domestic violence (addition of the Law 1959 of 2019), in summary it is oriented to the conservation of the means of proof, to the search for the truth and to the realization of material justice.

However, in legal practice there has been a disparity of discretion has been presented regarding the assessment that should be given to the statements made by the victim before the oral trial, which has led to little practice of early evidence, although the jurisprudential precedent has indicated that it conforms to the Constitution and the law and turns out to be the only means that allows for an adequate point of balance between the protection of the rights of children and adolescents who are victims of sexual crimes, and those of the accused, and allows obtaining better evidence to achieving prompt and effective justice.

*Degree Work

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Programa académico de Derecho. Directora: Ana Milena García Valbuena. Abogada Magister en Derechos Humanos. Tutor: Gerson Yesid Buitrago Jiménez. Abogado especialista en derecho penal.

Introducción

El sistema penal acusatorio colombiano que surgió con la Ley 906 de 2004 se compone de 3 etapas, estas son: etapa preliminar de Indagación, etapa intermedia de Investigación y la etapa de Juzgamiento. La fase de indagación comienza con la noticia criminal y termina con la formulación de la imputación, con la cual se da lugar a la investigación propiamente, la que concluye a su vez con la presentación del escrito de acusación, que da inicio a la etapa de juicio, esta última terminando con la ejecutoria de la sentencia que pone fin al proceso penal.

El ejercicio de la acción penal en Colombia está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, entidad encargada de realizar las investigaciones cuando se despliegan comportamientos que revisten características de delitos y existen circunstancias fácticas que indiquen su posible comisión.

Para el cumplimiento de la labor investigativa y de indagación la Fiscalía y las autoridades de policía judicial adelantan un plan metodológico, que como señala Avella (2007) incluye actos urgentes como inspecciones, entrevistas e interrogatorios.

Preciso es entonces resaltar la trascendental importancia de esta fase inicial de investigación en la que el fiscal, y la policía judicial, cuentan con las importantes herramientas de investigación que ofrece el Código de Procedimiento Penal, para recolectar los elementos materiales probatorios que le permitan establecer la materialidad del hecho e identificar al responsable del comportamiento para judicializarlo y obtener un fallo de responsabilidad penal.

El fiscal deberá orientar la investigación mediante órdenes a policía judicial tendientes a recolectar elementos de juicio que permitan adoptar una decisión de fondo, lo que hará cuando

cuenta con la base de persuasión y suficientes elementos materiales probatorios, evidencia física o información legal, que le permitan sustentar, según el grado de conocimiento requerido, aplicar un determinado supuesto normativo, esto es, imputar, acusar, e incluso precluir o archivar la actuación.

La duración de la etapa de indagación estará determinada por la obtención de elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida, que permita edificar inferencia en nivel de motivos razonablemente fundados respecto de la existencia de la conducta punible como de la autoría o participación, etapa en el cual lo procedente es la formulación de la imputación.

Es así como del análisis de la estructura procesal penal colombiana, se puede evidenciar que la investigación y la prueba representan los dos grandes pilares sobre los que se sustenta el proceso penal, al entenderse probar como la actividad procesal dirigida a lograr la convicción del juez sobre la existencia del hecho punible y sobre la posible responsabilidad penal del acusado; en ese sentido, la prueba es esencial en el proceso, pues justifica y fundamenta la resolución judicial que decide el litigio.

Es importante mencionar que toda prueba para ser decretada debe cumplir tres requisitos intrínsecos: i) pertinencia, ii) utilidad y iii) conducencia. Durham (2020) define estos requisitos así:

La pertinencia comprende la trascendencia del hecho que se pretende probar (que sea tema de prueba) y la relación del medio de prueba con ese hecho. La conducencia por su parte, se refiere a una cuestión de derecho, esto es, autorización legal para su práctica. La utilidad en cambio, se refiere al aporte en concreto de la prueba al objeto de la investigación, en

oposición a lo superfluo o intrascendente. El tema de prueba de un proceso penal está entonces estructurado por los hechos o circunstancias relevantes (conducta punible) para la aplicación de las consecuencias jurídicas consagradas en las normas seleccionadas por las partes como soporte jurídico de sus respectivas teorías del caso (p.94).

Es por esto que, en Colombia como regla general, la única actividad probatoria válida será la que se lleve a cabo en sede de juicio oral, respetando los principios de inmediación, contradicción y publicidad, entendiéndose que se introduce la prueba dentro del proceso para el conocimiento del juez y para que así se pueda impartir una decisión dentro del juicio. No obstante lo anterior, en aras de precaver la posible pérdida o alteración del medio de prueba se creó e implementó la prueba anticipada, una excepción al principio de concentración en la práctica de pruebas, que tiene lugar exclusivamente cuando se encuentren motivos fundados, de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, o cuando se trate de investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar.

Empero lo anterior, la regulación de la prueba anticipada no tiene en consideración a la víctima, a aquellos que han sufrido un daño como consecuencia del hecho punible, sino al medio de prueba en sí mismo; es solo hasta el año 2019, con la Ley 1959 que se incorpora de manera explícita la aplicación de esta prueba al delito de violencia intrafamiliar, regulación que empezó a centrar su atención en la víctima y sus circunstancias sociales, como i) la revictimización, ii) el riesgo de violencia o manipulación, iii) la afectación emocional del testigo, o iv) la dependencia económica con el agresor.

Es por esto que en el presente trabajo nos ocuparemos de la mencionada prueba anticipada, la cual está consagrada en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal,

que se define como aquel medio de prueba pertinente que se práctica durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral y se efectúa cuando existen determinadas circunstancias excepcionales que impiden que la prueba se pueda practicar en el juicio oral, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Esta prueba debe cumplir una serie de requisitos, entre estos que sea practicada ante el juez de control de garantías, que sea solicitada por el Fiscal General o el Fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público y que se surta en audiencia pública y con observancia de las reglas de contradicción previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

Es preciso señalar, que aun cuando la Ley 1959 de 2019 adicionó al artículo 284 del Código de Procedimiento Penal sobre la prueba anticipada, la posibilidad de solicitar la misma cuando se trate de delitos de violencia intrafamiliar, teniendo en consideración a la víctima y propendiendo por su protección, la norma no cobija supuestos de violencia sexual, y por tanto en el marco de este delito la prueba anticipada no configura una herramienta para precaver la revictimización, por tanto el objeto de este trabajo es establecer si existe un déficit de protección en la materia, que haga indispensable una regulación diferencial para la prueba anticipada en materia de delitos sexuales, pues al no existir extrema necesidad o riesgo de pérdida o alteración del medio probatorio, no se podría solicitar la misma y tendría la víctima que comparecer a juicio, recordar y narrar públicamente el hecho que afectó su libre formación sexual, siendo sujeto de revictimización.

La prueba anticipada, aunque está regulada en el Código de Procedimiento Penal como una circunstancia excepcionalísima prevista por el legislador, orientada entre otros aspectos, a la búsqueda de la verdad real y a la realización de la justicia material, no ha sido frecuentemente

usada en Colombia, por el contrario, se ha presentado una disparidad de criterios sobre la valoración que debe dársele a las declaraciones rendidas por la víctima antes y durante del debate probatorio ante el juez, al aplicarla e introducirla como prueba de referencia y no como prueba anticipada.

En este punto es importante mencionar que las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba y por tanto sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia. Como excepciones a la regla general se tienen los eventos de admisión de declaraciones anteriores como medios de prueba, como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que declara el testigo en juicio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP606-2017. Rad No.44950).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones ha analizado los eventos en que las víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia son menores de edad y cuya declaración rendida por fuera de juicio se hace necesario incorporar, porque su comparecencia a juicio puede generar graves perjuicios a sus derechos o por causas como presiones al interior de su círculo familiar, circunstancia que puede afectar o alterar la declaración como medio probatorio y la no incorporación de esta declaración no permite desvirtuar la presunción de inocencia, ni acercar al juez al conocimiento sobre los hechos para decidir sobre la responsabilidad penal del procesado; teniendo en cuenta que al ser delitos que normalmente ocurren a puerta cerrada y sin testigos, los medios probatorios son escasos y las declaraciones se reducen únicamente a la de la víctima. En estos casos la Corte ha optado por utilizar como prueba de referencia admisible la declaración anterior del menor que no está disponible para rendir

testimonio en el juicio oral por diversas causas, un ejemplo de estos casos se da en las sentencias: 24468 del 30 de marzo de 2006; la 29609 del 01 de septiembre de 2008, la SP606-2017 del 25 de enero de 2017, entre otras.

Sin embargo, los operadores judiciales han desconocido que taxativamente el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 prohíbe fundamentar la condena exclusivamente en pruebas de referencia y que esta prueba al ser excepcional no impide que en juicio se solicite la declaración de la víctima, cosa que a su vez incrementa la revictimización, al someterlas a nuevos episodios de violencia física o moral, afectando de manera directa sus derechos y contrariando la constitución política y los preceptos legales.

Bedoya (2008) expone como posible solución a los casos en que son víctimas menores de edad o en los que se hace necesario el testimonio de un menor sin que sea este la víctima directa.

Acudir a la figura de la prueba anticipada, como mecanismo para lograr un punto de equilibrio entre los derechos de los niños, la especial protección que debe dárseles por mandato constitucional y el derecho de contradicción que tiene el acusado. Esta diligencia podría ser practicada utilizando la cámara de gesell, adoptando las medidas necesarias para aminorar el perjuicio que pueda recibir el menor a causa de su comparecencia como testigo y evitando a su vez la revictimización (p.115).

Bajo esta premisa, es que se hace necesario analizar si existe un déficit en la regulación de la prueba anticipada en los delitos de violencia sexual en Colombia, argumentarlo y establecer si se requiere de una regulación diferencial en aras de evitar la revictimización, respetando los principios y reglas procesales, los derechos y garantías tanto de la víctima como del procesado;

para ello se pretende estudiar a profundidad la regulación sobre esta prueba, sus requisitos, su uso en la práctica, los eventos que han sido entendidos como “circunstancias excepcionales” para su procedencia, su alcance e influencia en la conservación de la prueba, así como las ventajas que trae su aplicación en los delitos de violencia sexual en aras de evitar la re victimización, la impunidad y la pérdida de medios probatorios.

1. Planteamiento del problema jurídico de investigación

La ley 906 de 2004 reformó el proceso penal en Colombia, instaurando un nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, considerando en todo momento los derechos de las víctimas.

A su vez con el Acto Legislativo No. 03 de 2002 se introducen modificaciones a la Constitución Política de Colombia de 1991, haciendo armónico el nuevo sistema procesal penal con la Constitución Política, entre estas modificaciones se crea la figura del juez de control de garantías, garante de los derechos fundamentales de las partes, quien está facultado para ordenar y practicar de manera excepcional pruebas anticipadas cuando existan motivos fundados sobre el riesgo de conservación de la prueba.

Otra modificación que implementó este acto legislativo fue la transición del principio de permanencia de la prueba propio de la Ley 600 de 2000, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía desde la etapa de indagación tenían validez para fundar una sentencia, hacia los principios de concentración e inmediación, por medio de los cuales la práctica de prueba se lleva a cabo en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías, brindándole así al juicio la dimensión de eje sobre el cual gira la actividad probatoria del proceso penal.

En ese orden, la Fiscalía no practica pruebas en la etapa de indagación e investigación, sino que recauda elementos materiales probatorios que serán presentados al juez como medios de conocimiento, decretados en la audiencia preparatoria, practicados y aducidos en el juicio oral y posteriormente valorados una sentencia.

La construcción de la prueba cambia entonces de escenario, pues los elementos materiales probatorios recaudados durante la investigación, aunque sirven de soporte para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, ya que se deberá soportar en pruebas practicadas durante el juicio oral (Corte Constitucional, Sentencia C - 591 de 2005).

La prueba anticipada es una de las innovaciones del Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004), pues no tiene antecedente en los códigos procesales anteriores. Esta prueba se presenta como una medida extraordinaria para asegurar la prueba con el fin de utilizarla durante la etapa de juicio oral.

La regulación legal de la prueba anticipada se ajusta a los principios de contradicción e inmediación, por cuanto el artículo 284 de la Ley 906 de 2004 consagra que cuando existan motivos fundados y de extrema necesidad, para evitar la pérdida o alteración de un medio probatorio, la Fiscalía, la víctima, la defensa o el Ministerio público, podrán solicitar al juez de control de garantías que ordene y practique una prueba anticipada. Este artículo dispone también que la prueba anticipada se deberá practicar en audiencia pública, observando las reglas propias del juicio para la práctica de las pruebas; contra la decisión de practicar una prueba anticipada proceden los recursos ordinarios y cuando la circunstancia que motivó la práctica de la prueba haya cesado, el juez ordenará la repetición de la prueba anticipada en el desarrollo del juicio oral.

La normativa vigente consagra la prueba anticipada en el proceso penal, como un medio excepcional, que requiere motivos suficientemente razonables, de extrema necesidad y fundados que permitan inferir al juez que el medio probatorio podría ser alterado o que la prueba podría perderse, para que sea admisible su práctica, lo cual resulta insuficiente, porque si se superan los

motivos fundados que dieron lugar a su aplicación, se exige su práctica nuevamente en juicio, dándole prevalencia al medio de prueba y no a la víctima; lo que implica revictimización, máxime tratándose de los delitos que en el presente trabajo se estudiarán, esto es los delitos de violencia sexual, que en la mayoría de los casos tienen como víctima sujetos de especial protección constitucional.

La Rota (s.f) manifiesta que la principal problemática que existe en los delitos sexuales, es la dificultad estructural de conseguir material probatorio convincente, por las características de estos delitos, motivo por el cual afirma que en estos es superior el promedio de sentencias absolutorias.

Es así como de manera específica los delitos de violencia sexual en Colombia merecen una mayor atención, teniendo en cuenta la dificultad de recolección de material probatorio, al ser delitos que normalmente ocurren a puerta cerrada y sin testigos; por ello consideramos preciso que la práctica probatoria en esta materia esté investida de posibilidades que permitan evitar la revictimización y a su vez cumplir el debido proceso probatorio, tales como la prueba anticipada, y que su procedencia no se condicione a la existencia de motivos excepcionales de extrema necesidad o riesgo de pérdida o alteración del medio probatorio, ni deba ser practicada en juicio una vez subsanadas dichas circunstancias.

El concepto de revictimización hace referencia a las múltiples victimizaciones, experiencias que están separadas por el tiempo y realizadas por dos perpetradores diferentes, generando que se produzca una reiterada vulneración de derechos, de la cual puede ser parte el Estado cuando no adopta medidas para precaver dicho riesgo.

Mantilla y Avendaño (2020) distinguen dos tipos de victimización, i) la que se deriva directamente del hecho delictivo, y ii) el resultado de la relación posterior establecida entre la víctima y el sistema jurídico-penal. Esta última tiene lugar durante el proceso penal y puede prologarse a lo largo de la interacción con la policía y el procedimiento legal. Se trata entonces de un sentimiento negativo que aparece ligado a la repetición de la información emocional dolorosa, la falta de empatía y sensibilidad del personal, así como la desinformación y el incumplimiento de expectativas judiciales.

La revictimización es un problema que se presenta en el proceso penal y que merece mayor atención, aun cuando se introdujo a la normativa de prueba anticipada con la Ley 1959 de 2019 una modificación que se enfoca específicamente a las víctimas de los delitos de violencia intrafamiliar, al permitir que cuando se trate de investigaciones que se adelanten por este delito, se pueda solicitar y practicar la prueba anticipada, sin importar las otras causales, como lo son la extrema necesidad o para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; causal que aunque se centra en las víctimas y en la importancia que se le debe dar a su protección, deja a las víctimas de otros delitos desprotegidas, evidenciando un déficit en la normativa, que motiva el presente trabajo que pretende analizar la necesidad de implementar una regulación diferencial y especial que cobije a las víctimas de los delitos de violencia sexual, amparando sus derechos y teniendo en cuenta la sensibilidad de los bienes jurídicos involucrados.

1.1 Pregunta Problema

De acuerdo a lo anterior resulta pertinente analizar si: ¿Es necesario implementar una nueva regulación para la práctica de la prueba anticipada en los delitos de violencia sexual en Colombia para evitar la revictimización y propender por la práctica de la misma?

2. Objetivos

2.1 Objetivo General

Establecer si existe un déficit en la regulación de la prueba anticipada en los delitos de violencia sexual en Colombia para evitar la revictimización, garantizando el debido proceso probatorio.

2.2 Objetivos Específicos

Analizar el marco jurídico nacional sobre prueba anticipada en el proceso penal colombiano y su aplicación en la práctica jurídica.

Estudiar casos que lleven o hayan llevado en la Fiscalía Segunda seccional de CAIVAS-Juicio en donde se evidencie la práctica y funcionamiento de la prueba anticipada en Colombia y su utilidad en los delitos sexuales, teniendo en cuenta la excepcionalidad de su práctica.

Determinar las causas del déficit de implementación de la prueba anticipada en los delitos de violencia sexual.

Identificar las ventajas del instituto jurídico de la prueba anticipada para evitar la revictimización en los delitos de violencia sexual.

Comparar otros ordenamientos jurídicos con el colombiano, a fin de verificar la existencia, analizar la práctica y la normativa relacionada con la prueba anticipada en los delitos de violencia sexual.

Formular una propuesta de regulación de la prueba anticipada que evite la revictimización y garantice la conservación de los medios de prueba en los delitos de violencia sexual en Colombia.

3. Marcos de Referencia (Marco de Antecedentes o estado del arte, Marco Conceptual y Marco Teórico)

3.1 Marco de Antecedentes

La protección de las víctimas de conductas delictivas, ha sido una preocupación de ámbito internacional y Colombia no ha sido la excepción, por esto al referirse al papel de las víctimas, se hace referencia como aquellos que gozan de una protección constitucional reforzada, dada la condición de indefensión en la que se encuentran como consecuencias de los hechos punibles sufridos. Es por esto que se han creado normas en caminadas a garantizar el debido proceso y el acceso a la administración de justicia de las víctimas afectadas por circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, que acuden al aparato jurídico en busca del restablecimiento de sus derechos humanos.

Así mismo, la jurisprudencia en reiteradas ocasiones se ha encargado de adoptar medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de diferentes tipos de delitos y establece mecanismos y herramientas para brindar asistencia, atención y reparación a las víctimas.

Entre la normativa internacional, Naciones Unidas de derechos humanos, Resolución No. 60/147. (Diciembre 10, 2005), se consagra:

1. En el numeral II sobre alcance de la obligación, literal C: Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso

equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación.

(...)

2. En el numeral VI sobre tratamiento de las víctimas: Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

En concordancia, la Declaración Universal de derechos humanos, Resolución 217A (III). (Diciembre 10, 1948), en su artículo 10 establece que:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 68 (Julio 17, 1998) en su numeral 1ro consagra que:

La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos.

Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.

Y el numeral 2do de este mismo artículo dispone que:

Como excepción al principio del carácter público de las audiencias, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales.

En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de violencia sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo.

Por su parte a nivel Nacional encontramos que la Corte Constitucional (Sentencia C-228 de 2002) concedió el estatus de parte a la víctima en el proceso penal, el cual varió de manera sustancial con el Acto Legislativo No. 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, donde se consideró que, por las características del propio sistema acusatorio, la víctima como parte, no tenía cabida, toda vez que se trata de un sistema adversarial donde solamente son partes procesales el acusador y la defensa. En esta medida, la participación de la víctima se vio reducida a unos pocos escenarios,

especialmente al ejercicio del incidente de reparación integral, y la defensa de sus intereses en el proceso queda en manos de la Fiscalía General de la Nación.

Es así como el Estado deberá garantizar el acceso de las víctimas a la administración de justicia, por lo cual dispuso en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal, 2004) unos derechos con los que cuentan las víctimas, estos son:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno.
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor.
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código.
- d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas.
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas.
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto.
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar.

h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, por un abogado que podrá ser designado de oficio.

i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley.

j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

Pero de manera explícita la Ley 1719 de 2014, por la cual se modifican algunos artículos de las leyes 599 de 2000 y 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, en su artículo 13 consagra los derechos y garantías para las víctimas de violencia sexual, estos son:

1. Que se preserve en todo momento la intimidad y privacidad manteniendo la confidencialidad de la información sobre su nombre, residencia, teléfono, lugar de trabajo o estudio, entre otros, incluyendo la de su familia y personas allegadas. Esta protección es irrenunciable para las víctimas menores de 18 años.

2. Que se les extienda copia de la denuncia, del reconocimiento médico legal y de cualquier otro documento de interés para la víctima.

3. No ser discriminadas en razón de su pasado ni de su comportamiento u orientación sexual, ni por ninguna otra causa respetando el principio de igualdad y no discriminación, en cualquier ámbito o momento de la atención, especialmente por los operadores de justicia y los intervinientes en el proceso judicial.

4. Ser atendida por personas formadas en Derechos Humanos, y enfoque diferencial. Todas las instituciones involucradas en la atención a víctimas de violencia sexual harán esfuerzos presupuestales, pedagógicos y administrativos para el cumplimiento de esta obligación.
5. El derecho a no ser confrontadas con el agresor, a no ser sometidas a pruebas repetitivas y a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad.
6. Ser atendidas en lugares accesibles, que garanticen la privacidad, salubridad, seguridad y comodidad.
7. Ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación, directa o sobre sus familias o personas bajo su custodia.
8. A que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima.
9. A contar con asesoría, acompañamiento y asistencia técnica legal en todas las etapas procesales y desde el momento en que el hecho sea conocido por las autoridades. Las entrevistas y diligencias que se surtan antes de la formulación de imputación deberán realizarse en un lugar seguro y que le genere confianza a la víctima, y ningún funcionario podrá impedirle estar acompañada por un abogado o abogada, o psicóloga o psicólogo. Se deberán garantizar lugares de espera para las víctimas aislados de las áreas en las que se

desarrollan las diligencias judiciales, que eviten el contacto con el agresor o su defensa, y con el acompañamiento de personal idóneo.

10. A que se les brinde iguales oportunidades desde un enfoque diferencial, para rendir declaración como a los demás testigos, y se adopten medidas para facilitar dicho testimonio en el proceso penal.

11. A que se considere su condición de especial vulnerabilidad, atendiendo a su condición etaria, de discapacidad, pertenencia a un grupo étnico, pertenencia a poblaciones discriminadas o a organizaciones sociales o colectivos que son objeto de violencia sociopolítica, en la adopción de medidas de prevención, protección, en garantías para su participación en el proceso judicial y para determinar su reparación.

12. La mujer embarazada víctima de acceso carnal violento con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, deberá ser informada, asesorada y atendida sobre la posibilidad de continuar o interrumpir el embarazo.

En el mismo sentido la Corte Constitucional (Sentencia C-591 de 2005), señaló que:

(...) Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial

debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales.

El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005).

De otra parte, la prueba anticipada se encuentra regulada en los artículos 154, 274, 284 y 285 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal, 2004), en los que se consagra de manera general que la prueba anticipada se practicará en audiencia preliminar ante el Juez de Control de Garantías a solicitud de la Fiscalía General de la Nación o fiscal delegado, la defensa

del procesado, el Ministerio Público (en los casos del artículo 112 del C.P.P, es decir cuando ejerza funciones de policía judicial) o por la víctima (adición de la sentencia C-209 de 2007); siempre y cuando existan motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, o que se trate de investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar (adición de la ley 1959 de 2019).

La normativa procesal penal dispone además que se debe practicar la prueba anticipada en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio. Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios, si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que este en el acto reconsidere la medida.

En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral, salvo que se trate de investigaciones por el delito de violencia intrafamiliar, evento en el cual, el juez se abstendrá de repetir la prueba anticipada cuando exista evidencia sumaria de: a) Revictimización; b) Riesgo de violencia o manipulación; c) Afectación emocional del testigo; d) o dependencia económica con el agresor.

En la sentencia C-591 de 2005 la Corte afirma que:

La regulación legal de la prueba anticipada se ajusta al principio de contradicción por cuanto el artículo 284.4 del nuevo C.P.P. dispone que la misma se debe practicar en audiencia pública “y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en

juicio”. De igual forma, de conformidad con el segundo párrafo de la misma norma, contra la decisión de practicar una prueba anticipada “proceden los recursos ordinarios”, y si ésta es negada, la parte interesada podrá acudir de inmediato, y por una sola vez, ante otro juez de control de garantías con el propósito de que éste reconsidere la medida, no siendo su decisión objeto de recurso. Además, en atención al tercer párrafo del artículo 284 del C.P.P., de ser posible, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral. En el caso de la prueba anticipada regulada en el nuevo C.P.P. se tiene que el artículo 284.2 dispone que aquella podrá ser solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112 de la misma normatividad, es decir, en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial. De tal suerte que, en materia de solicitud de práctica de pruebas anticipadas, las normas acusadas constituyen una excepción válida al principio de inmediación, ya que aseguran la vigencia del principio de igualdad de armas” (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005).

3.2 Marco Teórico

El instituto jurídico en el cual se centra el presente trabajo de investigación, es la prueba anticipada en los delitos de violencia sexual en Colombia como una solución a la revictimización. Pero por ser un instituto jurídico tan novedoso, pocos doctrinantes han expuesto e investigado al respecto, por lo que a continuación de manera breve se exponen algunos autores, su opinión y teoría referente a la prueba anticipada en el proceso penal.

Una prueba testimonial practicada antes del juicio oral, tiene la finalidad de conservar la originalidad de la prueba, aprovechar lo reciente de los hechos para que el testigo directo (víctima)

sea claro y veraz con su testimonio; no obstante, existe la posibilidad que quien rindió el testimonio como prueba anticipada sea llamado nuevamente a interrogatorio, como garantía del derecho de defensa y contradicción que le asiste al procesado, quien en su defensa también podrá, inclusive impugnar la credibilidad del testigo en el momento de la práctica de la prueba anticipada; encontrándose así la víctima en dos nefastos escenarios de revictimización, cuando muy probablemente bastaría solo con la práctica de la prueba anticipada que se pueda llevar a juicio (Botero, 2018, p. 9).

Pérez (s.f) afirma que, la prueba anticipada es una excepción al principio de inmediación, porque se forma antes del juicio oral y ante el Juez de control de garantías y no ante el Juez de conocimiento (p.71).

Arias (2007) expone: La prueba anticipada es aquella practicada durante la investigación y hasta antes de instalarse la audiencia de juicio oral, en una audiencia pública en la que la otra parte tiene toda la posibilidad de confrontarla y controvertirla, ante un Juez de Control de Garantías que además de velar por la contradicción, debe comprobar que los presupuestos que se exigen para esa excepcional figura, se constatan. El autor además hace hincapié en la necesidad de que dicha prueba cumpla con las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio, entre estos que sea a solicitud del Fiscal General de la Nación o el fiscal delegado, de la defensa o del Ministerio Público, o también de la víctima; siempre y cuando existan motivos fundados y de extrema necesidad tendientes a evitar la pérdida o la alteración del medio probatorio.

La figura de la prueba anticipada es constitucional en tanto corresponde con el deber que recae sobre la Fiscalía de garantizar la conservación de la prueba y además está sometida a la exigencia de que se configuren circunstancias particulares y excepcionales que hacen urgente la

aplicación de esta medida. En cumplimiento de tal deber, la Fiscalía queda facultada para acudir ante el Juez con funciones de control de garantías para que se practique la prueba anticipada debido a que la prueba corre un inminente riesgo de desaparecer (Arias 2007, p.81).

Por su parte, Blanco, Buenahora y Gómez (2013) exponen que: A fin de identificar la procedencia de la práctica de la prueba anticipada, es necesario demostrar la existencia de los elementos objetivos que se extraen del artículo 284 en su numeral 3, que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. El primer elemento consiste en sustentar el motivo fundado, entendiéndose por él, cualquier circunstancia que lleve a la plena certeza de la imposibilidad de reproducir la prueba en juicio oral.

Un ejemplo de motivo fundado, es la pérdida del testimonio en el tiempo, como mecanismo para evitar la revictimización o segunda victimización. Ello teniendo en cuenta el proceso evolutivo cognitivo del niño, niña y adolescente, el evento traumático experimentado y el tiempo, como factores que influyen en la memoria del NNA, testigo; lo que aumenta la probabilidad de perder el relato de los hechos vividos (Blanco, Buenahora y Gómez, 2013, p.160).

3.3. Marco Conceptual:

El **sistema penal colombiano** es de tendencia acusatorio desde la expedición del Acto legislativo No. 03 de 2002 y la ley 906 de 2004. Entre las principales características de este sistema esta: la separación de funciones entre el ente acusador (que persigue penalmente y ejerce el poder requirente), el imputado (quien puede ejercer el derecho de defensa) y el juez (quien tiene el poder de decisión); la implementación de la oralidad; la práctica de la prueba en el juicio; el principio adversarial y el principio de imparcialidad del juez.

Este Acto legislativo implemento los principios de oralidad, inmediación, concentración, contradicción y publicidad. En cuanto a las etapas de procedimiento, se mantuvo la distinción entre la fase de investigación, encaminada a determinar si hay méritos para acusar y dirigida por la Fiscalía General de la Nación; y la fase de juzgamiento.

Este sistema refleja además las pretensiones democráticas del Estado Social y de Derecho, especialmente las garantías de dignidad humana, libertad e igualdad, con lo que impone una interpretación constitucional de las instituciones de orden procesal.

A su vez con el Acto Legislativo No. 03 de 2002 se introducen modificaciones a la Constitución Política de Colombia de 1991, haciendo armónico el nuevo sistema procesal penal con la Constitución Política, entre estas modificaciones se crea la figura del juez de control de garantías, garante de los derechos fundamentales de las partes, quien está facultado para ordenar y practicar de manera excepcional pruebas anticipadas cuando existan motivos fundados sobre el riesgo de conservación de la prueba.

Otra modificación que implementó este acto legislativo hace referencia al principio de permanencia de la prueba que era propio de la Ley 600 de 2000, por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral, brindándole así al juicio la dimensión de eje sobre el cual gira el proceso penal, al ser el único escenario procesal para la práctica de pruebas.

Es por esto que la Fiscalía no practica pruebas en la etapa de indagación, en esta etapa se encarga es de recaudar elementos materiales probatorios que serán sometidos al juez como medios de conocimiento, practicados en el juicio oral y así mismo incorporados debidamente para sustentar una sentencia.

Actualmente el sistema procesal penal en Colombia está constituido por 3 etapas, estas son: Etapa preliminar de indagación, etapa intermedia de Investigación y etapa de juicio oral.

La etapa preliminar inicia con la noticia criminal y finaliza con la audiencia de imputación. Esta etapa consiste en una actividad de búsqueda realizada por parte de la Fiscalía General de la Nación, concerniente a recaudar suficientes elementos materiales probatorios que permiten inferir si la conducta por la cual se está investigando a una persona, realmente se constituye en una conducta delictiva (Solórzano, 2021).

Una vez la Fiscalía haya recaudado suficientes elementos materiales probatorios, procederá a formular la imputación ante el juez de control de garantías. Sin embargo, si la Fiscalía tiene “conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal “(Código de procedimiento penal, ley 906 de 2004) se procederá a su archivo. El fiscal, oralmente deberá cumplir con el contenido para formular imputación consagrado en el artículo 288 del código de procedimiento penal, además de las situaciones consagradas en el artículo 287 de este mismo código.

La etapa intermedia inicia con la formulación de acusación y finaliza una vez se haya concluido la audiencia preparatoria. Esta etapa se constituye como una garantía inherente al sistema acusatorio, pues compromete a la autoridad jurisdiccional a la realización de un control sobre la etapa preliminar llevada a cabo por el ente acusador. Como lo expresa Whanda Fernández, en esta etapa se pueden encontrar las siguientes funciones:

- 1) La función de verificar la existencia de un hecho punible y la posible autoría del acusado.
- 2) La función negativa de depurar la denuncia de hechos criminales en el sentido de que se evitará que personas inocentes vayan a juicio para obtener una sentencia absolutoria (Fernández, 2006. p. 407).

La etapa intermedia se expone como un estadio de saneamiento, y la repercusión de dicha etapa reside en la realización del control que permite constatar que el criterio de probabilidad de verdad traído a colación por parte de la fiscalía al momento de realizar la acusación, sea suficiente para esclarecer la culpabilidad de la persona sometida a la investigación.

Finalmente se encuentra la etapa de juicio, en la cual se somete a un juzgamiento al acusado, de tal modo que se permita determinar su responsabilidad frente al proceso en cuestión. Se resalta que, en este juicio, es un deber de la fiscalía exponer su teoría del caso, la cual estará encaminada a desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Este deber se encuentra consagrado en el artículo 371 del código de procedimiento penal, por otra parte, para la defensa, la presentación de la teoría del caso es facultativa. Se posibilita además el reconocimiento y la intervención de las víctimas, para encontrar la verdad, la justicia y la reparación.

En esta etapa se practican pruebas cumpliendo con los presupuestos de publicidad, confrontación, contradicción e inmediatez y finaliza con el fallo, que puede ser condenatorio o absolutorio.

Por **prueba** entendemos, a aquel instrumento o conducta que permite al director del proceso (juez) conocer la verdad apoyándose para actuar en derecho y presentar una definición de

fondo. Probar es esencial en el proceso, pues justifica y fundamenta la resolución judicial que decide el litigio.

La investigación y la prueba representan los dos grandes pilares sobre los que se sustenta el proceso penal, comprendiendo probar como la actividad procesal dirigida a lograr la convicción del juez sobre la existencia del hecho punible y sobre la posible responsabilidad penal del acusado, es en stricto sensu la verificación o comprobación de las afirmaciones de hecho que expresan las partes en una litis; en ese sentido, la prueba es esencial en el proceso, pues justifica y fundamenta la resolución judicial que decide el litigio (Moreno y Cortés, 2012. p. 201-203).

Ahora bien, considerando que el presente trabajo se enmarca en el instituto jurídico de la **prueba anticipada**, es importante aclarar a que hace referencia dicha prueba y aunque no hay un concepto definido, se tendrá en cuenta lo consagrado en el Código de Procedimiento Penal para enunciar que esta prueba busca en esencia la conservación de un elemento material probatorio, con el cual se procura la no afectación de derechos fundamentales, pero se ha instituido como una excepción a la regla general de practicar pruebas en audiencia de juicio oral y público.

La prueba anticipada se practicará durante la fase de investigación ante el Juez de Control de Garantías a solicitud de la Fiscalía, la defensa del procesado, el Ministerio público o la víctima, siempre y cuando existan motivos suficientemente razonables, de extrema necesidad y fundados que permitan inferir al juez que el medio probatorio podría ser alterado o que la prueba podría perderse. La prueba será practicada en audiencia pública, para garantizar la inmediación y la contradicción de la misma; teniéndose que practicar con las formalidades previstas para cada medio probatorio y dando la posibilidad de que la contraparte pueda interponer el recurso de apelación.

La inferencia razonable, afirma Durham (2020) permitirá realizar la deducción soportada en los elementos materiales probatorios por parte del funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serias, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.

1. Debe estar soportada en los elementos materiales probatorios, evidencia física o medios de información legalmente obtenidos presentados en audiencia.
2. Debe realizarse una ponderación lógica sobre la seriedad y jerarquía de las diferencias hipótesis.
3. Debe verificarse si se alcanza a deducir con grado de probabilidad que el imputado:
 - Es autor o participe del delito.
 - No comparecerá al proceso o constituye un peligro para la comunidad o puede obstruirse el ejercicio de la justicia.

Según la Constitución Política, Colombia se constituye en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana. De este modo todo el ordenamiento jurídico está sujeto a los principios que de la constitución emanan y la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) no es indiferente, por lo que consagra al Sistema Penal con tendencia

acusatorio, orientado por los **principios generales** de oralidad, publicidad, contradicción, celeridad, inmediación, concentración, presunción de inocencia, entre otros.

De estos principios dos, tienen estrecha relación con la prueba anticipada y han sido tema de discusión por la jurisprudencia al creerse que la prueba anticipada la contraría.

i). **Principio de Contradicción:** Es el derecho que tienen las partes de conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto de las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practique en forma anticipada.

Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministra todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorable al procesado (Const.,1991, artículo 15).

Permite controlar entonces la práctica de pruebas, como el interrogatorio y lograr la comparecencia de testigos que puedan demostrar la teoría del caso y aclarar el objeto de debate.

El principio de contradicción es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa; permite que tanto el conocimiento de la prueba como la decisión sobre la misma y a su vez sobre el proceso penal en curso sean impartidas dentro de una misma unidad de tiempo, es decir dentro del juicio oral y público.

Respecto a este principio la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-591 de 2005 se pronunció afirmando que:

La regulación legal de la prueba anticipada se ajusta al principio de contradicción por cuanto el artículo 284.4 del C.P.P. dispone que la misma se debe practicar en audiencia pública “y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en juicio. De igual forma, de conformidad con el segundo párrafo de la misma norma, contra la decisión de practicar una prueba anticipada “proceden los recursos ordinarios”, y si ésta es negada, la parte interesada podrá acudir de inmediato, y por una sola vez, ante otro juez de control de garantías con el propósito de que éste reconsidere la medida, no siendo su decisión objeto de recurso.

Además, en atención al tercer párrafo del artículo 284 del C.P.P., de ser posible, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral.

En el caso de la prueba anticipada regulada en el nuevo C.P.P. se tiene que el artículo 284.2 dispone que aquella podrá ser solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112 de la misma normatividad, es decir, en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial. De tal suerte que, en materia de solicitud de práctica de pruebas anticipadas, las normas acusadas constituyen una excepción válida al principio de inmediación, ya que aseguran la vigencia del principio de igualdad de armas” (Corte Constitucional, Sentencia C - 591 de 2005).

ii). **Principio de Inmediación:** consagrado en el Artículo 16 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el cual establece que en el juicio únicamente se estimara como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada en audiencia ante el juez de control de garantías.

Por inmediación se entenderá como la calidad de lo inmediato, que sucede enseguida, sin tardanza, es en sí un principio del sistema acusatorio y se refiere a la incorporación de la prueba al juicio oral y público (Camargo, 2006).

La Corte Constitucional establece que el principio de inmediación probatoria tiene su razón de ser en la necesidad de garantizar un juicio lo más justo posible, en donde el funcionario judicial que deba dictar sentencia, tenga el conocimiento directo de la prueba y la ejerza el control sobre la forma como la misma se produce y no sea contaminado con ella antes de iniciarse el juicio oral, de modo que se acerque a la prueba de la forma más imparcial posible (Corte Constitucional, Sentencia C - 591 de 2005).

No obstante, lo anterior es preciso reconocer que determinados elementos materiales probatorios, imprescindibles para descubrir la verdad, pueden desaparecer por circunstancias ajenas al querer de las partes antes de ser llevadas a juicio, motivo por el cual el legislador, de manera excepcional, facultó a que tales pruebas pudiesen ser valoradas por el juez de

conocimiento. Se trata, por supuesto, de una excepción al principio de inmediación, en la medida en que no es practicada y controvertida ante el juez de conocimiento.

Afirma además la Corte que el derecho a pedir pruebas anticipadas también es un derecho de renuncia a una garantía, en la medida en que el legislador ha señalado que la realización de un juicio oral, público, con inmediación de la prueba es un derecho del imputado cuyo ejercicio es renunciable.

Concluye la Corte que la prueba anticipada no contraría el principio de inmediatez pues constituye una salvedad justificada constitucionalmente aceptable, al analizarse en concordancia con los artículos 29 (debido proceso) sobre el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, e igualmente que es nula de pleno derecho la prueba con violación del debido proceso y 250. 1 (conservación de la prueba) funciones de la Fiscalía General de la Nación de la Constitución Política de Colombia (Corte Constitucional, Sentencia C - 591 de 2005).

Es posible que al tenerse en cuenta la opinión del menor éste se niegue a rendir testimonio, o que una valoración a cargo de los profesionales lleve a la conclusión de que el mismo es perjudicial y, por tanto, el juez determine no practicar la prueba. Así pues, nada se opone a que la Fiscalía General pida, como prueba anticipada, la práctica de un testimonio con el fin de prevenir la posible revictimización que significa llamar a un niño o a una niña para que se refiera a hechos acaecidos mucho tiempo atrás. Además, porque tal anticipación puede prevenir la afectación del contenido del mismo testimonio y proveer al proceso de material probatorio que permita la construcción del caso y la garantía de contradicción para la persona acusada como expresión de su derecho a la defensa (Corte Constitucional, Sentencia T- 116 de 2017).

Sostiene la Corte que si bien el funcionario judicial goza de discrecionalidad para ordenar la recolección de elementos materiales probatorios de oficio, no puede decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño, esto teniendo en cuenta que la distancia entre la ocurrencia de los hechos y la audiencia de juicio oral puede afectar el medio probatorio como efecto del olvido o imprecisión fáctica a la que está sometida la memoria de los niños y niñas, la influencia que hasta la realización del juicio oral puedan ejercer personas cercanas y, en últimas, los perjuicios en la salud de la presunta víctima sometida nuevamente a enfrentar, tiempo después, hechos dolorosos que no quiera o no pueda recordar. Circunstancia temporal que puede conducir a que, finalmente, la prueba testimonial resulte inocua y que, en cambio, tenga una gran probabilidad de generar una revictimización en el menor por lo que el juez deba desistir de la misma (Corte Constitucional, Sentencia T- 116 de 2017).

La decisión de prescindir del testimonio en protección del menor, genera, por otra parte, un déficit probatorio dentro del proceso, sobre todo ante la importancia que en ciertos casos puede revestir el testimonio de los menores cuando, siendo las posibles víctimas, resultan ser la fuente directa para la construcción de los presupuestos fácticos. Por un lado, este déficit se manifiesta en que la acusación pierde elementos probatorios trascendentes causando posibles eventos de impunidad; y, en sentido opuesto, el déficit puede afectar el derecho a la defensa del acusado, cuya responsabilidad resultaría valorada con base en una declaratoria que no está sometida a contradicción pero que, como lo ha reconocido la Corte, en los casos de delitos de abuso sexual sobre menores dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse (...) debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima (Corte Constitucional, Sentencia T- 116 de 2017).

Ante esta eventualidad, en la que el paso del tiempo puede generar una revictimización de los menores y afectar el medio probatorio, debe tenerse en cuenta que el proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004, previó la posibilidad de que se practiquen pruebas anticipadamente para luego incorporarlas al juicio oral. En este sentido el artículo 284 del C.P.P establece la normativa permitiente sobre prueba anticipada y por su naturaleza se deberá realizar en audiencia ante el juez de control de garantías con los requisitos del juicio oral.

Por ultimo a manera de conclusión la Corte: Llama la atención de la Fiscalía General de la Nación para que en las causas penales en que los menores tengan la calidad de testigos o víctimas, y dentro del ejercicio autónomo de sus funciones, contemple la posibilidad de hacer uso de la práctica de la prueba anticipada para que los menores rindan testimonio dentro del proceso, evitando la revictimización que puede significar volver sobre hechos delictivos acontecidos tiempo atrás, así como para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio y garantizar el derecho a la defensa del presunto responsable (Corte Constitucional, Sentencia T- 116 de 2017).

Teniendo en cuenta la sentencia antes mencionada y a fin de establecer la necesidad de la práctica de la prueba anticipada en las **víctimas** de delitos sexuales, es pertinente abordar la temática, iniciando por definir dicho termino.

Se entiende por víctima a toda persona natural o jurídica contra quien se materializa la conducta punible; aquel o aquellos quienes hubieran sufrido un daño como consecuencia de un hecho punible y que reciben la calificación de perjudicados.

Las víctimas en el proceso penal tienen derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de Derechos Humanos se

han pronunciado en varias ocasiones sobre los derechos de las víctimas. En sus pronunciamientos se han consolidado las formas de reparación de las víctimas que constituyen la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición que incluyen entre otras la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad (Corte Constitucional, Sentencia C - 1154 de 2005).

Bajo ese entendido, es importante resaltar que entre las funciones que le otorga en artículo 250 de la Constitución Política a la Fiscalía General de la Nación, está la de velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso. Por lo que deberá velar por la seguridad de las víctimas y testigos, decretar las medidas de aseguramiento pertinentes y los medios de prueba que resulten necesarios para demostrar la responsabilidad penal del procesado.

Es por esto que cobran mayor importancia las pruebas, pues son el fundamento para garantizar los derechos de las víctimas, el conocimiento de la verdad para el esclarecimiento de los hechos, la realización de la justicia como instrumento de protección las víctimas, el respeto por los derechos y la reparación integral.

Por su parte la Corte al referirse al papel de la víctima en el sistema penal con tendencia acusatoria, señala el numeral 7 del artículo 250 de la Constitución Política, del cual colige los rasgos básicos del rol que cumplen éstas dentro del proceso penal, esto es el de interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal. Aunque su intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio, sus facultades como interviniente son autónomas a las de la Fiscalía. En esta misma sentencia se menciona que, el constituyente expuso que la etapa del juicio sería de carácter adversarial, enfatizando las especificidades de esa confrontación entre dos partes: el acusador y el acusado, dejando de lado la

posibilidad de confrontación de varios acusadores en contra del acusado, ya que la participación de la víctima como acusador adicional y distinto al Fiscal generaría una desigualdad de armas y una transformación esencial de lo que se identifica como un sistema adversarial en la etapa del juicio (Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007).

Por último, la sentencia en mención dispone que:

Las víctimas podrán intervenir de manera especial a lo largo del proceso penal de acuerdo a las reglas previstas en dicha normatividad, interpretada a la luz de sus derechos constitucionales, así:

1. En la etapa de investigación, en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas anticipadas regulada en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que el numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004 era exequible en el entendido de que la víctima también podrá solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.
2. En la etapa de imputación, en cuanto a lo regulado en el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.
3. En cuanto a la adopción de medidas de aseguramiento y de protección, en lo regulado por los artículos 306, 316 y 342 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, según el caso, a solicitar la medida correspondiente.

4. En relación con el principio de oportunidad regulado en los artículos 324, y 327, la Corte Constitucional concluyó que se deberán valorar expresamente los derechos de las víctimas al dar aplicación a este principio por parte del fiscal, a fin de que éstas puedan controlar las razones que sirven de fundamento a la decisión del fiscal, así como controvertir la decisión judicial que se adopte al respecto.

5. En materia de preclusión de la acción penal, en lo que atañe a la regulación prevista en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la Corte concluyó que se debe permitir a la víctima allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.

6. En cuanto a la etapa de acusación, en lo regulado por los artículos 337, 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. En consecuencia, declaró inexecutable la expresión "con fines únicos de información" contenida en el artículo 337 y executable el artículo 344 en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.

7. En la etapa del juicio, la Corte Constitucional consideró que no era posible que la víctima interviniera para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la defensa, habida cuenta de que en las etapas previas del proceso penal ésta ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente

por parte del fiscal, por lo que en la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación, “Por lo que el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación con el abogado de la víctima, sin excluir su acceso directo al fiscal” (Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007).

Es importante tener en cuenta entonces, que en el sistema penal acusatorio la víctima tiene un papel más activo, que si bien no interviene de igual manera en todas las etapas del proceso, si se le permite participar, se le escucha, se le respetan sus derechos y está en todo caso acompañada por la fiscalía, quien será la principal garante de sus derechos.

Por último, para cerrar este acápite es importante referirse al concepto de re victimización, entendida como la respuesta injustificada por parte de personas o instituciones que hacen que la persona reviva la situación traumática y vuelva a asumir su papel de víctima.

El concepto de revictimización hace referencia a las múltiples victimizaciones, experiencias que están separadas por el tiempo y realizadas por dos perpetradores diferentes.

Mantilla y Avendaño (2020) distinguen dos tipos de victimización: i) la que se deriva directamente del hecho delictivo, y ii) el resultado de la relación posterior establecida entre la víctima y el sistema jurídico-penal. Esta última tiene lugar durante el proceso penal y puede prologarse a lo largo de la interacción con la policía y el procedimiento legal. Se trata de un sentimiento negativo que aparece ligado a la repetición de la información emocional dolorosa, la

falta de empatía y sensibilidad del personal, así como la desinformación y el incumplimiento de expectativas judiciales.

La violencia es un fenómeno mundial que ha afectado diferentes poblaciones, que son definidas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, por medio de la cual se adopta la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (primera noción de derecho internacional sobre víctima), como “víctimas”, personas que individual o colectivamente han sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo substancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estado miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Capítulo I

REGULACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL SISTEMA PENAL

ACUSATORIO COLOMBIANO

En el proceso penal colombiano con tendencia acusatorio, introducido con la ley 906 de 2004, por regla general, es válida únicamente la actividad probatoria que se lleve a cabo en sede de juicio oral, respetando los principios rectores del sistema acusatorio penal dentro de las dinámicas procesales que buscan reflejar las garantías para los intervinientes en éste. No obstante, en aras de precaver la posible pérdida o alteración del medio de prueba se creó la figura de la prueba anticipada, una excepción al principio de concentración e inmediación en la práctica de pruebas, que tiene lugar exclusivamente cuando se encuentren motivos fundados, de extrema

necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, o cuando se trate de investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar.

La prueba anticipada se encuentra regulada de manera general en los artículos 154, 274, 284 y 285 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

El artículo 154.2 expone que, entre los asuntos que se tramitaran en audiencia preliminar, está la práctica de una prueba anticipada, en tanto se trata de un asunto que escapa a aquellos que deben ser ventilados ante el juez de conocimiento (Código de Procedimiento Penal, 2004, Artículo 154).

El artículo 284 por su parte se encarga de definir, exponer el proceso de solicitud, los motivos y el procedimiento en general de la prueba anticipada. Teniendo en cuenta este artículo la prueba anticipada se puede entender como aquel medio de prueba pertinente que se práctica durante la indagación, investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, la cual se podrá llevar a cabo únicamente cuando existen determinadas circunstancias excepcionales que impidan que la prueba se pueda practicar en el juicio oral, es decir por motivos fundados y de extrema necesidad, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Así mismo establece este artículo que la prueba debe cumplir una serie de requisitos, entre estos que sea practicada ante el juez de control de garantías, que sea solicitada por el Fiscal General o el Fiscal delegado, por la defensa, por el Ministerio Público (cuando ejerza o haya ejercido funciones de policía judicial) o por la víctima y que se surta en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

De igual forma, de conformidad con el segundo párrafo del mismo artículo, contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios y si esta es negada, la

parte interesada podrá de inmediato y por una la vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que este en el acto reconsidere la medida (Código de Procedimiento Penal, 2004, Artículo 284).

Así mismo, en el párrafo tercero del artículo 284, se expone que en el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral, salvo que se trate de investigaciones por el delito de violencia intrafamiliar, evento en el cual, el juez se abstendrá de repetir la prueba anticipada cuando exista evidencia sumaria de:

- a. Revictimización.
- b. Riesgo de violencia o manipulación.
- c. Afectación emocional del testigo.
- d. Dependencia económica con el agresor.

En concordancia, el artículo 274 consagra que: “El imputado o su defensor, podrán solicitar al juez de control de garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Se efectuará una audiencia, previa citación al fiscal correspondiente para garantizar el contradictorio. Se aplicarán las mismas reglas previstas para la práctica de la prueba anticipada y cadena de custodia” (Código de Procedimiento Penal, 2004, Artículo 274).

Por su parte, el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal establece, que: “Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con medidas dispuestas por el juez de control de garantías” (Código de Procedimiento Penal, 2004, Artículo 285).

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, encontramos las **sentencias C-591 de 2005, C-1154 de 2005 y C-177 de 2014**, en las cuales la Corte esboza las características del sistema penal acusatorio, y recuerda que el papel del juez es buscar la aplicación de una justicia material, garantizar el respeto de los derechos fundamentales tanto del indiciado como de la víctima. Reitera que este sistema trae consigo la posibilidad de que existan pruebas anticipadas, practicadas en momentos diferentes al juicio oral, e indica luego de su análisis que esta prueba se ajusta a la normatividad constitucional y declara exequible el artículo 284, por el cual se regula la prueba anticipada, exponiendo que dicha prueba cobija los principios de legalidad, publicidad, contradicción, inmediación y las garantías procesales, ya que la legislación dispone que la misma debe ser practicada en forma excepcional, en los casos señalados por la ley, en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en juicio, con la presencia de los intervinientes en el proceso y con el fin de evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.

Para declarar exequible el artículo 284 CPP, la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005 tuvo en cuenta: i) el cambio de principio de permanencia de la prueba por los principios de concentración e inmediación (posibilidad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal); ii) que el sistema acusatorio al ser un sistema de partes, permite que el imputado sea un sujeto activo y sea a quien le corresponde aportar elementos de juicio que

permitan confrontar los alegatos del acusador y de la víctima; iii) el examen constitucional de las pruebas anticipadas con los artículos 250.4, el 29 y el 250.1 de la Constitución Política de Colombia, por los cuales expone:

De acuerdo al artículo 29 de la constitución Política de Colombia, toda persona tiene derecho a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, y será nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”, la Corte por su parte, señala que en concordancia con este artículo rigen los principios de legalidad de la prueba, contradicción y publicidad, los cuales se cumplen con la práctica de la prueba anticipada, según lo dispuesto en el artículo 284 CPP, por cuanto se establece que debe ser practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías, lo que garantiza el cumplimiento del principio de legalidad; en relación con el principio de publicidad, el artículo en mención establece que la prueba deberá ser practicada durante una audiencia pública, respetándose así lo dispuesto por este principio, pues no se realiza de manera secreta u oculta; por último y en virtud del principio de contradicción, la Corte realiza un análisis de jurisprudencia relacionada con dicho principio, para concluir enunciando que, la regulación de la prueba anticipada se ajusta a este principio, por cuanto dispone que la misma se debe practicar en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en juicio, de igual manera la normativa consagra que contra la decisión de practicar una prueba anticipada proceden los recursos ordinarios, y si ésta es negada, la parte interesada podrá acudir de inmediato, y por una sola vez, ante otro juez de control de garantías con el propósito de que se reconsidere la decisión, y el mismo artículo dispone que de ser posible, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral, así mismo se establece la posibilidad de que dicha prueba sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la

defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112 CPP (en ejercicio de las funciones de policía judicial), lo que asegura la vigencia del principio de igualdad de armas.

Después, de realizar el análisis de constitucionalidad del artículo 284 CPP y lo ajustado que resulta ser el mismo a los principios rectores, la Corte menciona que:

La prueba anticipada también resulta ser conforme con la Constitución por cuanto i) a la Fiscalía General de la Nación le fue asignada, con el artículo 250.1 la función de conservación de la prueba, por lo que debe tomar las medidas necesarias para preservar la prueba, lo que implica acudir al juez de control de garantías con el propósito de que sea practicada de manera urgente una prueba, que por alguna causa corre el riesgo de desaparecer; ii) por el carácter excepcional y urgente de la práctica de aquella, se constituye como una salvedad justificada constitucionalmente aceptable al principio de inmediatez de la prueba en el juicio oral; y iii) ya que garantiza la vigencia de un equilibrio procesal inherentes a cualquier sistema acusatorio” (Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005).

Por su parte, la Corte en la sentencia C- 1154 de 2005 señala que, los apartes demandados hacen alusión a la prueba anticipada como institución en el nuevo sistema penal acusatorio y que no existe un desarrollo en la demanda que permita vislumbrar un argumento diferente al ya analizado por la Corte en la sentencia C-591 de 2005, por lo tanto y una vez se constata que los cargos en las dos demandas son iguales y que en las dos oportunidades se aduce la inconstitucionalidad de las normas por prever la posibilidad de la práctica de la prueba anticipada, en un momento anterior al del juicio oral y ante un juez distinto al de conocimiento, se reitera lo

considerado en la sentencia C-591 de 2005, declarando exequible el artículo 284 CPP, en el entendido que existía cosa juzgada (Corte Constitucional, Sentencia C-1154 de 2005).

En concordancia, la Corte en la sentencia C -177 de 2014 realiza un análisis constitucional sobre dignidad humana, los derechos de las víctimas dentro del proceso penal y el acceso a la administración de justicia, haciendo énfasis en la regulación nacional y en el bloque de constitucionalidad, en especial del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para señalar, entre otras cosas, que: los derechos de las víctimas no se agotan con la reparación económica de los perjuicios irrogados con la conducta punible, pues esa reparación debe ser integral, lo que incluye el conocimiento de la verdad de lo sucedido, la justicia y la sanción a quien o quienes hayan cometido el delito, forjándose así mismo la garantía de no repetición. Así mismo resalta que, el constituyente otorgó rango constitucional a los derechos de las víctimas y al principio de dignidad humana, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para la resolución de controversias.

Ahora bien, en esta sentencia la Corte expone que tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aún cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación judicial o administrativa, debiendo ser siempre protegidos en cualquiera de sus etapas. Internacionalmente se han establecido una serie de garantías para la prevalencia de los derechos

de los menores de edad, y para la adopción de medidas para su protección en todos los ámbitos, incluido el proceso penal, como lo enuncia el artículo 8° del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía y en concordancia con la ley 1098 de 2006 y en desarrollo de los principios constitucionales de protección a la familia, a los menores de edad y a los jóvenes, en los cuales se consagra que en los procesos en los cuales los menores de edad sean víctimas, el funcionario judicial tendrá en cuenta el interés superior de los infantes, la prevalencia de sus derechos y la protección integral de los mismos.

En tratándose de prueba anticipada, en la sentencia en mención la Corte expuso que:

El acopio probatorio en el sistema acusatorio se efectúa en audiencia, incluida la prueba anticipada, esto para garantizar la inmediación del juez y el derecho de contradicción de las partes, consagrado en el artículo 29 superior y en la Convención Americana de Derechos Humanos, sin desconocerse así el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, pues se debe realizar un delicado juicio de ponderación entre los principios rectores del proceso penal y el derecho de defensa del sujeto pasivo de la acción penal y de la víctima, al aceptarse la prueba anticipada (Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2014).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal en las sentencias **SP14844 de 2015**, **SP3332 de 2016** y **SP5021 de 2021** también analizó el instituto jurídico de la prueba anticipada y fijó las siguientes subreglas jurisprudenciales.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP14844 de 2015, si bien no menciona al instituto de la prueba anticipada, si hace un análisis de la admisibilidad de incorporar como prueba

para todos los efectos las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral, señalando que la jurisprudencia ha desarrollado una tendencia ampliamente proteccionista de los derechos del menor víctima de abuso sexual, por lo que en vigencia del principio pro infans, el niño no debería ser presentado en el juicio oral, por el riesgo de victimización, lo que obliga a los funcionarios judiciales a tomar correctivos que sean necesarios para evitarlo; en ese orden, se hace admisible como prueba la declaración rendida fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, así el menor sea presentado como testigo en este escenario (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP14844 de 2015).

En concordancia, en la sentencia SP3332 de 2016, la Corte Suprema de Justicia se basa en normativa y conceptos internacionales, algunas del sistema acusatorio de la República de Panamá, señalando que las normas que regulan la prueba anticipada deben ser analizadas a la luz del corpus juris del derecho internacional de los derechos del niño, haciendo mención a la opinión técnica consultiva en la cual se expone que, si la prueba anticipada es utilizada de manera correcta y en estricta observancia de las normas nacionales e internacionales, el testimonio será recogido por única vez y no será necesario volver a convocar a la víctima o testigo para que realice de nuevo una entrevista, reduciendo así la revictimización y dejando constancia video grabada, pues se implementaría con la cámara Gesell. De igual manera, hace mención a la regulación de Chile, aduciendo que allí se dispone expresamente la posibilidad de recibir la declaración de los menores víctimas de delitos sexuales a título de prueba anticipada, bajo el entendido de que la declaración deberá practicarse en el juicio, si varían las circunstancias que llevaron a adoptar esta medida excepcional (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3332 de 2016).

En la sentencia en mención, la Corte también analiza el instituto de la prueba anticipada en Colombia, señalando que, frente a los menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas o testigos, la procedencia de esta prueba es evidente, no sólo porque la práctica de varios interrogatorios puede dar lugar a la victimización secundaria, sino además porque el medio de conocimiento podría verse afectado en la medida en que el menor (CSJ SP, 16 de marzo de 2016, Rad. 43866) haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial, por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo, entre otras razones (CSJ SP, 28 de octubre de 2015, Rad.44056).

Teniendo en cuenta lo antes enunciado, la Corte concluye que la prueba anticipada es compatible con las medidas establecidas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013, pues se le da prelación a los procesos penales que vinculen menores de edad víctimas o testigos de delitos sexuales, velando por lograr la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios, el restablecimiento plenos de los derechos vulnerados y evitando la revictimización, y para finalizar expone que la prueba anticipada contiene beneficios importantes, como: i) permite el derecho de confrontación y por ende no tendrá las limitaciones al ser una prueba de referencia; ii) la intervención del juez, dota de solemnidad el acto y permite resolver controversias que se susciten sobre el interrogatorio; iii) la existencia del registro judicial, permite al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, las preguntas y todos los aspectos relevantes para valorar el medio de prueba; iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la garantía judicial mínima; y v) no sólo constituye una forma de protección de los derechos del acusado, sino una forma de obtener medios de conocimiento más útiles para la

toma de decisiones en el ámbito penal, lo que favorece los interés de las víctimas y de la sociedad en una justicia pronta y eficaz (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3332 de 2016).

Por último, en la sentencia SP5021 de 2021, la Corte Suprema de Justicia define la prueba anticipada como un mecanismo idóneo para la incorporación de las versiones de menores víctimas de delitos sexuales, y una vez realiza un análisis de decisiones jurisprudenciales anteriores relacionadas, señala que la Fiscalía para incorporar al juicio oral la versión de un menor que ha sido víctima de delitos sexuales cuenta con mecanismo procesales, entre estos la práctica del testimonio como prueba anticipada, haciendo énfasis que con este medio se evita la doble victimización del menor (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP5021 de 2021).

De igual manera, la Sala hace hincapié en la necesidad de que la Fiscalía, en cuanto sea posible, haga uso de la prueba anticipada, pues la misma permite un adecuado punto de equilibrio entre la protección de los niños y la materialización de los derechos del procesado, sin perjuicio de que facilita la obtención de una mejor evidencia, bien porque la declaración sea más cercana a los hechos, porque queda mejor documentada y porque las partes puedan formular preguntas a la luz de sus respectivas teorías, lo que sin duda, favorece la calidad del testimonio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP5021 de 2021).

Pérez (s.f) afirma que la prueba anticipada es aquella que se produce antes del juicio oral, ante el juez de control de garantías, en circunstancias especialísimas, como excepción al principio de inmediación (p.71).

El autor expone que, quien solicite la práctica de una prueba anticipada debe acreditar ante el juez de control de garantías unos requisitos, los cuáles a grandes rasgos son:

- a. Pertinencia: la prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con los efectos jurídicos con los que pretende demostrar la responsabilidad del acusado.
- b. Admisibilidad: en cuanto a este requisito el autor menciona que, el juez de garantías debe realizar un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo (art. 284 y 373 CPP).

Con el positivo menciona que el solicitante debe acreditar que existan motivos fundados (más allá de la simple afirmación del peticionario) y de extrema necesidad (respaldada en actos de investigación o en evidencia que se lleve ante el juez, que demuestre la urgencia) para la práctica de la prueba antes del juicio oral y que la prueba sea practicada para evitar su pérdida o alteración, pérdida que debe poder comprobarse, como por ejemplo las condiciones especiales del testigo en relación con su vida amenazada por enfermedad o peligro evidente, el deterioro de la evidencia física o de la escena del delito por factores ambientales o de seguridad pública.

En cuanto al negativo, expone el autor que, para practicar la prueba anticipada, no se debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que determina el art. 376 CPP, estos son:

1. No debe causar grave perjuicio indebido.
2. No generar confusión, ni exhibir escaso valor probatorio.
3. No ser dilatoria del procedimiento (Pérez, s.f).

Así mismo, como fundamento a la teoría planteada al inicio del presente acápite, conviene citar lo expuesto por Botero (2018), al mencionar con base en un análisis jurisprudencial que a las

víctimas, en especial de delitos sexuales se les reconocen un conjunto de derechos protegidos internacionalmente que por bloque de constitucionalidad son aplicables en la legislación colombiana, los cuales cumplen con la labor de propender por el respeto de la dignidad humana y la intimidad de la víctima, como quiera que la función de la justicia no solo puede limitarse a la aplicación inerte de la ley, así mismo expone la autora el criterio ponderador expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005, al encontrar en conflicto los derechos fundamentales de las víctimas de delitos sexuales y los fines o deberes del estado en cuanto a la persecución penal de los delitos contra la libertad e integridad sexual, resolviendo que las víctimas no deben estar expuestas a una doble victimización, puesto que ello desconocería sus derechos fundamentales y los instrumentos internacionales sobre derecho humanos.

Capítulo II

ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN LA FISCALÍA 02 SECCIONAL CAIVAS, JUICIOS DE LA CIUDAD DE BUCARAMANGA

Para la realización del presente capítulo se llevó a cabo un diagnóstico a partir de la recolección y del análisis de campo de los procesos penales activos en la Fiscalía Segunda Seccional de CAIVAS – Juicios de la ciudad de Bucaramanga, para observar la práctica e implementación de la prueba anticipada en el proceso penal, de manera específica en los delitos contra la libertad e integridad sexual y así poder establecer la utilidad o los vacíos que vislumbra la misma.

Una vez realizado el análisis en mención, se obtuvo como resultado, que de la totalidad de procesos activos existentes en el despacho de la Fiscalía Segunda Seccional de CAIVAS- Juicios

de la ciudad de Bucaramanga, esto es de los 391 casos, en ninguno se ha solicitado ni practicado prueba anticipada lo que evidencia el desuso de dicha institución en materia de procesos penales adelantados por delitos de violencia sexual.

Aunado a lo anterior, sin ánimo de generalizar y para brindar algunos parámetros de la práctica del instituto jurídico de la prueba anticipada, se puede concluir que se ha entendido esta figura como un desgaste para el sistema, en la medida que se trata de una prueba que debe practicarse con todas las formalidades de ley, que se debe sustentar en motivos fundados de urgencia y necesidad de pérdida del medio probatorio y que, no obstante, lo anterior debe repetirse en caso de que los motivos por los cuales se solicitó dejen de existir, generando un doble trabajo, que no aporta un beneficio a la investigación, sino que incluso puede ser un medio de revictimización y que acarrea mayor trabajo para el operador judicial.

Cuestiones estas que podrían justificar el porqué de la nula aplicación de la prueba anticipada en los delitos sexuales, pues del mismo análisis en mención se pudo vislumbrar que existen casos en los que es evidente la necesidad de practicar esta prueba, no necesariamente por estar relacionada a evitar la revictimización, sino por el fin mismo de la prueba, esto es garantizar la conservación del medio de prueba, y es que es importante recordar en este punto, que en los procesos por delitos de violencia sexual, se requiere de la corroboración del testimonio de la víctima, con el testimonio de otros intervinientes, como sus familiares o personas a llegadas, que puedan dar fe de la veracidad y certeza del testimonio de la víctima, para así alcanzar un conocimiento más allá de toda duda razonable.

Para robustecer lo antes enunciado, a continuación, se mencionarán algunos casos que se pudieron observar en el despacho, los cuales evidencian la importancia y necesidad de practicar

de manera oportuna la prueba anticipada, para ello y teniendo en cuenta la reserva de los mismo, no se expondrá ningún dato personal de los intervinientes.

CASO A: El primer caso que es preciso señalar es del año **2008**, se trata de una señora adulto mayor de 70 años de edad con discapacidad visual, quien denunció que el esposo de su prima había abusado sexualmente de su hija de 25 años de edad, mujer que padece de retardo mental y episodios de epilepsia desde su niñez. La denunciante y madre de la víctima refiere que se enteró de los hechos, porque su hija le conto que, *“el esposo de su prima, cuando ella estaba sola en la casa, la acorralaba en el corredor de la casa, la hacía chillar, le bajaba los calzones y la tumbaba en el suelo, se le montaba encima, le mostraba el cacho (al parecer hace referencia al pene), le decía mire lo que usted quiere, déjese hacer un chino y le metía el cacho por donde tiene uno la cuca y le daba besos en la boca, aun cuando ella en reiteradas ocasiones se negó”*, relato que es confirmado por la víctima en la entrevista psicológica realizada, añadiendo que, *“estos hechos ocurrieron en dos oportunidades, cuando su mamá debía ir hacer vueltas y no tenía con quien dejarla, además enuncia la víctima que el acusado la amenazaba y decía que no podía contar nada, por ultimo menciona que a ella le dolía mucho el cuerpo cuando el acusado le hacía esto”*.

En el informe técnico médico legal sexológico, el perito forense enuncia que la víctima presenta una actitud indicativa de retraso mental moderado y su himen anular se encuentra desgarrado.

Un vez transcurrida la audiencia preparatoria, se da inicio a la etapa probatoria, empezando audiencia de juicio oral el día 08 de septiembre de 2021, a la cual se citan todos los testigos y al contactar a una de las hermanas de la víctima, para comunicar la citación a la audiencia de juicio oral y la necesidad de la comparecencia de su madre y hermana para tomar sus testimonios,

informa que la madre de la víctima y denunciante en el proceso en mención falleció en el mes de junio del mismo año 2021, pues su estado de salud era delicado, debido a su edad y al cáncer que padecía, además refiere que su hermana (víctima) sufre de discapacidad y no asegura su comparecencia, pues ha estado enferma y hace poco sufrió una caída, por la cual se fracturó una pierna, por lo que la fiscalía se vio en la obligación de desistir de dichos testimonios e intentar fundamentar su teoría del caso con los demás elementos materiales probatorios existentes, tratando así de convencer al juez de la responsabilidad penal del acusado.

Del anterior caso mencionado, se puede evidenciar que era necesario solicitar prueba anticipada de interrogatorio de parte tanto para la víctima, como para la madre de la víctima y denunciante, pues al haber fallecido la madre, el caso pierde medios probatorios de suma importancia, que podría hacer variar el sentido del fallo, además teniendo en cuenta la dificultad para tomar el testimonio de la víctima por las patologías que sufre, también se perdería este medio de prueba, pues no podrá ser llevado a la audiencia de juicio oral y aunque se introduzca la entrevista realizada a las dos testigos como prueba de referencia, su valor probatorio es menor y puede que no logre convencer al juez de la culpabilidad del acusado, por lo cual el fallo podría ser absolutorio, esto en concordancia con lo establecido en el artículo 381 del CPP, en el cual el legislador consagra que, “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, por lo cual será el juez de conocimiento el encargado de valorar el caso concreto y fallar teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios aportados y la normativa vigente.

Es importante recalcar que, aunque este caso se enmarca en las causales descritas en la legislación procesal, esto es extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del

medio probatorio, ninguno de los operadores judiciales e intervinientes en el proceso, se percató de solicitar la prueba anticipada, necesaria para conservar el testimonio tanto de la víctima, como el de su madre.

CASO B: Otro caso que vale la pena mencionar, es del año **2015**, el cual fue denunciado por la madre de la menor hija, quien fue víctima de la conducta delictiva desde los 11 años de edad, esto es desde el año 2009. La madre de la víctima se enteró de la ocurrencia de los hechos, porque debido a la ocurrencia de los mismos, su hija inicio consumo de sustancias psicoactivas (SPA) y por ende tratamiento en San Camilo con trabajador social y psicólogo, allí fue donde la menor contó que había sido víctima de abuso sexual por parte de su tío político (esposo de una tía paterna) y fue allí en donde citaron a la mamá para contarle la situación, por lo cual la mamá interpuso denuncia en contra del presunto agresor.

En este caso reposa entrevista realizada a la madre de la víctima, quien informa que notó cambios de humor en la víctima repentinos, “se escapaba de la casa, era agresiva, le empezó a ir muy mal en el colegio e inició consumo de sustancias psicoactivas”. Menciona, además que en una oportunidad la menor luego de escaparse de la casa y haber consumido SPA, delante de sus familiares manifestó que ellos no sabían por lo ella pasaba y que ella tenía un dolor muy grande ya que desde pequeña la tocaban y señaló a su tío político, pero ningún familiar prestó mayor atención, pues creyeron que se relacionaba con el estado de drogadicción en el que se encontraba en ese momento.

En el expediente reposa también la entrevista de la menor víctima, realizada en el mismo año 2015 y quien a grandes rasgos expone que, *“lo que pasa es que él me tocaba cuando yo era pequeña, desde el año 2009 cuando yo tenía 11 años, yo pensaba que él me tocaba porque nosotros*

vivimos en la casa de él, entonces era porque nos dejaba quedar allá... un día le conté a una amiga y le dije que a mí me daba miedo contar porque él nos echaba de la casa... él me metía el dedo y me chupaba la vagina, después empezó a llevarme en los carros a las obras, y también me tocaba la vagina y los seños, desde el 2013, cuando tenía 15 años me llevaba a moteles, me ponía películas de porno y me decía que eso tenían que hacer las parejas, yo no quería y él me insultaba, me obligaba y empujaba para entrar a esos lugares, en varias ocasiones intento penetrarme, pero no pudo. Él me daba dinero a cambio de no contar nada, el cual utilizaba para comprar SPA”, la víctima expone que la última vez que ocurrieron estos hechos fue en el mes de mayo de 2015 y que cuando denunció, él se enteró y la llamaba amenazándola, diciéndole que la iba a matar a ella y a su familia, que debía retractarse de lo que había denunciado.

En el año 2016, se realiza informe pericial de psicología a la víctima, por parte de INML, en el cual la profesional encargada concluye que, i) se encuentra alteración en su normal desarrollo psíquico especialmente en las esferas de pensamiento y sexo-afectivas, como consecuencia directa de los hechos que se investigan, que amerita abordaje psicoterapéutico que le permita procesar la experiencia traumática referida y la forma más adecuada para afrontarla; ii) el relato de la joven es coherente, consistente, adecuado y con respaldo afectivo, compatible con una experiencia vivencial traumática, donde la presencia de detallismo le da consistencia al relato; iii) el relato permite detectar indicadores psicológicos que son característicos del síndrome de acomodación de víctimas del A.S.I; y iv) la profesional resalta que con observancia en la valoración forense y las variables externas identificadas, la joven podría retractarse, sin que esto indique que los hechos denunciado no hayan sucedido. Por último, la profesional sugiere apoyo psicoterapéutico y educación sexual a la víctima.

En la historia clínica de San Camilo se evidencia que la víctima desde el año 2014 sufre de trastorno mental y del comportamiento debido al uso de múltiples drogas y al uso de otras sustancias psicoactivas: síndrome de dependencia, por lo cual estuvo internada durante varios meses y en reiteradas ocasiones. En el caso en mención se llevó a cabo audiencia preparatoria en el mes de septiembre del año 2019, la etapa de juicio oral por su parte inicio en febrero del año 2020 y debido a múltiples circunstancias se ha aplazado (defensa no asiste, defensa no se conecta, defensa tiene problemas de conexión, audiencia se suspende por inconsistencia con un testimonio, entre otros), la última audiencia fue en el mes de mayo de la presente anualidad en donde se pudo tomar el testimonio de la madre de la víctima, quien informa que debido a la afectación de la víctima, no cree que sea lo más conveniente después de tantos años hacer que recuerde todo lo vivido, pues ha tenido recaídas en el consumo de drogas, por lo que ella desea evitar mayor afectación y revictimización de su hija, además expresa que su hija le comentó que no quería seguir con el proceso, pues se encuentra inconforme y en descontento con el sistema de justicia.

De este caso en mención, se puede evidenciar lo necesario y oportuno que era practicar prueba anticipada, para tomar el testimonio de la víctima en la fecha cercana a la ocurrencia de los hechos y de interpuesta la denuncia, pues es evidente la afectación psicológica que ha sufrido la víctima con la comisión del delito y la posibilidad de que por los trastornos que sufre, la dependencia a las SPA y el transcurso del tiempo la prueba no se pudiera conservar, ni practicar en la etapa de juicio oral, pues como bien menciona la profesional forense, cabía la posibilidad de que la víctima se retractara o como se dio en el caso, que la misma no quisiera declarar, lo que impidió conservar el medio de prueba y obliga al fiscal a desistir de su testimonio y valerse del testimonio de los demás intervinientes, como la mamá, los médicos y psicólogos tratantes, entre

otros, para tratar de convencer al juez más allá de toda duda razonable y obtener sentencia condenatoria.

Por otra parte, existen ciertos casos que, aunque no cumplen con los requisitos dispuesto por la legislación procesal penal para solicitar prueba anticipada, si se enmarcan en las posibilidades que jurisprudencialmente se han establecido para la solicitud de este tipo de pruebas, en tratándose de menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e integridad sexual, esto para evitar la revictimización, garantizar sus derechos y conservar así mismo el medio de prueba, a continuación expongo un ejemplo claro de esta clase de casos.

CASO C: proceso del año **2009**, en el cual la hermana mayor y denunciante relata que su hermano fue víctima de abuso sexual desde los 5 años (para la denuncia tenía 12 años) de su tío materno, quien en reiteradas ocasiones aprovecho la confianza y los momentos en que estaban solos para forzarlo a tener relaciones sexuales, realizarle tocamientos libidinosos al menor, obligándolo además a ver y realizar conductas sexuales sin su deseo. En dicho caso en mención la profesional del C.T.I realiza entrevista inicial al menor víctima, en la cual el niño expresa su rabia, asco, dolor y tristeza con el acusado por lo sucedido, se observa su afectación por la ocurrencia de los hechos, pues el niño afirma que después de que el acusado abuso de él, siente que su vida cambio, que no le dan ganas de hacer nada, que se irrita con facilidad, que ha pensado en matar al acusado, que se siente confundido con todo lo que paso y que siente deseos sexuales, cuando ve a las niñas en lycra o en piscina, cosas que él afirma no siente que sean normales. Narra además el niño en esta entrevista, todas artimañas utilizadas por el acusado, entre las cuales no solo están los tocamientos en sus partes íntimas, sino infinidad de cosas que él menor menciona con temor y confusión, además de las constantes amenazas que el acusado realizaba para que el menor no

contará lo ocurrido, como insinuarle que sus padres no le creerían y que si morían iba a ser todo culpa de él.

Al menor en el año 2010 el INML le realizó valoración psicológica, en la cual la profesional forense concluyo que, “el menor víctima presenta aburrimiento, tristeza, miedos, pensamientos recurrentes sobre los hechos, alucinaciones aditivas ocasionales, ansiedad con sensación de ahogo, irritabilidad, agresividad, comportamientos masturbatorios, lo que corresponde a una perturbación psíquica permanente” y por ultimo expone como conclusión y análisis de la valoración que el relato del menor es creíble y sugiere realizar tratamiento psiquiátrico y psicológico.

En el caso en mención, se cuenta también con la entrevista de la mamá del menor víctima y hermana del acusado, quien comenta que nunca pensó que su hermano fuera capaz de algo así, pero que si había escuchado un caso similar al de su hijo con un sobrino, pero que la familia nunca habló del tema, por otra parte está el testimonio de un primo de la víctima (joven adulto mayor), quien en la entrevista menciona que aunque no conoce bien el caso de su primo, si puede dar fe que es verdad lo que se denuncia, pues él también fue víctima de abuso sexual de su tío desde que tenía 10 años de edad, enuncia el testigo que se convierte en víctima del mismo proceso que se adelanta, que su tío aprovechaba en las noches cuando él estaba dormido y sus padres también, para entrar a su cuarto tocar sus partes íntimas y abusar de él en reiteradas ocasiones, hechos que afirma el testigo ya habían ocurrido con otros 4 primos y que aunque la familia sabia, no decían nada porqué creían que Dios iba hacer que el cambiara y fuera mejor persona, pues la familia es cristiana y el acusado era pastor de una iglesia en esos momentos, cuestiones que dificultaron que el testigo denunciará en ese momento lo ocurrido y a su vez sufrió de señalamientos y críticas por parte de su propia familia, poniendo en duda lo relatado por él.

En el mes de marzo del presente año se realizó audiencia preparatoria y se fijó como fecha para iniciar audiencia de juicio oral el mes de junio del presente año, para la cual no fue posible contactar ni a las víctimas ni a los testigos y se ha tenido que mandar órdenes a policía judicial para encontrarlos, cuestión que puede afectar el sentido del fallo, al solo contarse con el testimonio de la profesional que realizó la entrevista y la que realizó valoración psicológica al menor víctima.

Este caso al igual que otros similares, es otra clara evidencia de la no aplicación de la prueba anticipada por parte de los operadores judiciales, aun cuando la jurisprudencia ha motivado la práctica de la misma en casos como estos, pues los operadores judiciales no le han dado la importancia que merece la víctima y sus familiares, vulnerando así sus derechos fundamentales y las garantías constitucionales establecidas en favor de los mismos, permitiendo así mismo la revictimización con graves daños emocionales y psicológicos.

Para finalizar el presente capítulo, es importante mencionar que estos son solo algunos de los casos en los que se evidencia la necesidad de practicar prueba anticipada, pues sería muy extenso mencionarlos todos, pero es fundamental señalar que del análisis minucioso de los casos se puede colegir el desuso del instituto jurídico de la prueba anticipada y lo restringida que es la normativa al respecto.

Capítulo III

DIAGNÓSTICO DEL DÉFICIT DE IMPLEMENTACIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL

Habiendo identificado la normativa vigente sobre prueba anticipada y una vez realizado el análisis diagnóstico en el despacho de la Fiscalía Segunda Seccional CAIVAS, juicios de la ciudad

de Bucaramanga y al no evidenciarse práctica de prueba anticipada en el despacho, se procedió a recolectar información que permitiera diagnosticar las causas del déficit de la implementación de la prueba anticipada en el proceso penal colombiano, de manera específica en los delitos de violencia sexual.

La escasa aplicación de la prueba anticipada en el proceso penal, explícitamente en los delitos de violencia sexual, se debe a varias razones, entre otras:

1. Normativa limitada y restrictiva:

Los delitos sexuales en Colombia, son delitos de especial protección, que requieren mayor atención por parte del legislador, pues atentan directamente contra la libertad sexual, la indemnidad sexual, la dignidad y el desarrollo de la sexualidad de la víctima, transgrediéndose no solo su bienestar físico, sino también psicológico.

La normativa vigente sobre prueba anticipada en el proceso penal, consagra esta prueba como una excepción al principio de inmediación y hace la observación que únicamente se podrá llevar a cabo cuando existan determinadas circunstancias excepcionales que impidan que el medio probatorio se pueda practicar en el juicio oral, es decir, se requiere de la existencia de motivos fundados y de extrema necesidad, que permitan inferir al juez que el medio probatorio podría ser alterado o que la prueba podría perderse.

En el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal colombiano, se consagra la posibilidad de practicar prueba anticipada aun cuando no se configuren dichas circunstancias excepcionales, al establecer que, se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, cuando existan motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o

alteración del medio probatorio, o que se trate de investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar (Código de Procedimiento Penal, 2004, Artículo 284).

Artículo en el cual se hace alusión a la posibilidad de solicitar prueba anticipada en los delitos de violencia intrafamiliar, sin exigirse la existencia de motivos fundados y de extrema necesidad o que su objetivo sea evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.

Así mismo el párrafo 3° del artículo en mención establece, que: En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral, salvo que se trate de investigaciones por el delito de violencia intrafamiliar, evento en el cual, el juez se abstendrá de repetir la prueba anticipada cuando exista evidencia sumaria de:

- a. Revictimización.
- b. Riesgo de violencia o manipulación.
- c. Afectación emocional del testigo.
- d. Dependencia económica con el agresor (Código de Procedimiento Penal, 2004, Artículo 284).

Causales que, si bien son propias del delito de violencia intrafamiliar, también se pueden configurar en los delitos sexuales, al ser delitos que eventualmente se presentan en el ámbito familiar, en donde normalmente el acusado si no hace parte del núcleo familiar, es un miembro cercano al mismo.

Lo anterior evidencia que la normativa vigente sobre prueba anticipada en el proceso penal colombiano es vaga, pues deja a las víctimas de delitos diferentes a la violencia intrafamiliar, desprotegidas; añadido a esto, la normativa tal cual está consagrada enmarca la posibilidad de solicitar la prueba anticipada cuando se trate de motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida del medio probatorio, cuestiones que resultan ser muy generales, lo cual no permite saber a ciencia cierta en qué casos diferentes a los relacionados con el delito de violencia intrafamiliar podría ser admitida por el juez de control de garantías la práctica de la prueba anticipada, lo que permite en últimas vislumbrar la necesidad de implementar una regulación diferencial y especial que cubija a las víctimas de los delitos de violencia sexual, amparando sus derechos y teniendo en cuenta la sensibilidad de los bienes jurídicos involucrados.

En concordancia a la teoría mencionada, Sánchez (2016) expone que una de las posibilidades para garantizar una justicia diferenciada es “ampliar los criterios de validez de la prueba anticipada para que, como en España, esta prueba fuera permitida en eventos en los cuales se teme razonablemente la muerte del testigo, su incapacidad física o intelectual o su salida del territorio, llevando así a un adelantamiento de la contradicción en la fase de instrucción con mayor posibilidad de acción”(P.285).

La Corte en la sentencia C-177 de 2014 explicó por medio de decisiones del Tribunal Constitucional de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que, “si bien procesalmente la forma de refutar las manifestaciones incriminatorias es el interrogatorio del testigo practicado en el juicio oral, dicha regla general admite excepciones en limitadas ocasiones (Corte constitucional, Sentencia C- 177 de 2014).

Y de manera específica expone que el testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado. Dos son las razones que lo justifican: la minoría edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. Señala también que en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado.

Atendiendo la protección especial de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, el Tribunal Constitucional español analizó los efectos de someter a un menor que ha sido víctima de un delito sexual al proceso penal, concluyendo que resulta ajustado a la Constitución que se modulen garantías procesales como el derecho de defensa y la contradicción, atendiendo la edad del ofendido y la naturaleza del delito investigado” (Corte constitucional, Sentencia C- 177 de 2014).

En síntesis, con estos pronunciamientos se puede observar que los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto frecuentemente en los procesos por delitos contra la libertad sexual, no sólo se les obliga jurídicamente a recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino que de manera reiterada se les exige su comparecencia en las diversas fases del procedimiento, en donde las partes se encargan de hacer preguntas para indagar lo sucedido; cuando con que se expongan los hechos por una única vez debería ser necesario.

2. Exigencia argumentativa:

Del análisis normativo, se puede concluir que se requiere que quien solicite la prueba anticipada, argumente claramente la necesidad de practicar la misma, esto es el motivo fundado, de extrema necesidad y la pérdida del medio probatorio, es decir la imposibilidad de que el testigo comparezca a juicio o la imposibilidad de conservar el medio probatorio, para así convencer al juez de control de garantías de decretarla, pues como bien se enuncio en el numeral anterior, al no existir unos parámetros específicos y diferenciales que permitan saber qué casos se enmarcan en la posibilidad de solicitar prueba anticipada es necesario por medio de argumentos y elementos materiales probatorios, certificar la necesidad de practicarla; cabe mencionar que al tratarse de una excepción a la regla general de inmediación, la exigencia para su decreto es mayor.

La Corte en reiteradas ocasiones ha señalado que para que la prueba anticipada pueda ser tomada en cuenta se requiere como requisito sine qua non, so pena de exclusión, que su práctica sea fácticamente imposible de repetir durante la vista pública y se lleve a cabo con intervención del juez, dando plena oportunidad de ser controvertida.

Aunado a lo anterior, el juez de control de garantías debe verificar que efectivamente exista una situación excepcional y urgente que justifica la práctica de una prueba anticipada, que de ser posible será repetida durante el juicio oral y en caso de no presentarse tal situación, el juez deberá negar la petición que le fue elevada en tal sentido.

Se entiende entonces, que para que la prueba sea admisible por parte del Juez de Garantías, se deberá partir de la sustentación y demostración probatoria de la urgencia, extrema necesidad y los motivos por los cuales se fundamenta la necesidad de practicar dicha prueba, esto es la imposibilidad de que el medio de prueba pueda ser llevado a juicio oral.

3. La normativa que regula la prueba, resulta ser revictimizante:

Como se ha reiterado en los numerales antes mencionados, la normativa sobre prueba anticipada, consagra que para que sea admisible la práctica de la prueba anticipada deben existir determinadas circunstancias excepcionales y si dichas circunstancias desaparecen o no se configuran al momento que se dé comienzo al juicio oral, el juez ordenará la repetición de la prueba en el desarrollo del juicio oral.

Lo que implica que la administración de justicia maximiza el riesgo de revictimización, al exigirle a quien ha sido afectado por las conductas delictivas contra su libertad sexual que una vez superados los motivos fundados que dieron lugar a su aplicación, se haga exigible la práctica de la prueba nuevamente en juicio, dándole prevalencia al medio de prueba y no a la víctima en sí, aun cuando se trata de un menor de edad, exigiéndosele normalmente después de varios años rendir testimonio, forzándolo a recordar situaciones que sin desearlo afectaron el normal desarrollo de su vida.

Presupuesto que la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, de manera específica en la sentencia SP5021 - 2021 tuvo en cuenta, al establecer que: “Es necesario evitar que en los casos de abuso sexual los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que se puede convertir para ellos en un escenario hostil; aun sin que se configure necesariamente la alteración o pérdida del medio probatorio, sino que por situaciones como la posibilidad que para el momento del juicio oral el NNA no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, o porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial o por lo

inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez)” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP5021 -2021).

En esta sentencia la Corte Suprema, reitera el precedente en el que desde el año 2015 la Sala Penal ha hecho hincapié (Sentencia CSJSP Rad. No. 44056, Octubre 28 de 2015), en cuanto a la necesidad de que la Fiscalía, en lo posible, haga uso de la prueba anticipada, pues la misma permite un adecuado punto de equilibrio entre la protección de los niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de delitos sexuales, la materialización de los derechos del procesado y la calidad de la evidencia, bien porque la declaración sea más cercana a los hechos, porque quede mejor documentada y porque las partes puedan formular preguntas a la luz de sus respectivas teorías, lo que, sin duda, favorece la calidad del testimonio.

La jurisprudencia permite a su vez, demostrar lo insuficiente que resulta ser la normativa vigente sobre prueba anticipada, por lo que han tenido que crearse preceptos jurisprudenciales, que suplan los vacíos legales, que amplié las posibilidades para practicar la prueba anticipada, propendiendo e incentivando a una mayor aplicación de la misma.

Capítulo IV

VENTAJAS DEL INSTITUTO JURÍDICO DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL

Aun cuando se pudo evidenciar lo deficiente e insuficiente que ha sido la normativa sobre el instituto jurídico de prueba anticipada en los delitos de violencia sexual, del análisis jurisprudencial se lograron establecer algunas ventajas de la implementación de la prueba anticipada en estos delitos, las cuales se expondrán a continuación.

1. Con la prueba anticipada se logra un punto de equilibrio entre la protección de la víctima, los derechos del procesado y la calidad del medio probatorio, este último de manera específica, al permitirse su conservación y practica en un tiempo cercano a la ocurrencia de los hechos, siendo así la prueba mejor documentada.

2. La prueba anticipada es un medio idóneo para lograr una condena o la absolución, pues permite al juez lograr un convencimiento sobre la materialidad de los hechos jurídicamente relevantes y la responsabilidad penal y permite la contradicción del testimonio de manera anticipada, permitiendo así mismo la defensa del acusado y se evita divagar en procesos penales extensos sin fundamentos probatorios.

3. Se evita la revictimización.

Aun cuando la legislación procesal penal expone la posibilidad de que el juez ordene la repetición de la prueba anticipada, si se considera que las circunstancias que la motivaron, al iniciar el juicio oral desaparecen o no se alcanzan a cumplir; la jurisprudencia se ha encargado de motivar la práctica de la misma, haciendo énfasis en la necesidad de que la Fiscalía implemente la prueba anticipada, al ser la única que permite la protección de la víctima, pues resulta ser el medio idóneo para incorporar las versiones de menores víctimas de delitos sexuales, pues como menciona la Corte en la sentencia SP3332 de 2016, valiéndose de la Opinión Técnica Consultiva Nro. 001 de 2014, “si la prueba anticipada es utilizada de manera correcta y en estricta observancia de las normas nacionales e internacionales, el testimonio será recogido por única vez y no será necesario volver a convocar a la víctima o testigo para que realice de nuevo una entrevista, reduciendo así la revictimización, y la repetición indiscriminada de prácticas probatorias” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3332 de 2016).

Así mismo, en esta sentencia la Corte menciona un fragmento de una decisión jurisprudencial anterior, señalando, que “la procedencia de la prueba anticipada es evidente, no sólo porque la práctica de varios interrogatorios puede dar lugar a la victimización secundaria, sino además porque el medio de conocimiento podría verse afectado (...) (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez)” (CSJ, 28 de octubre de 2015, Rad.44056).

4. Se previene la pérdida o alteración del medio de prueba, ventaja que en últimas es el fin principal de la prueba anticipada, pues lo que se propende es por mantener el medio de prueba y evitar que como en algunos casos prácticos, los testigos fallezcan, se enfermen de gravedad, pierdan el deseo de continuar el proceso y no comparezcan, o simplemente olviden detalles de los hechos, que resultan ser de gran importancia en el caso, o que ante la gravedad del caso y de lo delicado que resulta ser el bien jurídicamente protegido, el testigo o víctima decida no rendir su testimonio, pues al hacerlo después de varios años de la ocurrencia de los hechos, se podría ver afectada su estabilidad emocional y psicológica.

5. Permite la contradicción directa a diferencia de la prueba de referencia y en consecuencia no estará sometida a la limitación del artículo 381 del CPP.

Si bien la prueba de referencia no es el tema principal del presente proyecto, cabe en este punto hacer mención a la misma, para exponer las diferencias con la prueba anticipada, de manera específica al referirse a la contradicción.

La prueba de referencia como bien lo expone el Código de Procedimiento Penal hace referencia a aquella declaración que se realiza fuera del juicio oral, cuando no sea posible practicarla en juicio. Lo que en conclusión, quiere decir que dicha prueba se practica sin quizás en

un principio saber que iba a ser introducida como prueba de referencia, es decir, puede tratarse de la entrevista inicial que se le realiza a una víctima de delitos sexuales mayor de edad, que en un principio gozaba de plena salud y con el pasar de los años al llegar la audiencia de juicio oral, la víctima se enferma de gravedad, cuestión que hace imposible su comparecencia y por lo que se hace necesario introducir como prueba de referencia al profesional que realizó la entrevista inicial, para que narre lo evidenciado, lo contado por el testigo y lo concluido en dicha entrevista. Cuestión esta que, de manera concreta, no permite la contradicción por parte de la defensa, pues no permite el interrogatorio al testigo directo, simplemente se trata de escuchar lo que puede narrar un profesional respecto a lo observado y contado por el testigo durante la entrevista e interrogar respecto a ello y al documento suscrito, que acreditara lo que se menciona por el mismo profesional, esto a manera de ilustración, ya que pueden existir casos en los que el testigo esté disponible y por alguna razón no desee comparecer, cuestión que no se enmarca en las causales de admisibilidad de la prueba de referencia.

Es importante tener en cuenta que admisión de la prueba de referencia está consagrada en el artículo 438 del CPP, el cual establece que, *“únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:*

a. Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación.

b. Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.

c. Padece de una grave enfermedad que le impide declarar.

d. Ha fallecido.

e. Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos” (Código de Procedimiento Penal, 2004, Artículo 438).

Por último, cabe mencionar que el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 prohíbe fundamentar la condena exclusivamente en pruebas de referencia y que esta prueba al ser excepcional no impide que en juicio se solicite nuevamente la declaración de la víctima.

6. La intervención del juez dota de solemnidad la prueba anticipada, y permite que se lleve un registro judicial adecuado para consultar nuevamente las respuestas dadas por los testigos, lo que resulta ser relevante para valorar el medio de prueba.

Aunado a lo anterior, es importante en este capítulo señalar que, si bien en Colombia existe la posibilidad de incorporar la declaración o manifestación anterior al juicio oral del menor víctima de abuso sexual, en virtud del numeral 5° del artículo 438 del CPP, como prueba de referencia, resulta más ventajoso para el proceso solicitar y practicar una prueba anticipada, ello porque: i) no se vulnera el derecho a la confrontación y contradicción del testigo, pues en la prueba de referencia la parte contra la que se aduce no tendrá la oportunidad de tener frente a frente al declarante, no podrá formularle preguntas orientadas a impugnar credibilidad, no tendrá el control sobre las preguntas formuladas para obtener el relato; por el contrario con la prueba anticipada, la cual se realiza en audiencia pública, con observancia de las reglas propias del juicio para la práctica de las pruebas, que también podrá ser solicitada por la defensa y contra la cual proceden los recursos

ordinarios, permite absolutamente la confrontación y contradicción, por lo cual se podrá interrogar o conainterrogar dependiendo el caso, impugnar credibilidad, objetar preguntas, visualizar al declarante, etc.; ii) Aunque con la prueba de referencia se pueda obtener una versión cercana a la ocurrencia de los hechos, esta normalmente es tomada por un profesional distinto al juez, por lo que no es un elemento material probatorio que permita el conocimiento más allá de toda duda razonable, pues al introducirlo de esta manera, únicamente se podrá contar con lo narrado por el menor a la profesional, sin poderse ahondar en la versión de los hechos, mientras que con la prueba de referencia se obtiene una mejor evidencia, la cual queda grabada y de manera escrita, a la cual el juez podrá volver a recurrir en caso de ser necesaria, además el mismo juez podrá formular preguntas en caso de requerirlo y llevar un control de las que efectúen las partes a la luz de sus respectivas teorías; iii) la prueba de referencia requiere de medios de prueba adicionales para demostrar la existencia y contenido de dicha declaración anterior al juicio oral, mientras que la prueba anticipada está dotada de solemnidad al practicarse en una audiencia pública en presencia de las partes y el juez de control de garantías.

Capítulo V

DERECHO COMPARADO: PERÚ Y PANAMÁ

De la ideación y proyección del presente proyecto, se pudo evidenciar que Colombia tiene ciertas similitudes en su ordenamiento jurídico con el de países como Perú y Panamá, por lo que se vio necesario realizar un análisis en derecho comparado del instituto de la prueba anticipada en el proceso penal de cada ordenamiento jurídico, para interpretar sus diferencias y semejanzas, especialmente en cuanto a la solicitud de la prueba y la existencia de normativa específica para

delitos contra la libertad e integridad sexual. Para ello, se citará normativa, jurisprudencia y algunos proyectos realizados por estudiantes y doctrinantes relacionados con el tema.

1. PERÚ

Desde el año 2004 en Perú con el nuevo Código Procesal Penal se implementó el sistema acusatorio, el cual a grandes rasgos se compone de tres etapas: investigación preparatoria (dirigida por el Fiscal con apoyo de la Policía Nacional del Perú, esta etapa se divide a su vez en diligencias preliminares y formalización de la investigación), la etapa intermedia (el fiscal formaliza su acusación contra el acusado) y el juzgamiento (consiste en una serie de audiencias continuas sobre la base de la acusación fiscal), otorgando mayores garantías a los procesados.

Zelada (2021) expone con base en el concepto de diversos autores, que la prueba anticipada es un medio probatorio que se práctica durante la investigación preparatoria o etapa intermedia, con anterioridad al inicio del juicio oral, con la intervención del juez de investigación preparatoria y ante la imposibilidad material de practicarla en dicho acto.

Así mismo, el autor expone que la entrevista única en cámara Gesell debe tramitarse bajo los mecanismos de la prueba anticipada, para que tenga valor probatorio en el acto de juicio oral sin la presencia de la parte agraviada y para evitar su revictimización, pues al ser incorporada para su valoración en juicio mediante la lectura, se evitará que la víctima reviva los hechos traumáticos vividos al momento de cometerse el abuso.

El autor cita el acuerdo plenario 1-2022, para exponer que en dicho acuerdo se ha establecido que, “A efectos de evitar la revictimización de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuentas las siguientes reglas: a)

Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima (...)" (Zelada, 2021, p.18).

En esta misma tesis, además el autor se encarga de analizar la actuación de la cámara Gesell en la legislación internacional, y entre los países que analiza y expone, está Colombia, del cual menciona que si bien implementó la cámara Gesell y diversos mecanismos de protección de los derechos de los NNA, "en los últimos años no se ha cumplido con su finalidad por parte de los operadores de la justicia, ya que en el 2019 una investigación realizada por el periódico "el Tiempo" refiere que el 80% de los casos permanecen en la impunidad y no pasan de la investigación preliminar, lo que demuestra la deficiente responsabilidad entre el Estado, la familia y la sociedad de auxiliar y amparar de forma prioritaria al menor, a fin de asegurar la práctica completa de sus derechos y la no revictimización" (Zelada, 2021, p.20).

García (2015), en el protocolo sobre la constitución de la declaración única a víctimas de violencia sexual en prueba anticipada - Junín, menciona que, "El fiscal inmediatamente después de tomar conocimiento de los hechos, solicita al Juez de investigación Preparatoria que se lleve a cabo la audiencia de prueba anticipada, para evitar la pérdida definitiva de la declaración misma. Ello considerando de manera especial que, en delitos sexuales, el momento en que la víctima acude a rendir su declaración es decisivo para obtener una versión de los hechos no contaminada, ya que posteriormente, es posible que por el impacto psicológico que genera esta clase de delitos en las víctimas su declaración varíe y porque en estos casos suelen presentarse presiones e influencia del imputado y sus allegados (motivos fundados para anticipar la contaminación de la declaración)".

Ahora bien, es importante hacer mención al **Decreto Legislativo 957 del 22 de julio de 2004**, por el cual se aprobó el nuevo Código procesal Penal de Perú (NCP), en vigencia el

01 de julio de 2006 y en el cual se desarrolla la figura de la prueba anticipada en su título IV (arts. 242 al 246), la cual se desarrollará a continuación.

En el **artículo 29** del NCPP, se consagra que, entre las competencias de los juzgadores de la investigación preparatoria, la del numeral tercero: “Realizar el procedimiento para la actuación de prueba anticipada” (Nuevo Código de Procedimiento Penal de Perú, 2004, artículo 29).

En concordancia, el **artículo 242** del NCPP, titulado supuestos de prueba anticipada, primer artículo del título IV - la prueba anticipada, se consagra:

“1. Durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria la actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos:

- a) Testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito, puede incluir el debate pericial cuando éste sea procedente.
- b) Careo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 182 del NCPP.
- c) Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio.

d) Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en los artículos 153 y 153-A del Capítulo I: Violación de la libertad personal, y en los comprendidos en el Capítulo IX: Violación de la libertad sexual, Capítulo X: Proxenetismo y Capítulo XI: Ofensas al pudor público, correspondientes al Título IV: Delitos contra la libertad, del Código Penal.

Las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes serán realizadas con la intervención de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público.

Las declaraciones y entrevistas serán filmadas y grabadas a fin de evitar la revictimización de los agraviados.

e) Declaración, Testimonial y examen de perito en casos de criminalidad organizada, así como en los delitos contra la administración pública, previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal.

2. Las mismas actuaciones de prueba podrán realizarse durante la etapa intermedia” (Nuevo Código de Procedimiento Penal de Perú, 2004, artículo 242).

Por su parte, en el **artículo 243** de este mismo Código, se enuncian los requisitos para solicitar la prueba anticipada, así:

1. La solicitud se presentará al Juez de la investigación preparatoria en el curso de las diligencias preliminares e investigación preparatoria, o hasta antes de remitir la causa al Juzgado Penal siempre que exista suficiente para realizarla en debida forma.

2. Se deberá precisar la prueba a realizar, los hechos que constituyen su objeto y las razones de su importancia para la decisión en el juicio. También indicarán el nombre de las personas que deben intervenir en el acto y las circunstancias de su procedencia, que no permitan su actuación en el juicio.

3. La solicitud debe señalar los sujetos procesales constituidos en autos y su domicilio procesal. El Ministerio Público asistirá obligatoriamente a la audiencia de prueba anticipada y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el Juez en ese acto (Nuevo Código de Procedimiento Penal de Perú, 2004, artículo 243).

Así mismo, en el **artículo 244**, se expone el trámite de la solicitud de prueba anticipada:

“1. El Juez correrá traslado por dos días para que los demás sujetos procesales presenten sus consideraciones respecto a la prueba solicitada.

2. El Fiscal, motivadamente, podrá solicitar el aplazamiento de la diligencia solicitada por otra de las partes, siempre que no perjudique la práctica de la prueba requerida, cuando su actuación puede perjudicar los actos de investigación inmediatos, indicando con precisión las causas del perjuicio. Asimismo, indicará el término del aplazamiento solicitado.

3. El Juez decidirá, dentro de los dos días, si acoge la solicitud de prueba anticipada y, en su caso, si aplaza la diligencia y el plazo respectivo.

4. En casos de urgencia, para asegurar la práctica de la prueba, el Juez dispondrá que los términos se abrevien en la medida necesaria. Si existe peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su actuación no admita dilación, a pedido del Fiscal, decidirá su realización de

inmediato, sin traslado alguno, y actuará la prueba designando defensor de oficio para que controle el acto, si es que resulta imposible comunicar su actuación a la defensa.

5. La resolución que dispone la realización de la prueba anticipada especificará el objeto de la prueba, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia, que, salvo lo dispuesto en el caso de urgencia, no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se citará a todos los sujetos procesales, sin exclusión.

6. Si se trata de la actuación de varias pruebas, se llevarán a cabo en una audiencia única, salvo que su realización resulte manifiestamente imposible (Nuevo Código de Procedimiento Penal de Perú, 2004, artículo 244).”

El **artículo 245**, establece el trámite de la audiencia para la práctica de la prueba anticipada:

“1. La audiencia se desarrollará en acto público y con la necesaria participación del Fiscal y del abogado defensor del imputado. Si el defensor no comparece en ese acto se nombrará uno de oficio, salvo que por la naturaleza de la prueba pueda esperar su práctica. La audiencia, en este último caso, se señalará necesariamente dentro del quinto día siguiente, sin posibilidad de aplazamiento.

2. Los demás sujetos procesales serán citados obligatoriamente y tendrán derecho a estar presentes en el acto. Su incomparecencia no frustra la audiencia.

3. Las pruebas serán practicadas con las formalidades establecidas para el juicio oral.

4. Si la práctica de la prueba no se concluye en la misma audiencia, puede ser aplazada al día siguiente hábil, salvo que su desarrollo requiera un tiempo mayor.

5. El acta y demás cosas y documentos agregados al cuaderno de prueba anticipada serán remitidos al Fiscal. Los defensores tendrán derecho a conocerlos y a obtener copia” (Nuevo Código de Procedimiento Penal de Perú, 2004, artículo 245).

En concordancia, el mismo Código en el **artículo 246** enuncia que, “contra la resolución que decreta la actuación de prueba anticipada, que la desestime o disponga el aplazamiento de su práctica, así como decida la realización de la diligencia bajo el supuesto de urgencia, procede recurso de apelación, con efecto devolutivo (Nuevo Código de Procedimiento Penal de Perú, 2004, artículo 246)”.

Por último, el **artículo 383** del NCPP, establece en el numeral primero como posibilidades para incorporar al juicio para su lectura: el literal a) Las actas conteniendo la prueba anticipada (Nuevo Código de Procedimiento Penal de Perú, 2004, artículo 383).

La normativa procesal penal de Perú, en conclusión, consagra y regula la posibilidad de practicar prueba anticipada (entrevistas y declaraciones) cuando se trate de niños, niñas y adolescentes, víctimas de los delitos de: Violación de la libertad personal; Violación de la libertad sexual; Proxenetismo; Ofensas al pudor público; y Delitos contra la libertad. Dicha prueba anticipada se realizará con la intervención de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público, y deberá ser filmada y grabada a fin de evitar la revictimización de los agraviados. Lo que podríamos llamar regulación diferencial, que

en la legislación Colombia se consagró únicamente para las víctimas del delito de violencia intrafamiliar.

La regulación de esta prueba es muy completa en Perú, pues además de lo mencionado, se consagra el trámite para la solicitud y práctica de la prueba, se brindan parámetros para su realización a los intervinientes, lo que facilita su actuación, cuestión que en Colombia aún no ha sido regulada por el legislador.

2. PANAMÁ

Panamá es un Estado Constitucional de Derecho, que con la Ley No. 63 del 28 de agosto de 2008 adoptó el Código Procesal Penal, instituyendo un sistema de corte acusatorio y establece tres fases específicas identificadas como: fase de investigación (se divide en dos fases: investigación preliminar y la investigación formal), fase intermedia (el fiscal puede solicitar la acusación o el sobreseimiento) y la fase de juicio oral.

En la **opinión técnica consultiva No. 001/2014**, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá, el Equipo de justicia criminal y reforma penitenciaria expone que el anticipo de la prueba en el sistema penal acusatorio es una modalidad probatoria, que puede ser producida en una fase o etapa anterior al juicio oral, esto es en la etapa preparatoria o fase de investigación, por razones de urgencia, para asegurar el resultado de un acto, teniendo la necesaria participación del juez.

Así mismo, se expone que el anticipo de la prueba debe estar justificado por situaciones excepcionales que pueden amenazar la prueba y que la prueba anticipada reconoce y plasma en un caso particular y concreto el debido proceso, ya que se retrotrae en el tiempo una fase de la

audiencia donde deben practicarse las pruebas y es en presencia del juez o tribunal, que se desarrolla por medio de una audiencia específica, para que en la etapa del juicio sea incorporada por la lectura del acta o por su reproducción (Opinión técnica Consultiva No. 001 de 2014, Panamá).

En esta misma opinión técnica, una vez analizada la legislación de la República de Panamá sobre la prueba anticipada, se expone que, “el contenido del artículo 279 del Código Procesal Penal panameño debe ser leído a la luz del corpus juris del derecho internacional de los derechos del niño, como parte del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico panameño, es especial los artículos 3 (principio del interés superior del niño) y 12 (derecho del niño de ser escuchado) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Concluyendo que, para evitarse un trato revictimizante al niño, los Estados deberían garantizar:

- Un trato adecuado, cordial, con calidad y calidez hacia el niño víctima y/o testigo.
- Evitar la cosificación del niño a través de actividades procesales redundantes o excesivas.
- La menor realización de entrevistas y declaraciones ante las instancias policiales, del Ministerio Público y/o judiciales.
- La abstención de revisiones y exámenes médicos innecesarios.
- Evitar que las actividades del proceso penal afecten negativamente a la rutina diaria del niño.
- Que el niño no tenga ningún contacto con el presunto agresor.

- Evitar que el niño permanezca en las mismas instalaciones o ambientes por espacios de tiempo prolongados” (Opinión técnica Consultiva No. 001 de 2014, Panamá, p.14).

Por último, se establece teniendo en cuenta las **Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos** que, la investigación no debe alterar la seguridad de la víctima y, a lo largo de la misma debe valorarse la posible práctica de actuaciones de prueba anticipada para que, con garantía para todas las partes, se evite que el proceso en su desarrollo, se convierta en causa de victimización secundaria o suponga un factor de presión sobre las víctimas que la pueda llevar a abandonar el libre ejercicio de sus derechos (Opinión técnica Consultiva No. 001 de 2014, Panamá, p.17).

Esta opinión técnica consultiva en conclusión expone que, a través del uso del anticipo de prueba en una Cámara Gesell se puede recabar el testimonio como prueba, en una única diligencia, la cual será presentada e introducida para su reproducción o lectura en el juicio oral, logrando reducir la revictimización.

Bajo este entendiendo, la Corte Suprema de justicia en la sentencia **SP-3332 de 2016**, establece que, “el concepto, emitido en el marco de la implementación del sistema acusatorio en la República de Panamá, considera los siguientes aspectos: i) la obligación de los Estados de proteger la integridad de los niños que comparecen al proceso en calidad de víctimas de acuerdo a los tratados internacionales que han regula esta materia; ii) la definición de victimización secundaria (daño causado a víctimas o testigos durante el proceso); iii) la necesidad de armonizar los derechos de las víctimas con los derechos de los procesados, y iv) la utilidad de interpretar las normas que regulan la prueba anticipada a la luz del corpus juris del derecho internacional de los derechos del niño (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3332 de 2016).

En concordancia, la **Ley No. 63 del 28 de agosto de 2008** (Código Procesal Penal de la República de Panamá), en su **artículo 279**, desarrolla la figura del anticipo jurisdiccional de prueba, en el cual consagra que, “Excepcionalmente las partes podrán solicitar al Juez de Garantías, siempre que se trate de un caso de urgencia, la producción anticipada de prueba, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de un acto que, por las circunstancias o la naturaleza y características de la medida, deba ser considerado como un acto definitivo e irreproducible.

2. Cuando se trate de una declaración que, por un obstáculo difícil de superar, sea probable que no pueda recibirse durante el juicio.

3. Cuando el imputado esté prófugo y se tema que por el transcurso del tiempo pueda dificultar la conservación de la prueba.

4. Cuando sea evidente el riesgo de que por la demora se pierda la fuente de la prueba.

En los casos previstos en los numerales anteriores, el juez deberá citar a todos los que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral.

De lo actuado en esa audiencia se dejará constancia videograbada, grabada o simplemente escrita de todo lo sucedido. En la audiencia del juicio oral podrá reproducirse esa declaración o incorporarse por su lectura íntegra al acta de lo actuado en la audiencia” (Código Procesal Penal de la República de Panamá, 2008, artículo 279).

Por su parte, el **artículo 379** (lectura de pruebas en el juicio) de este mismo Código en mención, consagra que, “solo podrán ser incorporadas al juicio para su lectura o reproducción:

1. Las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba sin perjuicio de que las partes exijan la práctica de estas pruebas oralmente cuando sea posible, si es que el testigo o perito se encuentra en el lugar del juicio y ha cesado el impedimento que permitió su anticipación” (Código Procesal Penal de la República de Panamá, 2008, artículo 379). (...)

Teniendo en cuenta lo expuesto acerca del ordenamiento jurídico panameño y su regulación sobre la prueba anticipada, o como allí lo exponen “el anticipo jurisdiccional de prueba”, se puede concluir que aunque existen ciertas similitudes en cuanto a la regulación procesal penal de la figura entre Panamá y Colombia, si es claro que la legislación panameña es muy escasa, respecto a esta figura, pues a diferencia de Perú, aquí solo se expone las causales de manera general, por las cuales se podría solicitar dicha prueba, pero no se hace mención al trámite para su realización, cuestión que resulta ser inconclusa y quizás confusa para los operadores judiciales, al no tener unos parámetros para guiar su conducta, al igual que pasa en Colombia.

Por rescatar de la legislación panameña, puedo mencionar que se ha desarrollado una corriente protectora de los derechos de los niños víctimas y testigos de conductas delictivas (no se especifica ni desarrolla de manera especial el delito sexual), para propenderse por evitar su revictimización y vulneración, creándose ciertas pautas para manejar estos casos, apoyándose en la normativa internacional, específicamente en el bloque constitucional, lo que permite en cierto modo aportar a la regulación sobre el anticipo jurisdiccional de la prueba.

Capítulo VI

APORTE TEÓRICO

Luego del análisis realizado, se colige necesario que el legislador implemente una regulación diferencial para la práctica de la prueba anticipada en los delitos contra la libertad e integridad sexual (similar a la vigente para el delito de violencia intrafamiliar) del cual sean víctimas o testigos NNA, teniendo en cuenta la afectación emocional, psicológica y el impacto social que tienen esta clase de delitos. Absteniéndose así mismo, el juez al igual que en los delitos de violencia intrafamiliar, de ordenar la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral, por existir riesgo de i) revictimización; ii) violencia o manipulación; iii) afectación emocional del testigo; y iv) dependencia económica con el agresor.

La finalidad de esta regulación es principalmente: i) evitar la revictimización de los menores víctimas y testigos de esta clase de delitos, al permitirse por única vez tomar su testimonio; ii) conservar el medio de prueba, evitándose la alteración y pérdida de la prueba, que es muy común en esta clase de delitos, al tenerse en cuenta que el juicio oral transcurre al pasar los años, cuando la víctima y testigos pierden la confianza en el sistema y el interés de comparecer por la revictimización que sufren, al exigírseles recordar la ocurrencia de los hechos y muchas veces ser atacados por los operadores judiciales al formular preguntas; iii) fundamentar una sentencia sea absolutoria o condenatoria; iv) garantizar la fiabilidad del testimonio, ya que se tomaría en un tiempo cercano a la ocurrencia de los hechos, grabando la actuación y dejando constancia por escrito de la misma, para ser introducida y leída en la etapa de juicio oral; v) brindar un punto de equilibrio entre la protección de los NNA y la materialización de los derechos del procesado.

La diligencia para la práctica de la prueba anticipada que se llevaría a cabo con todas las formalidades legales, con similitud a una audiencia de juicio oral, en donde se garantice el derecho de contradicción, y al cual deberá asistir un profesional en psicología para el planteamiento de preguntas y el acompañamiento del menor, velando así siempre por sus derechos fundamentales.

Es importante también que dicha regulación consagre el trámite para la solicitud y práctica de la prueba anticipada, pues como bien se evidenció en los capítulos anteriores, la falta de una regulación específica, con parámetros de seguimiento por parte de los operadores judiciales, ha impedido que la práctica de la prueba anticipada sea activa, aun cuando la jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha señalado que es la única que permite un adecuado punto de equilibrio entre la protección de los niños, niñas y adolescentes, obteniéndose una mejor evidencia.

Esta legislación a su vez proporcionará a la etapa de juicio oral una decisión con un mayor grado de transparencia, imparcialidad, celeridad, verificación y justicia; contribuyendo a su vez en la prevención de la revictimización de los NNA víctimas o testigos de delitos sexuales, además de entregar a los operadores judiciales mejores herramientas para la investigación y juzgamiento.

Conclusiones

Con la implementación del sistema acusatorio en Colombia y con la vigencia de la ley 906 de 2004, se han implementado mecanismo de protección para la víctima concordantes con la constitución y el Estado Social de Derecho fundado, por lo que se le viene brindando mayor participación en el proceso penal a las víctimas.

La normativa vigente en materia de solicitud de práctica de prueba anticipada en el proceso penal colombiano, constituye una excepción valida al principio de la inmediación, ya que se asegura la vigencia el principio de igualdad de armas y de contradicción. La prueba anticipada resulta ser entonces un mecanismo eficaz para la producción de material probatorio y para la protección de las víctimas de delitos sexuales, pues permite el esclarecimiento fáctico en un momento oportuno y reciente a la ocurrencia de los hechos, influyendo así mismo en la convicción más allá de toda duda razonable de los operadores judiciales sobre los hechos y circunstancias materia de juicio, para estructurar un sentido del fallo condenatorio o absolutorio, argumentado y transparente sobre la responsabilidad penal de acusado.

Con observancia en el derecho comparado se pudo establecer que dicho instituto jurídico también ha sido regulado e implementado otros países como Panamá y Perú, cada uno con ciertas diferencias. Llama la atención de manera especial que en Perú es el juez de la investigación preparatoria el que conoce y decide sobre la práctica de la prueba anticipada y que esta se podrá practicar de manera especial cuando se trate de declaraciones de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos de: violación de la libertad personal; violación de la libertad sexual; proxenetismo; ofensas al pudor público; y delitos contra la libertad.

Ahora bien, de la práctica judicial se pudo evidenciar que aún es escasa la realización de prueba anticipada en el proceso penal, específicamente en los delitos sexuales, aun cuando se tiene certeza de que es un medio idóneo para lograr un punto de equilibrio entre la protección de NNA y la materialización de los derechos del procesado. Lo que a su vez permite concluir que si bien en Colombia se ha iniciado una corriente protectora de los derechos de la víctimas, permitiendo mayor participación de las mismas en el proceso penal; esto no se concreta aun en la práctica jurídica, pues al no implementarse la prueba anticipada, se está sometiendo a la víctima a un interrogatorio en la etapa de juicio oral, el cual puede llevarse a cabo años después de la ocurrencia de los hechos, lo que puede aumentar las secuelas propias de la agresión sexual, desconociéndose en si los derechos de la víctimas.

Y por último, cabe mencionar que del análisis legal se puede evidenciar lo deficiente que es la regulación sobre prueba anticipada, pues teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial al respecto, la Corte ha motivado la práctica de esta prueba en los delitos de violencia sexual, de manera especial cuando se trata de víctimas menores de edad, pero la legislación consagra unos requisitos que resultan bastante generales, confusos y que han llegado a producir vacíos en la regulación de tan importante prueba y por ende escasa práctica de la misma, sin preverse lo útil que es este instituto en el proceso penal. Es por esto que se encuentra necesario implementar una regulación diferencial para la práctica de la prueba anticipada en los delitos contra la libertad e integridad sexual (similar a la vigente para el delito de violencia intrafamiliar) del cual sean víctimas o testigos NNA.

Referencias Bibliográficas

- Arias, J. C. (2007). Pruebas en el sistema procesal penal colombiano (1 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.
- Avella, P. (2007). Estructura del Proceso Penal Acusatorio. Fiscalía General de la Nación. 1 e.d. Pág. 63.
- Bedoya, L. (2008). La prueba en el proceso penal colombiano. Fiscalía General de la Nación. 1ra e.d.
- Blanco, L., Buenahora, L. y Gómez, I. (2013). Viabilidad de la Práctica de la prueba anticipada testimonial en víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de catorce años (Tesis de Posgrado) Universidad Libre de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Maestría en Derecho Penal. Bogotá. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7541/BlancoMartinezLuisJose2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Botero Muñoz, M. A. (2018). La prueba anticipada testimonial en víctimas de delitos sexuales como herramienta eficaz para evitar la revictimización y asegurar la veracidad de la prueba (Especialización en Sistema Procesal penal). Manizales: Universidad de Manizales, Facultad de Derecho.
- Camargo, P. P. (2006). Manual de Enjuiciamiento Colombiano. Sistema Acusatorio y Juicio Oral Público. Bogotá: Editorial Leyer.

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 11. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004 (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 154. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004 (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 274. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004 (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Arts. 284 y 285. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004 (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Constitución Política Da La República De Colombia [Const]. Art. 15. Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991 (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr008.html#top

Constitución Política Da La República De Colombia [Const]. Art. 16. Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991 (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr008.html#top

Constitución Política Da La República De Colombia [Const]. Art. 29. Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991 (Colombia).
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr008.html#top

Constitución Política Da La República De Colombia [Const]. Art. 250. Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991 (Colombia).
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr008.html#top

Corte constitucional. Sala plena. Sentencia C- 591 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; junio 9 de 2005).

Corte constitucional. Sala plena. Sentencia C- 1154 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; noviembre 15 de 2005).

Corte constitucional. Sala plena. Sentencia C- 209 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; marzo 21 de 2007).

Corte constitucional. Sala plena. Sentencia C- 177 de 2014 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla; marzo 26 de 2014).

Corte constitucional. Sala segunda de revisión. Sentencia T- 116 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Gurrero Pérez; febrero 23 de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. Sentencia SP14844 de 2015, Rad. No. 44056 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar; octubre 28 de 2015).

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. Sentencia SP3332-2016, Rad. No. 43866 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar; marzo 16 de 2016).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP606-2017. Rad No.44950 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar; enero 25 de 2017).

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. Sentencia SP5021-2021, Rad. No. 58853 (M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán; noviembre 10 de 2021).

Decreto legislativo No. 957. Por el cual se promulga el Nuevo Código Procesal Penal del Perú [NCP]. Julio 22 de 2004 (Perú, Congreso de la República).
http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217A (III). Artículo 10. Diciembre 10, 1948.
<http://www.equidadmujer.gov.co/ejes/Documents/NormativaNacional/Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20Derechos%20Humanos%20de%201948.pdf>

Durham, N. (2020). Guía Jurisprudencial sobre conceptos acusatorios. Embajada de los Estados Unidos en Colombia, Departamento de Justicia de los EE. UU – Agencia OPDAT. 2da e.d. Pág. 94.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 68. Julio 17, 1998.
<http://www.equidadmujer.gov.co/ejes/Documents/NormativaNacional/Estatuto%20de%20la%20Corte%20Penal%20Internacional%20de%201998.pdf>

Fernández, W. (2006). Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Librería Ediciones del Profesional LTDA., Volumen II. 1 e.d., Bogotá

García, M., (2015). Protocolo sobre la constitución de declaración única a víctimas de violencia sexual en prueba anticipada, Junín 05. <https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2016/05/Protocolo-PJ-Junin.pdf>

Huertas, O., García, F., Cáceres, V. (2011). Los derechos de la Víctima del delito en la ley 906 de 2004: Análisis de su reconocimiento y evolución jurisprudencial. Revista No. 25 VERSA IURIS, Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá D.C.

La Rota, M. (S.F). Documentos de política pública y política criminal, Análisis de sentencias absolutorias. Fiscalía General de la Nación. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Sentencias-absolutorias-vf.pdf>

Ley 1719 de 2014. Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2002, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. Artículo 13. Junio 18 de 2014. DO. N° 49.186. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1719_2014.html#:~:text=La%20opresente%20ley%20tiene%20por,asociada%20al%20conflicto%20armado%20interno

Moreno, V. y Cortés, V. (2012). Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 201-203.

Mantilla, S. y Avendaño, B. (2020). Victimización Judicial, una mirada a la atención del sistema jurídico a víctimas que interponen la denuncia. *Revista republicana*, 29. <https://doi.org/10.21017/rev.repub.2020.v29.a87>

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Equipo de Justicia Criminal y Reforma Penitenciaria, (2014). El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá. Opinión técnica Consultiva No. 001 de 2014, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá.

Pérez, V. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. Módulo IV para Defensores Públicos. Defensoría del pueblo. Capítulo 9. (p.71-73) <https://litigacionoral.com/wp-content/uploads/2017/03/Modulo-de-Pruebas.pdf>

República de Panamá, Asamblea Nacional. Ley No. 63 del 28 de agosto de 2008, Código Procesal Penal de la República de Panamá.

Resolución No. 60/147 sobre “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario e interponer recursos y obtener reparaciones”. Naciones Unidas de derechos humanos. Diciembre 10 de 2005. <https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/DirectivaDDH/PDBR.pdf>

Riaño Paipilla, A. C. (2014). Práctica y valoración de la prueba anticipada ante la presunta falta de aplicación del principio de inmediación en el juicio oral penal colombiano (Diplomado técnicas de juicio oral- opción de grado). Universidad La Gran Colombia. Facultad de Posgrados y formación continua.

Sánchez, C., (2016). Acuerdos y allanamientos. Descubrimiento probatorio anticipado. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.

Solórzano Rojas, C. R. (2021). La Etapa Intermedia en el Procedimiento Acusatorio-adversarial de Colombia. Universidad Santo Tomas.
<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/33502>

Zamora, M. La búsqueda de la verdad en el proceso penal.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33626.pdf>

Zelada, J., (2021). La entrevista investigativa videograbada como sistema para prevenir la revictimización a favor de niños, niñas o adolescentes víctimas o testigos de delitos sexuales. Tesis para optar el título de abogado. Chiclayo, Perú. Universidad católica Santo Toribio de Mogrovejo. Facultad de derecho.