

**EL ESTÁNDAR DE PRUEBA COMO APOYO A LA PRUEBA DE REFERENCIA EN DELITOS SEXUALES  
CON MENORES DE 14 AÑOS.**



**LUIS GERARDO LÓPEZ PINZÓN**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de  
**Magíster en Derecho Procesal Penal**

Director

**OMAR ANTONIO HERRÁN PINZÓN**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL**

**BOGOTÁ D.C., enero de 2022**

## Contenido

<i>EL ESTÁNDAR DE PRUEBA COMO APOYO A LA PRUEBA DE REFERENCIA EN DELITOS SEXUALES CON MENORES DE 14 AÑOS.</i> .....	3
<i>THE TEST STANDARD TO SUPPORT THE BENCHMARK TEST IN SEXUAL OFFENSES WITH UNDER 14 YEARS OF AGE.</i> .....	4
<i>Introducción.</i> .....	5
<i>Objetivo General:</i> .....	8
<i>Objetivos específicos.</i> .....	8
<b>Capítulo 1.</b> .....	10
<b>Desarrollo del proceso penal en Colombia.</b> .....	10
<i>Material probatorio en los delitos que atentan contra la libertad sexual.</i> .....	16
<i>Examen sexológico a las víctimas de violencia sexual.</i> .....	19
<i>Testimonio de las víctimas de delitos sexuales.</i> .....	22
<b>Capítulo 2.</b> .....	27
<b>Que es el nivel de convencimiento en la emisión de una sentencia.</b> .....	27
<i>Demostración del convencimiento en la emisión de una sentencia.</i> .....	31
<i>Elementos materiales probatorios valorados por regla general para la emisión de una sentencia.</i> .....	33
<b>Capítulo 3.</b> .....	40
<b>Estándar de prueba en el proceso penal colombiano.</b> .....	40
<i>Que es una prueba de corroboración.</i> .....	43
<i>Que es una prueba de referencia.</i> .....	45
<i>Que diferencia existe entre la prueba de corroboración y la prueba periférica.</i> .....	48
<i>Como se utilizan las pruebas de corroboración o periférica en la emisión de una sentencia en Colombia.</i> .....	50
<i>Sistema interamericano.</i> .....	56
<b>Conclusiones.</b> .....	59
<b>Referencias.</b> .....	70

# ***EL ESTÁNDAR DE PRUEBA COMO APOYO A LA PRUEBA DE REFERENCIA EN DELITOS SEXUALES CON MENORES DE 14 AÑOS.***

## **Resumen**

El presente trabajo busca exponer la necesidad de la creación de un estándar de prueba, dentro de los procesos que investigan delitos sexuales contra menores de 14 años en el territorio colombiano; en el cual se busca, la identificación del concepto de estándar de prueba alrededor del mundo con respecto a los delitos sexuales, y se expone como de vital importancia el grado de conocimiento *más allá de toda duda razonable* dentro de la emisión de una sentencia de carácter condenatorio; el presente documento se realiza utilizando el método hermenéutico analítico de tipo cualitativo, en razón, a que se desarrolla recopilando información y realizando una identificación de parámetros académicos que permiten a su vez realizar una valoración conceptual.

***Palabras Clave:*** Estándar de prueba, delitos sexuales, conocimiento más allá de toda duda razonable, valoración probatoria, prueba de referencia y sentencia condenatoria, prueba de corroboración.

# ***THE TEST STANDARD TO SUPPORT THE BENCHMARK TEST IN SEXUAL OFFENSES WITH UNDER 14 YEARS OF AGE.***

## **Abstract**

This work seeks to expose the need for the creation of a standard of evidence, within the processes that investigate sexual crimes against minors under 14 years of age in Colombian territory; in which the identification of the concept of standard of evidence around the world with respect to sexual crimes is sought, and the degree of knowledge beyond all reasonable doubt is exposed as of vital importance within the issuance of a sentence of character condemnatory; This document is carried out using the qualitative analytical hermeneutical method, because it is developed by collecting information and identifying academic parameters that in turn allow a conceptual assessment.

**Key Words:** Standard of evidence, sexual offenses, knowledge beyond reasonable doubt, evidentiary assessment, reference test, conviction, corroboration test.

## *Introducción.*

El Estado Colombiano en la década de los años 90 realizó un cambio en su normatividad constitucional, como consecuencia de dicha reforma se proclamó la constitución de 1991; entre los cambios que se pueden evidenciar en el nuevo texto constitucional se encuentra el cambio de modelo de Estado, el cual pasó de un Estado de Derecho a un modelo de Estado Social de Derecho, cimentado en el respeto al ser humano y a la dignidad que lo identifica, lo que conlleva un cambio significativo en el modelo de justicia que se tiene que implementar dentro del territorio nacional (Lozano, L. F. G., 2011).

Según lo referenciado por la Corte Constitucional Colombiana, el término de Estado Social de Derecho implica: que las diferentes actuaciones de los entes gubernamentales deben dirigirse a la protección de los derechos humanos y con miras de garantizar la dignidad humana (Corte Constitucional, 1998); con respecto al cambio del modelo de justicia aplicable en el territorio colombiano, al igual que todas las actuaciones del Estado, deben estar fundadas en la dignidad humana y en el respeto de los derechos y garantías fundamentales.

Lo anterior, trajo cambios en la administración de justicia y en el modelo penal basado en el respeto de la dignidad humana; se hace necesario hacer énfasis que el modelo de juzgamiento anterior se basaba en el método inquisitivo, el cual se transformó por medio de la reforma al código de procedimiento penal en un modelo acusatorio adversarial oral, con el fin de humanizar el proceso y garantizar los derechos fundamentales (Osorio Ocampo, O. A., & Sierra Sierra, L. A., 2016).

En el mismo sentido y según lo establecido en el texto constitucional, en el ordenamiento interno se debe respetar no solo lo establecido en la constitución política, sino también los tratados internacionales; con respecto a estos últimos, se debe velar por la aplicación de todos aquellos mecanismos internacionales que tengan como fin, la protección de los derechos humanos (Constitución Política, 1991).

Dentro de las prebendas que trajo consigo la modificación del ordenamiento colombiano expresado en la ley 906 de 2004, se establecieron principios rectores sobre los cuales deben fijarse y sustentarse las actividades judiciales; entre algunos de los que se puede resaltar son: la presunción de inocencia, el derecho a la defensa material, el derecho de contradicción e inmediación de la prueba y el de la concentración de las actuaciones (República de Colombia, 2004).

De lo descrito en el párrafo anterior, la presunción de inocencia y los demás derechos establecidos en el ordenamiento legal colombiano para la realización de la investigación llevada a cabo por el ente de persecución, en el caso colombiano por la Fiscalía General de la Nación, además de estar establecido en el ordenamiento procesal penal y en la constitución política, se desarrolla lo establecido por el ordenamiento interamericano; en estos tres cuerpos normativos se estipula que toda persona se presume inocente hasta que no sea vencida en juicio, donde se demuestre su responsabilidad penal; de tal manera que en todo el proceso se debe tratar al investigado como una persona que aún no ha sido vencida en juicio; de allí la importancia de describir los patrones de la presentación de pruebas y como estas pueden afectar estos principios cuando no son practicadas en su momento procesal, ni bajo el rito procesal correspondiente.

Dicho lo anterior y con respecto al presente trabajo de investigación, la pregunta que se desarrolló corresponde si ¿Es necesario o no, establecer un estándar de prueba frente a la prueba de corroboración o la prueba de referencia en los juicios por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos contra menores de 14 años?

Con respecto al anterior cuestionamiento, es necesario identificar por qué el establecimiento de un *estándar de prueba* le permitiría al juez de conocimiento al momento de valorar las pruebas para tomar una decisión, llegar a un mayor grado de convencimiento “*más allá de toda duda razonable*”, para la valoración de la prueba de corroboración como apoyo a la prueba de referencia a fin de determinar la responsabilidad penal del procesado, evitando condenas injustas.

De tal manera la presente investigación resulta útil, toda vez que podría ayudar a establecer pautas para la creación de estándares de prueba para que puedan ser tomados en cuenta por el juez de conocimiento, frente al juzgamiento de delitos que atentan contra la libertad sexual cuando las víctimas son menores de 14 años, al momento de condenar al procesado, utilizando pruebas de referencia, cuando no concurra la víctima a rendir su testimonio en juicio; utilizando pruebas periféricas o de corroboración.

No obstante, a efecto de evitar una condena injusta, cuando exista una duda en el proceso, es decir condenar a una persona que aún se puede considerar inocente, es necesario establecer un estándar de prueba para la valoración de la prueba periférica o de corroboración, en aquellos casos donde se indique una posible culpabilidad del investigado, pero se carezcan de los suficientes elementos probatorios a fin de sustentar dicha responsabilidad penal.

Para dar cumplimiento a la pregunta de investigación propuesta en la parte antecedente de este documento, se establece consecuentemente un objetivo general y tres objetivos específicos los cuales guiarán la realización de la investigación y ayudarán a dar respuesta a la pregunta de investigación aportando el material académico correspondiente; por lo anterior se tiene:

***Objetivo General:***

Determinar la necesidad de un *estándar de prueba* que permita obtener al juez de conocimiento un grado de certeza *más allá de toda duda razonable*, como apoyo en la valoración de la prueba de referencia frente a la comisión de conductas contra la libertad, integridad y formación sexual cometidas contra menores de 14 años.

***Objetivos específicos***

1. Identificar el manejo actual en el territorio colombiano de las pruebas en los delitos que afectan la libertad, integridad sexual contra menores de 14 años.
2. Determinar cómo se obtiene el nivel de conocimiento para emitir una sentencia condenatoria en Colombia frente a los delitos sexuales contra menores de 14 años.
3. Establecer en que consiste una prueba de corroboración o periférica, en el sistema penal acusatorio colombiano y en el sistema interamericano.

La presente investigación se realizará por medio de la utilización del método hermenéutico analítico de tipo cualitativo; en razón a la recopilación de información y la identificación de parámetros académicos que permiten a su vez realizar una valoración conceptual.

El enfoque del presente trabajo es de carácter descriptivo, dado que se realiza una identificación de los elementos que configuran el marco conceptual de la prueba de referencia, la prueba de corroboración o periférica y los estándares de prueba.

Por lo anterior se emplean diferentes fuentes entre las primarias se encuentran la legislación colombiana, la jurisprudencia interna y la jurisprudencia interamericana, así como obras bibliográficas, artículos de revistas, documentos académicos.

La información recopilada es sometida a análisis de prelación, frente a contenidos relacionados con la problemática abordada, de esta forma resolver los objetivos específicos y el general propuestos en esta investigación, con el fin de aportar al conocimiento académico denominado “El estándar de prueba como apoyo a la prueba de referencia en delitos sexuales con menores de 14 años” para apoyar la labor del juez de conocimiento al momento de realizar la valoración probatoria de los elementos otorgados en el juicio, para poder emitir una sentencia, sea esta absolutoria o condenatoria.

## **Capítulo 1.**

### **La prueba pericial en los delitos que afectan la libertad, integridad sexual contra menores de 14 años.**

En primera medida se debe establecer el carácter dinámico del derecho, de manera especial el derecho penal, el cual debe ir acorde a los avances presentados en la sociedad, máxime en lo que respecta a la protección de derechos y garantías fundamentales, toda vez que al realizarse una investigación y realizar con correcto devenir del proceso, en algún momento del mismo puede limitar o restringir derechos fundamentales (Bernal, L. F. S., 2005).

Ahora bien, los diferentes Estados han transitado por diversos métodos para realizar la investigación y juzgamiento de conductas criminales; entre los que podemos destacar, el sistema inquisitivo y el acusatorio; el primero se caracteriza por una aplicación dictatorial y despótica, desarrollado de manera escritural y completamente secreta; respecto del segundo método, se destaca un desarrollo oral y adversarial que permite el ejercicio de los derechos y las libertades individuales, de manera adicional se destaca la división de funciones dentro de los órganos de Estado con respecto a quien realiza la investigación y quien emite la condena propiamente dicha (Avella Franco, P. O., 2007).

En el caso colombiano, el cambio se evidencia en la normatividad procesal penal, de tal manera encontramos la ley 600 de 2000 y la ley 906 de 2004; la primera ley desarrolla el modelo inquisitivo con todas las características antes referenciadas y la segunda establece en el territorio colombiano el sistema penal acusatorio adversarial.

Para la materialización del sistema penal acusatorio en el territorio colombiano, se estableció el acto legislativo 3 de 2002, el cual desarrolló en primera medida la separación de funciones del ente de investigación y del juez que conoce el proceso; fortaleció la indagación realizada por parte de la fiscalía, a quien se le atribuyó la función de investigar los hechos del proceso, materializando las garantías procesales, de conformidad a lo establecido en la carta magna y en los tratados internacionales (República de Colombia, 2002).

Los cambios que se realizaron por medio de la ley 906 de 2004 fueron analizados en su momento por la Corte Constitucional Colombiana, estableciendo que el desarrollo producido por la ley procesal penal, fortaleció la actividad de la fiscalía, concentrando los esfuerzos en el recaudo de la prueba; se estableció un juicio oral y público, en donde se ejerce un derecho efectivo de contradicción, con distinción clara de funciones entre los administradores de justicia, estableciendo especial cuidado con lo estatuido por el Pacto de San José; modificó el principio de permanencia de la prueba, para que esta sea presentada en el juicio oral y en frente del juez de conocimiento; incorporó la figura del principio de oportunidad y se implementó la figura del juez de control de garantías (Corte Constitucional, 2005).

Dentro de las prebendas que trajo el cambio de modelo procesal de ley 600 de 2000 a la Ley 906 de 2004 se encuentra el establecimiento de una serie de principios rectores que deben estar presentes en todo el devenir del proceso (República de Colombia, 2004), entre los principios de mayor importancia con respecto al proceso se encuentran: el de la presunción de inocencia, debido proceso, *in dubio pro reo*, contradicción, concentración y el de inmediación de la prueba.

Respecto al principio de presunción de inocencia, encontramos que es un fundamento de raigambre constitucional, contemplado en el Art. 29 de la Constitución Política y desarrollado en el Art. 7 de la Ley 906 de 2004; en el anterior apartado legal se estipula que “*toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal*” (República de Colombia, 2004, art 7). Como se puede evidenciar en el cuerpo normativo, las actuaciones realizadas por el ente investigador sobre la comisión de las conductas punibles, deben respetar este principio durante el proceso, hasta que se produzca la emisión de una sentencia de carácter condenatorio por parte del juez de conocimiento.

Este principio se presenta de la mano con el del *in dubio pro reo* (duda a favor del preso), el cual es uno de los pilares fundamentales en la actuación penal; sobre el particular, es importante determinar que bajo la aplicación de este principio, es la Fiscalía General de la Nación como ente investigador quien debe desplegar todas aquellas actividades pertinentes para demostrar no solo la ocurrencia de los hechos, sino la responsabilidad del procesado en los mismos; en el devenir del proceso cualquier ápice de duda que exista en el juzgador deberá ser resuelta a favor del acusado; bajo este principio la fiscalía en ningún momento podrá invertir la carga probatoria para que el acusado demuestre su inocencia, toda vez que es responsabilidad del ente acusador demostrar la culpabilidad y en el caso de no hacerlo, el juez debe emitir una sentencia absolutoria (Gonzales Bazán, L. E., 2019).

Respecto de lo anterior, es menester establecer que no solo se aplica en los sistemas que manejan derecho positivo, sino también en los países que aplican el modelo del *common law*, de esta manera la presunción se maneja como un principio común en todo el derecho penal; como modelo de comparación encontramos lo establecido en la Corte

Suprema de USA que en el año de 1979 establece que la protección de este principio se debe propender en todo el proceso de impartición de justicia dentro del proceso penal (U.S. Supreme Court, 1979).

En igual sentido, la presunción de inocencia al ser un derecho que poseen todos los procesados, a que se considere desde el mismo momento de la apertura del proceso hasta su finalización con la sentencia, sea esta condenatoria o absolutoria y que a la misma no le quepa ningún recurso es decir que quede en firme, este principio es especial; asegura en cierta medida, la objetividad del juzgador y la realización de un adecuado trabajo por parte del ente investigador.

En el estudio de este principio, doctrinantes como Ferrajoli establecen que: este principio en un sentido estricto permite que la realización del juicio oral se presente bajo el postulado de la refutación de los elementos materiales probatorios y que el juzgador está bajo la objetividad que le da la presentación de las pruebas; no se puede emitir una condena cuando hay un ápice de duda al respecto de la responsabilidad que no fue resuelta por el ente investigador; en igual sentido este principio sustenta la libertad como regla general dentro de la investigación, toda vez que no se puede privar de manera injustificada a una persona que no ha sido vencida en juicio (*Ferrajoli. Luigi, 2001*).

De igual manera, el principio de la presunción de inocencia se encuentra contemplado en la Convención Americana de los Derechos Humanos, la cual en su artículo 8 establece que "*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se compruebe legalmente su culpabilidad*" (Humanos, C. A. D. D, 1969); en el estatuto interno colombiano debe ser aplicado por el bloque de

constitucionalidad establecido en el artículo 93 de la carta magna; respecto a este principio la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que: este principio instituye una de las garantías esenciales dentro del proceso penal, transformada según su estudio en una protección básica aplicable por los Estados, al momento de la emisión de una sentencia de carácter condenatorio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004).

Ahora bien, respecto a la relación establecida entre el principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* es íntima e inexorable; toda vez que del primero se desprende el segundo, debido a que el segundo es un criterio auxiliar, desarrollando de esta manera la correspondencia íntima existente entre estos dos preceptos que son aplicados con el mismo rigor legal y estudiado a nivel doctrinal y jurisprudencial (Nogueira Alcalá, H., 2005). Por lo anterior, la traducción del latín del *in dubio pro reo* se determina entonces, como que la duda existente en el proceso penal y que no se haya solventado con la investigación del ente fiscal, debe ser resuelto a favor del procesado por no lograr desvirtuar de la inocencia del mismo (Zapater, E. B., 1988).

Respecto a este principio ha declarado la Corte Suprema de Justicia Colombiana en sala de casación penal, que la aplicación del principio de *in dubio pro reo* obliga al juez de conocimiento, a declarar la inocencia o emitir sentencia absolutoria, cuando el ente acusador no hubiese podido demostrar más allá de toda duda razonable, la culpabilidad o responsabilidad del acusado en el hecho investigado (Corte Suprema de Justicia, 1997); lo establecido por parte de la Corte Suprema de Justicia bajo el precepto jurisprudencial, debe ser aplicado por parte de los jueces de la república.

Frente a los principios de contradicción e inmediación, es resuelto de igual manera por parte de órgano legislativo colombiano, quien por medio de acto legislativo 003 de 2002 establece en su artículo 250, que los anteriores principios son garantías que le pertenecen al sistema penal acusatorio; toda vez que se considera que el debate que define la responsabilidad de un procesado, debe presentarse de manera efectiva por medio de un debate contradictorio, en el cual participen de manera activa tanto el ente acusador como la defensa del procesado, para que los elementos que se pretendan introducir como prueba sean debidamente debatidos entre las partes (República de Colombia, 2002).

Complemento de lo anterior es menester determinar, que la importancia de la contradicción de los elementos materiales probatorios que se pretendan incorporar como prueba en el juicio, radica en la visión que puede adquirir el juez de los mismos, ya que son las pruebas el sustento de la emisión de una sentencia, sea de carácter absolutorio o condenatorio.

De otra parte, de conformidad a lo estatuido en el código de procedimiento penal, refiere que las pruebas serán únicamente aquellas que se surtan en el juicio oral concentrado, que hayan sido objeto de contradicción por las partes, que sean introducidas e incorporadas de manera pública, en la audiencia de juicio oral frente al juez de conocimiento (República de Colombia, 2004).

Respecto a los anteriores principios, la Corte Constitucional ha referido que los principios del sistema acusatorio, en cuanto a la inmediación probatoria es de vital importancia, por cuanto su finalidad es la de garantizar que el juicio sea lo más justo posible, donde se ejerza un control formal sobre la producción de la prueba y que se

cumplan los protocolos de cadena de custodia antes de ser presentadas en la etapa de juicio oral (Corte Constitucional, 2005b).

A pesar de lo establecido en párrafos precedentes, respecto a la introducción de la prueba al juicio oral, el código de procedimiento penal de igual manera expuso, que sólo en circunstancias expresamente establecidas, se podrá tener como prueba, aquella que haya sido obtenida de manera anticipada; con respecto a esta, puede ser solicitada por cualquiera de las partes por extrema necesidad y con el fin de evitar la pérdida o alteración del medio probatorio para que pueda ser practicada, corroborada por parte del juez de control de garantías (República de Colombia, 2004).

### ***Material probatorio en los delitos que atentan contra la libertad sexual.***

Respecto de los delitos sexuales, es menester establecer que su manejo a nivel del juicio, es el mismo que el de cualquier delito establecido en la ley 599 de 2000; sin embargo, la contemplación que se hace cuando las víctimas son mujeres, ha sido un poco más beneficiosa respecto de los hombres; como ejemplo tenemos, la llamada ley Rosa Elvira Cely, que da una pena mayor a los delitos en contra de las mujeres, entre ellas los delitos que atentan contra la libertad sexual.

Sin embargo, sin importar el sexo de la víctima, se busca por parte de la legislación colombiana la no revictimización de las personas, al momento de ser practicadas las pruebas; respecto de las mujeres, dicho fin está sustentado en tratados internacionales que buscan la eliminación de la discriminación de la mujer; tratados que han sido debidamente suscritos y ratificados por Colombia (Sierra, L. M. G., 2013).

Por el modo de la comisión de la conducta delictiva, respecto a los delitos que vulneran la libertad sexual de las personas y del reproche social que tiene el mismo, la Fiscalía General de la Nación debe hacer un trabajo sobre la recolección de los elementos materiales probatorios en un tiempo *record*; toda vez que entre los elementos se pueden encontrar fluidos humanos degradables, que pueden perderse con facilidad; de manera adicional, debe garantizar la efectividad de la cadena de custodia sobre los mismos elementos, para que puedan ser correctamente introducidos en el juicio oral (Fiscalía General de la nación, 2016).

Sobre el particular es menester determinar que, al momento de la recolección de los elementos materiales probatorios obtenidos tanto por la fiscalía como por la defensa, deben ser espiados conforme a las exigencias legales, presentadas por el código de procedimiento penal y sólo son obtenidas como pruebas, después de la controversia en el juicio oral con la observancia de la inmediación y concentración de la prueba (Duce, M., & Baytelman, A., 2004).

Conforme a lo anterior, es importante establecer que tanto la fiscalía como la defensa tienen un momento procesal determinado para la solicitud y presentación de los elementos materiales probatorios; en el caso de la fiscalía por regla general se realiza con la presentación del escrito de acusación y en el caso de la defensa en la audiencia preparatoria (República de Colombia, 2004); a pesar de lo anterior por medio de la aplicación de la jurisprudencia existe la posibilidad de exigir a la defensa el descubrimiento probatorio en la audiencia de formulación de acusación, para que esta posibilidad se presente la Corte Suprema de Justicia en el año 2008 ha determinado los casos en los que se presenta este descubrimiento por parte de la defensa ( Corte Suprema de Justicia, 2008d).

Ahora bien, agotado el procedimiento anterior establecido en la ley o en la excepción jurisprudencial es el Juez de Conocimiento que acepta por su pertinencia, utilidad y congruencia con los hechos jurídicamente relevantes los elementos materiales probatorios que se van a practicar en juicio oral; en consecuencia, es el juez de conocimiento quien en la realización de la audiencia de juicio oral, donde se realiza la práctica de las pruebas decretadas, hará un examen acucioso de las mismas; el cual servirá de fundamento para que se tome una decisión que *más allá de toda duda razonable*, establezca la responsabilidad o la inocencia del acusado en la sentencia.

Sin embargo, respecto a los delitos que afectan los derechos sobre la libertad y formación sexual de las personas, se presenta una problemática con la recolección de los elementos materiales probatorios; entre ellos encontramos los escasos elementos que puedan ser llevados a juicio, la dificultad de la conservación de las pruebas, la dificultad respecto a la cadena de custodia y como última medida, la dificultad en la presentación del testimonio de la víctima o del victimario (Camara, L., & Gutierrez, I. , 2021).

Entre los elementos materiales probatorios que se pueden presentar en la investigación de los delitos sexuales, evidenciamos el examen médico legal sexológico; este examen concebido como una prueba pericial por la complejidad que atañe su recolección y producción, representa una de las pruebas más importantes para la demostración de responsabilidad en una investigación de carácter sexual; la recolección de este dictamen debe estar a cargo del médico legista, en el cual recae la responsabilidad de la obtención de evidencia física y de asegurar la cadena de custodia de los elementos que se puedan recolectar o recopilar con la realización del mismo (Adams, J. A., 2010).

A pesar de lo establecido con anterioridad, el examen sexológico cuando es practicado en debida forma, puede contener una descripción detallada de lo encontrado, que pueda certificar los daños ocurridos; pero cuando no se practica con la exigencia académica solicitada, puede producir un resultado deleznable y de poca claridad y es una posibilidad que debe ser contemplada, máxime en un estado como el colombiano, donde la práctica de este examen puede estar viciado por el desconocimiento del galeno o de la premura en la recolección de los rastros; el anterior tema ha sido estudio por diferentes autores que han expuesto que, en ocasiones por las condiciones físicas de las víctimas, no se presentan signos comunes en las agresiones sexuales, que de igual manera deben ser estudiados y analizados por el juzgador (Valencia, C. T., Montes, O. L. B., Cruz, L. L. P., Riascos, H. A., Monsalve, L. C., Vásquez, M. V., & Cifuentes, M. S, 2016)

### ***Examen sexológico a las víctimas de violencia sexual.***

Entre el material probatorio que se pueden recolectar en los delitos sexuales, existe el examen sexológico; el cual es el medio idóneo para la recolección de material biológico que permita la identificación del victimario y la certificación de la ocurrencia de los hechos.

Para la realización del examen sexológico se debe tener en cuenta primeramente la persona quien va ser objeto del examen y con ello realizar una correcta actuación por parte del galeno quien realice el procedimiento, evitando con lo anterior una vulneración de derechos sobre la víctima objeto del estudio y una revictimización de la misma; entre las consecuencias médicas que pueden devenir de una agresión sexual pueden ser enfermedades de transmisión sexual como el VIH entre otras; estas consecuencias medicas pueden ser detectadas o determinadas en el examen sexológico que se realiza a la posible

victima (Realpé, S. P. M., Barreto, M. R., Ferrand, P. A. S., González, L. A., & Pinzón, A., 2013).

Como se ha establecido en párrafos precedentes, el fenómeno de la comisión de delitos sexuales no se presenta únicamente en el territorio nacional, por tal razón, los esfuerzos de los Estados se han enfocado en crear un cuerpo normativo internacional que ayude a la protección de los derechos de las víctimas; sin embargo, esta no es la única acción que han realizado los Estados; en el campo de la ciencia médica (una práctica universal) la cual es utilizada en el derecho, sobre todo en el derecho penal, ha implementado en su actividad una serie de procedimientos que tienden a ser universales en la recolección de material biológico, cuando se está en presencia de un posible delito de índole sexual (Jovell, A. J., & Navarro-Rubio, M. D., 1995).

Como consecuencia de lo anterior en el examen físico se hace una valoración integral del caso; en el cual se realiza una precedente anamnesis que en conjunto con el examen físico dan como resultado la obtención de material biológico; el cual se traduce a nivel jurídico como indicios, los cuales deben ser sujetos a cadena de custodia para su preservación, conservación y aseguramiento, según lo expresado en la legislación de cada uno de los Estados, (Galarza Pazmiño, M. D. L. A., 2018).

Entre los métodos utilizados para la realización en forma correcta del análisis médico encontramos la colposcopia y la coloración con el azul de toluidina; de igual manera se evidencia la escala de gravedad de lesiones genitales o en inglés (Genital Injury Severity Scale: GISS).

Sobre el primer método, la colposcopia, se define como el análisis macroscópico y microscópico del cuello uterino; este examen se practica únicamente a las mujeres y se busca con la realización de mismo, analizar si el útero estudiado se encuentra de acuerdo a los parámetros médicos establecidos a razón de edad, partos tenidos y el ciclo hormonal; el examen en el orificio cervical puede denotar la violencia ejercida en contra de la mujer en el evento de un acceso carnal violento (Sellors, J. W., & Sankaranarayanan, R., 2003).

El segundo método es la aplicación de la coloración con el azul de toluidina; este componente químico también es conocido como cloruro de tolonio, es un pigmento que tiñe el tejido nervioso y permite detectar las células superficiales que son expuestas durante la agresión sexual; por dicha razón, el examen médico forense realizado a una presunta víctima de agresión sexual, es utilizado como elemento material probatorio que evidencia lesiones en el área vaginal u anal de la persona; por lo general, este examen se realiza por medio de la utilización de un hisopo que contiene el material químico aplicado en las áreas genitales de la persona; por regla general se aplica antes del examen interno que se realiza por medio de un espéculo; con la realización de este examen se busca la identificación de las agresiones a tiempo por parte del galeno (Vallejo, P., & del Cisne, A., 2018).

Como tercer método se evidencia la escala de gravedad de lesiones genitales; el cual es un estudio estandarizado para la diferenciación de lesiones físicas relacionadas con actos sexuales cometidos dentro de una agresión sexual; lo anterior, bajo el supuesto de la severidad de unas heridas ocasionadas por una agresión sexual; entre las evidencias más relevantes que se pueden presentar en este tipo de sucesos, se encuentran afectaciones en el clítoris o áreas cercanas, cambios de color, hinchazón en la zona, tensión en los labios vaginales, rastros en vía perinatal o en la zona anal (Galarza Pazmiño, M. D. L. A., 2018).

Corroborando lo expuesto en los párrafos precedentes, la realización del examen médico legal es de vital importancia; toda vez que es el mecanismo adecuado para la recolección del material biológico de las posibles víctimas de agresión sexual cuando es realizado dentro de un tiempo prudente, después de la realización del acto; la realización de este examen médico representa un elemento material probatorio de vital importancia para la determinación no solo de responsabilidad sino también la identificación del agresor o agresores.

### ***Testimonio de las víctimas de delitos sexuales.***

En la comisión de conductas que atentan contra la integridad y formación sexual, de forma general, la ocurrencia de los hechos se presenta en el espectro interno de los involucrados; es usual que los testimonios que se puedan presentar en el juicio oral sean la versión de la víctima y del victimario; a razón de lo anterior, es el testimonio uno de los medios cognoscitivos que tiene el juez para la determinación de la responsabilidad o inocencia de los hechos que están siendo objeto de investigación (Ortiz, J. L. R., 2020).

Respecto al testimonio tanto de la víctima como del victimario, en la realización del juicio oral puede ser objeto de contradicción por parte de la contraparte, sin embargo, esta acción debe estar sujeta a las características del contrainterrogatorio establecidos por la ley de procedimiento penal (República de Colombia, 2004).

El testimonio es un medio de prueba, en el cual la víctima del suceso o un tercero, brindan según lo evidenciado por sus sentidos los hechos jurídicamente relevantes; sin embargo, cuando el testimonio versa sobre hechos sexuales este se convierte en una pieza fundamental, toda vez que como se estableció con anterioridad, la ocurrencia de los hechos se presenta en la esfera más íntima de las víctimas; sin embargo, la entrevista se puede

presentar de dos maneras: la primera cuando persona que responda sea un medio y la segunda cuando el relato se presenta ante una autoridad judicial.

Respecto al primer tipo de testimonio, se puede decir que es aquel que rinde la víctima frente a un médico forense; este dictamen se basa en un meticoloso y detallado reporte por parte del galeno que recibió el caso; consiste en un recuento de los hechos ocurridos, donde se describe de manera detallada el estado psicológico de la persona a la que se le realiza el examen, con especial cuidado cuando la víctima es un menor de edad, toda vez que la narración de los hechos de este tipo de personas es muy complicado debido la terminología utilizada por ellos, aunque dichos relatos también puede variar de la edad en la que se encuentren; durante la realización del examen se tienen en cuenta datos familiares y antecedentes médicos personales, entre lo que se relacionan el historial psicológico y psiquiátrico; si es mujer se establece información cómo fecha de la última regla, parto, ultimo código o el uso de anticonceptivos; en caso de ser hombre si desarrolla algún tipo de relación anal; sobre el particular es especialmente relevante la fijación en el documento del estado anímico y psicológico de la víctima, siendo enfáticos en sentimientos como la culpa, vergüenza, impotencia, miedo, humillación, depresión, enojo, confusión o irritación; con el devenir del proceso se debe evitar términos despectivos o que atenten contra la integridad del paciente; contrario sensu el galeno debe ser respetuoso evitando en todo momento, la revictimización y sobre todo garantizando la protección de los derechos humanos (Galarza Pazmiño, M. D. L. A., 2018).

Respecto al segundo testimonio, es decir, aquel que es rendido por la víctima en estrados judiciales o en presencia de un funcionario judicial, es menester establecer que de igual manera este tipo de elemento de prueba puede ser dividido en dos: en el testimonio que brinda una persona mayor de edad y un menor de edad; la anterior distinción se realiza

atendiendo a la etapa cognoscitiva de la víctima que rinde el testimonio y con ello la terminología aplicable a su versión.

El testimonio es uno de los medios de prueba más antiguos encontrados en el derecho alrededor del mundo; en donde la víctima o un tercero que haya percibido por sus sentidos los hechos, lo transmite de manera voluntaria y espontánea ante la autoridad judicial competente; en segunda instancia el testimonio se realiza por medio de la controversia judicial, es decir en el devenir del proceso, por medio del interrogatorio y conainterrogatorio (Yanes Sevilla, M. D., 2021).

Respecto al testimonio brindado por los menores de edad, en la práctica se deben seguir las mismas pautas, pero es importante establecer que a razón de su edad y de su capacidad cognitiva, se debe hablar en un lenguaje claro, donde no se presente lugar a confusión o a temor por parte de quien va a rendir el testimonio.

Por su parte para que el testimonio ofrecido por un menor de edad tenga validez, debe cumplir unos requisitos mínimos que demuestran que el relato brindado tiene por lo menos un ápice de veracidad; entre los criterios para analizar encontramos primero: la realización de la narración, descripción y detalle del abuso; para este punto en específico, se debe tener en cuenta que el relato proporcionado debe ser coherente y con la utilización de términos de acuerdo a la edad del menor, demostrando conjuntamente que el individuo tiene un conocimiento más avanzado para la edad que ostenta; en la realización de esta descripción se debe proporcionar de igual manera un relato detallado de lo sucedido y la exhibición emocional del menor al momento de la ocurrencia de los hechos. Como segundo criterio se debe tener en cuenta el contexto en el que se produce el abuso o la agresión sexual, teniendo en consideración circunstancias de tiempo, modo y lugar; en este ítem se hacen preguntas tales como ¿Dónde se encontraban los otros miembros de la familia?, ¿Qué

dijo el agresor para atraerlo?, ¿Qué tipo de prendas tenía el agresor?, ¿El agresor le dijo que no hablara de lo sucedido?, ¿Habló con alguien sobre la agresión?, en caso de ser la anterior respuesta afirmativa debe referir con quien y que respuesta le dio la persona sobre la agresión, ¿Con que frecuencia sucedió la agresión?, para este punto si es posible que el menor realice una identificación de días con el fin de la adecuación típica (García, M. L. M., Jiménez, M. G., & Fernández, M. S. B., 2002).

El anterior cuestionamiento es de vital importancia respecto a las entrevistas con los menores de edad en la comisión de un delito sexual, toda vez que permite evidenciar la existencia real del hecho típico; en igual sentido este tipo de cuestionario si es realizado en debida forma arrojaría la existencia de múltiples hechos de abuso que podría tener en ese sentido una perduración prolongada en el tiempo, dependiendo de la edad del menor y del tiempo que haya perdurado la conducta; también se puede evidenciar la manipulación psicológica realizada al menor en la que se puede presenciar agresión, coacción o manipulación (Castillo-Pulido, L. E., 2011).

Con respecto al manejo del testimonio en los delitos sexuales en el territorio colombiano la Fiscalía General de la Nación ha desarrollado un protocolo de investigación de violencia sexual; el objetivo principal de este protocolo es brindar a los funcionarios de la Fiscalía encargados de las diferentes etapas de la investigación del delito, herramientas para el cumplimiento de estándares aceptados por la comunidad científica, para la recolección de la evidencia, la recepción de los testimonios o el manejo de la víctima para evitar la re victimización (De la Nación, F. G., 2014).

Sobre el tema específico del testimonio el protocolo referencia en primera instancia que la entrevista y las respuestas que se den sobre la misma no deben obedecer a ningún tipo de coacción, presión o engaño; sino que debe presentarse de manera libre, voluntaria y

consiente sea por la víctima o por el testigo, por lo que el entrevistador no debe imponer coacción alguna o realizar preguntas que puedan inducir a quien está rindiendo el testimonio a alguna respuesta, en el caso específico de la violencia sexual, la Fiscalía Colombiana ha establecido que los testigos pueden jugar un rol fundamental en la determinación del tipo en tiempo, modo y lugar ; en el caso de los testigos del hecho su versión puede resultar importante en la corroboración de la declaración rendida por la víctima y de tal manera debe ser entendido y tratado por parte del experto que toma el testimonio y al momento de ser practicado en juicio oral; de cualquier manera es fundamental la protección de los derechos de la víctima evitando establecer o mencionar aspectos característicos del crimen o cualquier otro ítem que pueda ayudar a la confusión sobre el testimonio rendido (De la Nación, F. G., 2014).

Por lo expuesto con anterioridad se puede evidenciar, la importancia del testimonio y por ende las pautas que deben tenerse presentes para la realización correcta del mismo, los cuales son de vital importancia en la determinación de existencia de los hechos jurídicamente relevantes; por lo que su realización debe ser en la medida de lo posible en el menor tiempo entre la realización de la denuncia y la práctica del testimonio; toda vez que sin importar si es un adulto o un menor de edad el dejar que transcurra el tiempo es perjudicial para el relato, lo que puede ayudar a la pérdida de memoria o detalles que para la investigación penal pueden resultar de vital importancia.

## Capítulo 2.

### **El nivel de convencimiento en la emisión de una sentencia en el área penal.**

Para la emisión de una sentencia de carácter condenatorio la Fiscalía General de la Nación debe acreditar dentro del proceso, un nivel de convencimiento *más allá de toda duda razonable* sobre la responsabilidad penal, sea como autor o participe, de la conducta que se está acusando y por la cual se realizó la investigación; este grado de certeza es utilizado por el Juez de Conocimiento para la emisión de la sentencia condenatoria que demuestra que él acusado ha sido vencido en juicio (República de Colombia, 2004) .

En igual forma, el juez de conocimiento quien es el ente encargado de la emisión de la sentencia, debe obtener un nivel de convencimiento para la preferencia de la misma, el cual, según lo expresado en el código de procedimiento penal, debe ser al igual de la fiscalía para el momento del juicio, *más allá de toda duda razonable* (República de Colombia, 2004).

De este modo se recurre a la finalidad de la existencia del derecho penal, el cual se sustenta en la aplicación de una sanción que se encuentre acorde a la falta cometida; es decir, la proporcionalidad entre una cosa y la otra; de tal manera la codificación de la norma fundamenta la existencia del derecho y la forma en la que el juez penal puede actuar (González Sepúlveda, P., 2015).

Sin embargo, entre el conocimiento que adquiere el juez dentro del proceso surge el concepto de la duda, la cual restringiría bajo la aplicación del principio de presunción de inocencia la emisión de una sentencia condenatoria y de esta manera surge la importancia

de los medios de convencimiento del juez para la emisión de la sentencia; dichos medios se pueden pregonar de la misma valoración de las pruebas aportadas tanto por la fiscalía como por la defensa, así como las reglas de la experiencia, la sana crítica del juez y el conocimiento básico de las ciencias que se pueden aplicar para la valoración probatoria (Nieva Fenoll , 2013).

Consecuentemente, se evidencia el artículo 275 del código de procedimiento penal colombiano el cual establece cuáles son los medios probatorios que entran en el análisis del juez de conocimiento para que se pueda realizar la emisión de la sentencia condenatoria en el territorio colombiano (República de Colombia, 2004).

Para la valoración de estos elementos materiales probatorios el juez puede hacer uso de elementos externos que ayuden al análisis del caso y de dicha manera pueda dar cumplimiento a lo determinado en el problema jurídico estudiado; es decir, en la investigación de la conducta desviada tipificada como delito, evidenciando de tal manera que la necesidad de la solución del problema jurídico se presenta ante la existencia de multiplicidad de elementos materiales probatorios (Kaufmann, A., 1997).

Por lo anterior, el juez de conocimiento al verse en camino del uso de diferentes herramientas para poder analizar el caso puesto a su disposición, debe hacer uso de las fuentes del derecho, entre las que se encuentra la jurisprudencia, la cual puede ayudar a sopesar las pruebas o la normatividad aplicable en un caso similar al que tiene en sus manos; donde el juez puede observar si el planteamiento que tiene en su interior encuentra sustento jurisprudencial o normativo, dicha potestad de revisar diversas fuentes es una facultad de interpretar a su juicio cual debe usarse y cuál es la medida en que debe aplicarse en el caso que le compete (Bulygin, 2003 ).

Lo anterior se encuentra contemplado en el ordenamiento interno colombiano, se evidencia en el artículo 286 y subsiguientes del código de procedimiento penal donde se establece el concepto de inferencia razonable, con respecto al convencimiento que tiene el fiscal en la realización de la audiencia de imputación de cargos, la imposición de medida de aseguramiento entre otras audiencias preliminares; en igual sentido al tratarse de la audiencia de formulación de acusación el nivel de convencimiento que debe ostentar el fiscal en la realización de esta audiencia es el de probabilidad de verdad; para concluir con el convencimiento que debe ostentar el juez en la emisión de la sentencia como conocimiento más allá de toda duda; este último concepto se expone en el artículo 381 del código de procedimiento penal (República de Colombia, 2004).

Como se puede evidenciar con lo expuesto en los presupuestos penales, dictaminados por el legislador, es la norma positiva quien impone un estándar de prueba; evidencia de lo establecido se encuentra el artículo 382 en el cual se determina que para que el juzgador logre hallar al conocimiento *más allá de toda duda razonable*, se requiere un análisis de todos los medios de prueba como son: los dictámenes periciales con los documentos que estos incorporen al juicio, las inspecciones logradas en el devenir de la investigación, los testimonios recolectados en etapa de investigación y practicados en audiencia de juicio oral y todos los elementos materiales probatorios que hayan solicitado las partes y que sean practicados en juicio (República de Colombia, 2004).

Ahora bien, entre la comunidad académica se ha expuesto que no se les puede atribuir a una prueba mayor o menor valor probatorio, toda vez que las pruebas deben ser valoradas, apreciadas y contempladas como un conjunto y no de manera individual; la apreciación en conglomerado busca la identificación de relaciones existentes entre los

hechos jurídicamente relevantes que dieron origen a la investigación y los supuestos normativos por los cuales se identifica dicha conducta como delito; lo anterior, a fin de evidenciar una verdadera relación consecucional entre los unos y los otros que permiten la determinación de responsabilidad, participación, ocurrencia de los hechos según el tiempo el modo y el lugar descritos en la acusación y la evidencia de ítems que agraven la conducta si a ello hubiere lugar (Fernández López, 2004).

Sin embargo, es menester establecer que entre los jueces de la república no existe un consenso absoluto o determinado sobre en qué momento el juez puede determinar que su convencimiento ha llegado *más allá de toda duda razonable*, como tampoco en qué momento se está en frente de un estándar de prueba; a pesar de ello a nivel internacional los jueces han establecido, que las decisiones que determinen responsabilidad penal deben estar basadas en la valoración de las pruebas, que a su vez, debe realizarse utilizando los elementos de la lógica, reglas de conocimiento, el sentido común, la propia experiencia laboral y las reglas de la experiencia, utilizando además, los razonamientos direccionados por conceptos lógicos; es decir, que para que una valoración de las pruebas en materia penal se considere segura y válida, el juez de conocimiento debe tener en cuenta el material probatorio de manera unificada, una vez se le haya realizado al mismo la apreciación bajo los puntos anteriormente expuestos (Fernández López, 2004).

Por su parte el conocimiento *más allá de toda duda razonable* ha sido definido como “*el más elevado nivel de conocimiento o acercamiento a la verdad procesal*”, lo que quiere decir, que para el momento en que se emite la sentencia condenatoria por parte del juez de conocimiento, el juez ha superado todas las etapas anteriores; es decir, que la inferencia razonable que se necesitaba en la imputación y la probabilidad de verdad

requerida en la acusación fueron superadas para llegar a aquel momento en que no hay duda de la responsabilidad en la comisión del hecho sea esta por participación, coautoría o autoría. (Suárez, 2016, pág. 34).

A pesar de lo referenciado en párrafos anteriores, el convencimiento adquirido por el juez de conocimiento debe ser expresado en la sentencia condenatoria, para que no exista duda alguna de la convicción adquirida; de igual manera, el modo en el que el juez ha llegado a la determinación debe ser demostrada por el juzgador, con el fin de evidenciar la aplicación de las normas establecidas en la normatividad colombiana, en la jurisprudencia, como en los tratados internacionales; al igual que la verificación de las garantías de los derechos fundamentales, tanto del procesado como de la víctima.

Por lo anterior, el juez debe exponer de manera coherente todas aquellas normas o pautas utilizadas en la emisión de la sentencia.

### ***Demostración del convencimiento en la emisión de una sentencia.***

La demostración del convencimiento del juzgador ha quedado en la oscuridad por parte del legislador colombiano; con el afán de aclarar dicha oscuridad, la jurisprudencia ha realizado un trabajo importante brindando los elementos que los juzgadores deben tener en cuenta al momento de la emisión de una sentencia de carácter condenatorio.

En primera instancia encontramos la definición de la sana crítica, estableciendo que:

*“La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.” (Corte Constitucional, 1998).*

En similar sentido a lo expuesto en el año 98, la Corte Constitucional ha mantenido su consideración con respecto a la sana crítica, adicionándole el concepto de persuasión racional, el cual sugiere que la forma en la que el juez realiza la valoración de las pruebas se hace con base a las reglas de la lógica, a la ciencia y los conceptos científicos, así como a la experiencia del juez de conocimiento (Corte Constitucional, 2005c).

La ley procesal penal colombiana establece medios cognoscitivos en la etapa de indagación e investigación, lo que en estudio de la jurisprudencia se entienden como los elementos materiales probatorios conseguidos en el desarrollo de la investigación penal de hechos delictivos; sin embargo, la jurisprudencia ha determinado que también pueden hacer parte de estos, todos aquellos elementos similares que hayan sido descubiertos en la etapa de juicio, que han sido objeto de controversia por la contraparte (Corte Suprema de Justicia, 2008b).

Entre los ítems que el juez debe tener en cuenta, se evidencia el de la interpretación normativa, este punto es de vital importancia, toda vez que acredita que el juez de conocimiento conoce y entiende la ley que está aplicando, la cual tiene una naturaleza general y de tal manera su utilización permite resolver las controversias puestas a su disposición en derecho y como lo ha determinado el legislador (Kelsen, 2015).

Ahora bien, la demostración de la existencia del convencimiento *más allá de toda duda razonable* no solo está en cabeza del juez, sino también de la Fiscalía General de la Nación, por ostentar la titularidad de la acción penal tal y como lo consagra la Constitución Política. De tal manera el proceso de investigación que realiza la fiscalía y los materiales probatorios recogidos para su utilización en juicio van encaminados a un único fin que

consiste en la demostración de la responsabilidad de la persona acusada; si en dado caso los argumentos esbozados por la Fiscalía General de la Nación no otorgan dicho grado de convencimiento por la aplicación del principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* que son universales en el derecho penal, se tiene que absolver al acusado de los cargos referidos; por lo que en este caso la responsabilidad recae en los dos entes tanto en la fiscalía como en el juez de conocimiento (Nieva Fenoll, 2013).

La demostración del convencimiento *más allá de toda duda razonable* es un requisito *sine qua non* para proferir la sentencia de carácter condenatorio; este ítem representa entonces una exigencia legal y política fundamental, para la emisión de una sentencia que condene a una persona y que le restrinja el derecho fundamental a la libertad personal (Taruffo, M., 2003).

Ahora bien, para generar este tipo de conocimiento se tiene el estándar máximo de la prueba, entendiendo que el estudio de la prueba resulta de suma importancia dentro del proceso y radica en el valor que aporta dentro del proceso y la contundencia de la misma (Accatino, D., 2011).

### ***Elementos materiales probatorios valorados por regla general para la emisión de una sentencia.***

Entre los elementos materiales probatorios que se pueden recolectar cuando se está en presencia de un delito sexual encontramos como primera medida el testimonio; cuyo manejo jurídico como prueba se encuentra en el código de procedimiento penal, en el cual se establece ciertos principios. Como primer principio para su práctica, se tiene que presentar la contradicción efectiva en audiencia de juicio oral; como segundo principio se evidencia la inmediación que determina que la prueba debe ser practicada por parte del

mismo juzgador que las decretó con anterioridad, con fundamento en la pertinencia y validez de la prueba; como tercer principio se evidencia la concentración, la cual estipula que en el caso del derecho penal la prueba debe practicarse en el juicio oral (República de Colombia, 2004).

Para el establecimiento de parámetros en la evaluación de la credibilidad del testimonio de las víctimas que han sufrido agresiones sexuales, cuando estas son menores infantes, desde los años 80 se han establecido unos parámetros psicológicos claros; para diferenciar las declaraciones verdaderas de aquellas que tienen un ápice de falsedad o que no permiten la comprobación de los relatos (Navarro Medel, C., 2006).

A pesar de lo anterior, el juez de conocimiento penal puede hacer uso de ciencias, por medio de los peritos que tanto el fiscal como la defensa, allegan al proceso para ayudar a generar el convencimiento adecuado; para el caso de la emisión de la sentencia de carácter condenatorio, el convencimiento es el de *más allá de toda duda razonable* de la culpabilidad del procesado; en el caso de la inocencia este convencimiento no es absoluto, toda vez que bajo el principio del *in dubio pro reo* cualquier duda existente dentro del proceso debe ser y será fallada a favor del procesado.

En la legislación colombiana, existen parámetros que establecen como se debe realizar la entrevista a un menor, de esta manera encontramos el artículo 206 de la ley 906 de 2004, el cual establece que:

*“Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria. La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo. Sin perjuicio de lo anterior, el investigador*

*deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista” (República de Colombia, 2004).*

Como se puede comprobar el propósito de obtener información que permita aclarar los hechos materia de investigación y como se ha establecido en párrafos precedentes en los casos de delitos sexuales, el testimonio del menor puede ser uno de los pocos elementos materiales probatorios que se puedan llevar a juicio y establecerse como prueba.

De esta manera encontramos lo establecido por la Corte Constitucional en el año 2013, donde estudia si la valoración médico legal de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en más de una ocasión representan una revictimización a los mismos o una violación a sus derechos fundamentales; el alto tribunal considera que la realización del examen sexológico, en los delitos de acceso carnal violento o abusivo es de vital importancia y debe ser practicado por el ente pertinente; es decir, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses; en el caso en que la víctima sea un menor de edad, este examen debe practicarse por medio de la intervención de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ente estatal encargado de protección de los derechos de los menores (*PROTOCOLO DE INVESTIGACIÓN DE VIOLENCIA SEXUAL*, 2021).

De conformidad a lo anterior, la Corte Constitucional ha considerado que la declaración de la víctima constituye una de las pruebas esenciales del proceso penal y posee un enorme valor probatorio al momento de ser practicada e incorporada al juicio oral; establece, que en casos como el acceso carnal violento o abuso sexual, donde la víctima es un menor de edad, debido a la ausencia de testigos, lo referenciado por la víctima debe gozar de una consideración mayor; y en el evento de inexistencia de un testigo, debe ser

considerado y contemplado por parte del juzgador como un indicio de la ocurrencia de la agresión (Corte Constitucional, 2018).

En el caso específico, para la recolección de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en la investigación de los delitos sexuales tales como el acceso carnal violento o actos sexuales abusivos, debe llevarse conforme a las disposiciones establecidas en el código de procedimiento penal y sobre todo con la rigurosidad del protocolo, con miras a la protección de los derechos humanos de los procesados, intervinientes y víctimas del proceso.

Sobre el examen sexológico es importante decir que, debe seguir el protocolo especial que en el caso de Colombia lo ha determinado la Fiscalía General de la Nación y en donde se destacan una serie de actuaciones que se deben acatar con rigurosidad; la primera de ellas es, la expresión del consentimiento, debido a las actuaciones que se deben realizar con respecto al cuerpo humano; entre las actuaciones encontramos: la identificación de la víctima con la revisión de número de investigación, el inicio del examen se presenta con la identificación de las zonas del cuerpo que se van a entrar a analizar, esta determinación se establece por medio del testimonio de la víctima; como segunda actuación, se entra a establecer los hechos jurídicamente relevantes en términos de tiempo, modo y lugar, estableciendo una identificación si el atacante es conocido o no conocido; en el caso de ser conocido que relación se mantenía con el mismo, de igual manera se debe establecer si hay pluralidad con respecto a los agresores y como actuaron en la realización del acto; como tercera actuación se realiza una descripción de prendas (cuando los hechos han ocurrido recientemente) con el fin de realizar recolección de material biológico en las prendas de la víctima, es en esta parte, que se entra a realizar la

recolección de material biológico por medio del examen forense que se enfoca en los genitales de la víctima (Apugllon Llivirumbay, C. E., 2015).

Por su parte y sobre el mismo tema la Corte Suprema de Justicia en los últimos años ha mantenido una jurisprudencia con respecto al testimonio del menor y los protocolos para la recepción de la entrevista; por tal motivo desde el año 2016 esta corporación ha establecido que, al tratarse de delitos sexuales el entrevistador debe evitar bajo todo parámetro la revictimización de la persona máxime cuando esta es un niño, niña o adolescente (Corte Suprema de Justicia, 2016); esta línea de pensamiento dentro de la corte se ha mantenido en los últimos años, sin embargo, se le ha añadido lo pertinente a la presentación del testimonio extemporáneo al juicio oral únicamente como prueba de referencia y en el único evento en el que el testigo tenga una imposibilidad de comparecencia al juicio oral; de no ser así la presentación del testigo y la valoración del testimonio se debe presentar únicamente en instancia de juicio oral (Corte Suprema de Justicia, 2019).

Sobre el particular este alto tribunal ha especificado la importancia en la diferenciación sobre la denominación de las pruebas toda vez que en esta depende el momento procesal en el que se pueden introducir, practicar y controvertir, todo ello con el fin de la resolución del proceso; este punto en específico ha tenido reiteración jurisprudencial desde el año 2018, en donde se ha determinado que la posibilidad de retractación, modificación o alteración de un testimonio rendido en una entrevista preliminar debe ser tenida en cuenta por el juzgador, dado que las nuevas declaraciones o narraciones deben ser sujetas a los principios procesales de todas las pruebas que se practican dentro del proceso penal (Corte Suprema de Justicia, 2019).

Con respecto al testimonio rendido por los menores en caso de delitos sexuales, la Corte Suprema de justicia ha establecido en primer lugar que las obligaciones que tiene en cabeza la Fiscalía General de la Nación con respecto a este tipo específico de delito y de víctima no solo se encuentran estipuladas en el artículo 250 constitucional, sino que también debe desarrollar su actividad bajo el principio Pro Infans el cual impone de manera imperativa una serie de exigencias adicionales que deben ser ejecutadas por el ente de investigación con miras a la protección de los derechos fundamentales de las víctimas; en especial los derechos al acceso de verdad, justicia , la reparación o la no repetición de las conductas; ahora bien por la aplicación del principio Pro Infans esta Corte ha sido reiterativa en la protección de los derechos de los menores sin que ello signifique la inobservancia de los derechos que le asisten al procesado (Corte Suprema De Justicia, 2020b).

En dicho sentido esta corporación ha estableció que:

*“la armonización de los derechos del acusado y los de los menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales se ha caracterizado por lo siguiente: (i) evitar que los menores presuntas víctimas de delitos sexuales sean objeto de victimización secundaria; (ii) garantizar, en la mayor proporción posible, los derechos del procesado; (iii) limitar el valor probatorio de las declaraciones frente a las que el acusado no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, (iv) limitar la posibilidad del acusado de estar frente a frente con el testigo (menor) pero brindarle herramientas para que pueda ejercer el contra interrogatorio, (v) la utilización de la grabación de la declaración como una forma de preservar el testimonio y garantizar la defensa, y (vi) cuando deba anticiparse la declaración del menor, debe garantizarse en la mayor proporción posible los derechos del procesado, sin perjuicio de las medidas necesarias para evitar que el menor sea objeto de victimización secundaria” ( Corte Suprema de Justicia, 2020b, pág. 11).*

Como se puede observar en lo dicho por la corte, si bien es cierto los menores poseen una protección especial a nivel del derecho, en ningún momento se pueden inobservar los derechos fundamentales de los procesados, por dicha razón la Corte Suprema

de Justicia refiere a uno de los pronunciamientos más recientes de la Corte Constitucional con respecto al testimonio que rinden los menores dentro de los proceso de violencia sexual que en ocasiones es uno de los pocos materiales probatorios con los que se cuenta para poder determinar o no la responsabilidad en el hecho, de dicha manera en la Sentencia T-008 de 2020.

Como se logra evidenciar las altas Cortes colombianas buscar brindar un marco de acción sobre las actuaciones que tiene la Fiscalía con el fin de lograr demostrar la existencia de un hecho y la responsabilidad del procesado, sin que ello signifique la inobservancia de los derechos que tiene el procesado; sin embargo sobre el testimonio se ha dicho que sin importar en momento en el que se presente debe seguir las formalidades propias de la práctica de las pruebas para poder dar efectiva protección a los derechos del procesado y de las víctimas con miras a la obtención de la verdad procesal.

Como se puede evidenciar, la recaudación de los elementos materiales probatorios es de vital importancia con respecto al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos jurídicamente relevantes; y la verdadera importancia además de encontrarse en la recolección del material probatorio, se encuentra de igual manera en la valoración probatoria.

## Capítulo 3.

### **Estándar de prueba en el proceso penal colombiano.**

Es pertinente antes de esbozar los diversos estándares de prueba por los que transita el proceso penal colombiano bajo la égida de la ley 906 de 2004, primero hacer referencia, a lo que se entiende desde la doctrina y la jurisprudencia por concepto de Estándar de Prueba (de ahora en adelante EDP).

Entre las definiciones de este concepto encontramos que el EDP son *“los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”* (Gascón, 2005, pág. 129).

En un sentido similar, haciendo mayor claridad se define el EDP como aquella *“medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos”* en donde se nos refiere también que es aquel *“umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada”* (Abel, X., 2012, pág., 178).

Para poder dar una concepción más amplia de lo que se entiende como EDP se tiene que establecer que en términos cualitativos, este concepto refiere a la certeza que tiene el juzgador sobre la ocurrencia del hecho que se está investigando, lo que en el derecho penal colombiano se ha considerado como un convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la ocurrencia y responsabilidad del hecho; sin embargo, esta concepción no es aceptada por todas las legislaciones y de tal manera se encuentra la legislación Anglosajona la cual refiere que el EDP es el cumplimiento de un umbral de porcentaje que debe

cumplirse ante el juzgador, sea de responsabilidad o de inocencia; este porcentaje se ha dictaminado entre un 90 a un 95% esto atendiendo a que en el proceso penal se logra la verdad procesal de los hechos acaecidos (Laudan, L., 2005).

Con respecto al EDP, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto y de tal manera se encuentra lo desarrollado por la sala de casación civil en la cual se ha definido este término, como aquellos parámetros que utiliza el juez para dar como probados los hechos jurídicamente relevantes para el caso, en búsqueda de la verdad procesal (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Ahora, una vez expuesta la definición de *EDP*, es necesario advertir que, con el cambio de modelo procesal penal en Colombia, de un modelo inquisitivo a uno adversarial, existió una clara separación de funciones de investigación y juzgamiento, considerándose como un sistema de partes, dentro de un modelo más garantista para el procesado, donde este concepto busca satisfacer los niveles de conocimiento para la emisión de una sentencia sea condenatoria o absolutoria.

Frente al EDP, lo concebido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia refiere que:

*“La determinación de este estándar de probabilidad de verdad constituye una importante decisión político criminal, cuya complejidad atañe al punto de equilibrio que debe mantenerse entre la eficacia de la administración de justicia y la protección de los derechos del procesado que pueden resultar afectados con el acto de acusación, así como los intereses de las víctimas y otros aspectos constitucionalmente relevantes que, igualmente, se ponen en riesgo con el uso indebido de esta función estatal” (Corte Suprema de Justicia, 2018).*

Con respecto a la aplicación en el territorio colombiano del EDP encontramos el artículo 221 de la ley 906 de 2004 el cual nos permite identificar los medios que otorgan

respaldo probatorio a los motivos fundados, entre los cuales se cuenta el informe de policía judicial, la declaración jurada de testigo o informante, además de los elementos materiales probatorios y evidencia física, que conduzcan a establecer con verosimilitud el vínculo del bien por registrar con el delito investigado (República de Colombia, 2004).

Respecto a los motivos fundados y sus alcances, encontramos lo expuesto por parte de la Corte Constitucional Colombiana la cual establece “Los motivos fundados (...), deben encontrarse respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física” (Corte Constitucional, 2005b).

Así mismo, el legislador contempló que para el momento de emitir una sentencia de carácter condenatorio las pruebas tenían por fin llevar el conocimiento del juez, *más allá de duda razonable*, los hechos y circunstancias materia del juicio, y los de responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe (República de Colombia, 2004).

Por último el afán de establecer criterios que permitan generar un EDP no han sido una preocupación exclusiva del territorio colombiano, sino que se ha presentado en todas las latitudes; de tal manera encontramos el caso Español que ha determinado que se habla de EDP cuando se tiene criterios racionales y objetivos para lograr concluir que un hecho se ha dado por probado en la actividad judicial lo que en pocas palabras se traduce como cuando se aceptaría que lo demostrado se ajusta a la verdad (Gascón Abellán, M. F., 2005). En el caso chileno se mantiene la misma tesis que en el caso español es decir que se entiende como EDP aquellos criterios que permiten dar un hecho por probado, sin embargo, el caso chileno es muy similar al caso colombiano toda vez que para que se pueda condenar a un procesado debe existir *certeza más allá de toda duda razonable* y es en este punto en

que el concepto de EDP entra a jugar un rol importante ya que permite al juez la identificación de unos elementos materiales probatorios que deberían ser indispensables en la demostración de un hecho para que se dé la certeza más allá de toda duda razonable, es decir que se dé un hecho como probado (Reyes Molina, S., 2012).

Consecuentemente y con respecto a los delitos sexuales, existen elementos materiales probatorios comunes en la mayoría de los casos los cuales son: el examen sexológico y el testimonio rendido por la víctima, sin embargo, estos dos tipos de elementos no son suficientes para llevar al juez a un convencimiento *más allá de toda duda razonable* para la emisión de una sentencia de carácter condenatorio; por lo que la Fiscalía encargada de la investigación de cada caso, hace uso de otro tipo de pruebas como son: la prueba de referencia y la prueba de corroboración, las cuales son utilizadas con el fin de dar un mayor sustento probatorio en la demostración de la culpabilidad del procesado, por lo que se procede a explicar que son cada una de ellas y como se utilizan en el proceso penal colombiano.

### ***Que es una prueba de corroboración.***

Este tipo de pruebas se presentan en el momento en el que existe un testigo que no ha presenciado directamente los hechos jurídicamente relevantes que se estudian en el caso, pero a pesar de ello posee información que permite generar la corroboración de las demás versiones rendidas o presentadas en otros testimonios o en otros medios de prueba; por dicha razón la intervención de un testimonio de corroboración presenta una especial importancia frente a los delitos que por lo general son cometidos en aspectos íntimos de la víctima o del victimario como por ejemplo los delitos de índole sexual (Malem, J., 2008).

Por la propia existencia de la prueba de corroboración esta se presenta en diferentes circunstancias alrededor del proceso; en primera medida se presenta en aquellas circunstancias concomitantes a la realización de los hechos jurídicamente relevantes, es decir, en la conducta punible; en el caso de los delitos sexuales el testigo de corroboración puede que no presencie el acto en sí, pero observa hechos anteriores o posteriores a la comisión de la conducta, que logra corroborar la versión rendida por la víctima, (Corte suprema de Justicia, 2006b).

El otro tipo de corroboración que se puede presentar es con los aspectos relacionados con la conducta punible, en este caso presentados en circunstancias de tiempo, modo y lugar diferente a la de la ocurrencia de los hechos; es decir, que este tipo de testigo no puede acreditar la ocurrencia de los hechos en el instante de su comisión sino hechos diferentes que rodean la conducta punible; dicho de otra manera suministra información que coincide con los datos que rodean la conducta en otros aspectos; de la mano se encuentra la corroboración de conductas producidas como consecuencia del ilícito, este tipo de testigos puede corroborar las consecuencias físicas, económicas o emocionales dejadas en la víctimas y que esta puede exteriorizar en su conducta. Este tipo de testigo de corroboración es de vital importancia cuando en la práctica de las pruebas, el testimonio de la víctima ha sido cuestionado o puesto en duda; en un delito sexual este tipo de testigo de corroboración puede dar certeza del cambio de actitud de una persona, máxime cuando es un menor de edad quien ha sido objeto de la agresión (Sierra, L. F. B., 2008).

La prueba de corroboración también se puede utilizar para ilustrar al juez de conocimiento de algunos aspectos del entorno social, sea de la víctima o del presunto victimario; lo anterior es de vital importancia en los delitos sexuales, toda vez que la

ocurrencia de los mismo como se ha establecido en párrafos anteriores, se da en la esfera más íntima de los individuos; de manera conjunta se presenta la corroboración de circunstancias específicas en donde el testigo resulta útil para establecer aspectos básicos que se encuentren relacionados con los hechos jurídicamente relevantes (Sierra, L. F. B., 2008).

### ***Que es una prueba de referencia.***

Respecto a la prueba de referencia se hace indispensable establecer que aparece en el territorio colombiano por primera vez, en el proyecto que se presentó a consideración de la Comisión Permanente Constitucional y que sirvió de base para la expedición de la Ley 906 de 2004 (Avella, 2007).

El concepto de prueba de referencia fue definido en la ley procesal como:

*“Toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio” (República de Colombia, 2004, art 437).*

Un concepto más preciso fue referido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se indicó que por prueba de referencia debe entenderse:

*“La evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate” (Corte Suprema de Justicia, 2008).*

En concordancia de lo expuesto tanto por la legislación como por la jurisprudencia, es menester establecer que la prueba de referencia se presenta excepcionalmente; así está reglado en la codificación procesal en su artículo 438, dado que impide o limita el ejercicio del derecho a la confrontación, porque generalmente, la otra parte no tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio y formularle preguntas al testigo. Es posible, que la parte contra la que se aduce la prueba de referencia, haya tenido la oportunidad de controlar el interrogatorio y formularle preguntas al testigo, cuando entregó su versión por fuera del juicio oral, como cuando se trata de declaraciones rendidas en audiencias preliminares, no obstante, la constante es que la admisión de este tipo de declaraciones impide el ejercicio del derecho en mención (Corte Suprema de Justicia, 2016).

De manera concordante al estudio realizado sobre el concepto de la prueba de referencia, la Corte Suprema de Justicia ha establecido de igual manera la concurrencia de una serie de elementos para que se pueda entender que el juez está en presencia de una prueba de este tipo, de tal manera se ha expresado por parte de la corte que:

*“(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)” (Corte Suprema de Justicia, 2008).*

Es claro entonces, que el ordenamiento jurídico colombiano reconoce como principio general, la inadmisibilidad de la prueba de referencia en aras de preservar el respeto a garantías como la inmediación, defensa y contradicción; no obstante, se reconoce

la vigencia a nivel normativo de varias excepciones, reguladas en el articulado de la codificación procesal penal colombiana, cuyas particularidades son:

*i) Manifieste bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; ii) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; iii) Padece una grave enfermedad que le impida declarar; iv) Ha fallecido; v) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal y vi) cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos ( República de Colombia, 2004, art 438).*

Es importante precisar que la limitación de la eficacia probatoria de la prueba de referencia que consagra el artículo 381, es exclusivamente para dictar sentencia condenatoria, por tanto, las decisiones de otro tipo que deban adoptarse en el curso del proceso penal con fundamento en elementos materiales probatorios, o evidencia física, o información legalmente obtenida, que participen de sus características, no están cobijadas por ella (Corte Suprema de Justicia, 2008).

Corolario de lo anterior, indica la Corte Suprema de Justicia que, la prueba de referencia por sí sola no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia; en tanto requiere para tal fin del soporte que le brinden otros medios de conocimiento, incluidos aquellos que viabilicen la construcción de inferencias indiciarias (Corte Suprema de Justicia, 2006).

Ahora bien, cuando dentro del proceso existe una víctima que es un menor de edad el Estado por la suscripción y ratificación de los diferentes tratados internacionales, se encuentra en la obligación de proteger de manera preferente los derechos de los menores

dentro del contexto del abuso sexual, al igual que el respeto del principio *pro- infans* con respecto a las decisiones que decidan un proceso penal, de tal manera lo manifestó:

*“Resulta diáfano que acorde con diversos tratados internacionales, la Constitución y múltiples normas contenidas en el ordenamiento interno, existe un mandato general válidamente fundado para que se garantice el restablecimiento de los derechos de los niños que hayan sido víctimas de delitos, cualquiera que sea su naturaleza y en especial aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente sus derechos fundamentales ampliamente reconocidos” (Corte Constitucional, 2014).*

### ***Que diferencia existe entre la prueba de corroboración y la prueba de referencia.***

El abordaje de este tema es sumamente complejo, por los conceptos que se entran a analizar; como el de prueba de corroboración que se presenta cuando en el momento en el que existe un testigo que no ha presenciado directamente los hechos jurídicamente relevantes sin embargo posee información que permite generar la confirmación de los demás testimonios rendidos o presentados en otros medios de prueba en el caso en concreto (Malem, J., 2008); por otra parte, cuando se entra a definir la prueba de referencia se establece que es la declaración que se presenta fuera de la realización de la audiencia de juicio oral y que puede servir para esclarecer uno o varios delitos así como el grado de participación en el mismo (República de Colombia, 2004, art 437).

Atendiendo a lo establecido con anterioridad se puede colegir que los dos tipos de prueba se presentan en circunstancias sumamente diferentes; la prueba de corroboración se presenta dentro del proceso penal y como base en la valoración de las demás pruebas presentadas y la prueba de referencia se presenta ajena al proceso, pero es utilizada en el mismo para dar luz a los hechos relevantes.

La intervención de la prueba de corroboración se presenta en mayor medida en todo aquel delito que sucede en la esfera íntima de la víctima o del victimario, en donde el material probatorio recaudado por regla general se basa en dos versiones claramente yuxtapuestas; en los procesos donde más se hace uso de este tipo de prueba es en los delitos sexuales donde se carece de material probatorio para dar claridad a los hechos sucedidos (Malem, J., 2008); sin embargo, la intervención de la prueba de referencia se presenta cuando se busca probar un hecho de una investigación por medio de una declaración realizada al margen de dicho proceso; es decir, cuando la declaración no se ha realizado en el proceso principal sino por la utilización de otro medio, este tipo de prueba lo que busca es ayudar a esclarecer el grado de intervención en el hecho investigado, la verdadera existencia del daño o cualquier otro aspecto importante dentro de un proceso (Corte Suprema de Justicia, 2008).

Con respecto a la intervención de este tipo de pruebas se observa de igual manera una clara diferenciación en su aplicación en el proceso; la prueba de corroboración es utilizada directamente en el juicio que se lleva a cabo en contra del procesado y de esta manera puede ser valorado en conjunto con todo el material probatorio presentado; en contraposición, la prueba de referencia aparece como un agente extraño dentro del proceso y de tal manera aunque sea insertado como prueba dentro del mismo, presenta más posibilidad de duda al momento de realizar la controversia; porque si bien es cierto al ser involucrada en el proceso debe ser sometido a las mismas reglas, pero al momento de su valoración, está prohibida la condena con sólo pruebas de referencia.

Al momento de hablar de la existencia de las pruebas debatidas se evidencia que con respecto a la prueba de corroboración se presenta concomitante a la realización de la

conducta punible y logra aclarar la versión de la víctima o del victimario en los mismos (Corte suprema de Justicia, 2006b); por su parte la prueba de referencia es una declaración que esta por fuera del proceso que busca dar claridad a los hechos y no a las versiones rendidas dentro del proceso (Corte Suprema de Justicia, 2008).

Como se puede observar estos dos tipos de pruebas son tajantemente diferentes, toda vez que se presentan con fines diferentes y por ende su tratamiento tiene que ser diferente por parte del Juez de Conocimiento al momento de su valoración dentro del proceso; ya sea para poder dar claridad al testimonio o a los hechos jurídicamente relevantes.

Por lo expuesto en párrafos anteriores se puede denotar las claras diferencias que existen entre la prueba de corroboración y la prueba de referencia; esta diferencia se encuentra palpable con respecto a la ayuda que prestan al proceso toda vez que, la primera ayuda a dar claridad al testimonio rendido por alguno de los testigos dentro del juicio y la segunda, la prueba de referencia al no presentarse de forma directa en el proceso solo ayuda a dar claridad a los hechos materia de investigación o la participación del procesado, por lo que su utilización dentro del proceso tiene que darse de manera diferente atendido a la naturaleza que cada una posee y a la forma en que ha sido definida tanto por los doctrinantes como por la jurisprudencia a nivel nacional.

***Como se utilizan las pruebas de corroboración o periférica en la emisión de una sentencia en Colombia.***

Con el fin de establecer como se utilizan la prueba de corroboración y la prueba de referencia se hace necesario acudir a lo establecido por la Corte Suprema de justicia, la Corte Constitucional y los doctrinantes respecto de las mismas.

A la hora de hablar de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia respecto a la prueba de referencia se establece, que la utilización de la misma como medio probatorio queda al arbitrio del Juez de Conocimiento toda vez que es una de las pruebas que genera desconfianza y a su vez poco confiable con respecto a la materia de investigación en el proceso penal; lo anterior se debe a la falta de inmediación existente en la misma, esta falta de inmediación impide en el juzgador realizar una apreciación adecuada de la prueba por la dificultad que existe en su confrontación, lo que impide a su vez la comprobación de veracidad de los hechos narrados por el testigo (Corte Suprema de Justicia, 2008c).

Teniendo en cuenta las características propias de la prueba de referencia se ha recalcado por parte de la Corte Suprema de Justicia que la decisión del juez de conocimiento no puede en ningún sentido estar basada de única manera en la prueba de referencia y que su utilización en el juicio solo se puede presentar de manera conjunta con un extenso material probatorio que se presente, sea por la fiscalía o por la defensa; es decir, que la utilización de este tipo de prueba solo puede presentar de carácter complementario a las demás pruebas presentadas, únicamente con el fin de dar claridad a los hechos jurídicamente relevantes (Corte Suprema de Justicia, 2018b).

De otra parte, la utilización de la prueba de referencia en la investigación de delitos sexuales se evidencia como uno de los pocos medios probatorios que se pueden presentar en el proceso para la determinación de la responsabilidad; sin embargo, su manejo para dictar sentencia es poco probable por la gran afectación a derechos, garantías y principios

fundamentales que podría representar el basar una sentencia de carácter condenatorio solo en este tipo de pruebas.

Esta prohibición encuentra sustento en lo estudiado por la Corte Suprema de Justicia, sobre todo en la investigación de los delitos sexuales, dado que después de la expedición se puede evidenciar en la jurisprudencia nacional la llamada “prueba de corroboración periférica” que a fin y al cuenta busca unificar los conceptos de este tipo de pruebas con el fin de dar credibilidad al relato de la víctima con cualquier otro dato que pueda servir al juez como objeto racional la evaluación de lo rendido en el testimonio; sin embargo, este tribunal no ha establecido de manera taxativa que tipo de declaración puede ser introducida al proceso bajo esta figura jurídica y por ende la utilización de la prueba de corroboración periférica será utilizada en juicio de manera discrecional a la potestad del juez (Corte Suprema de Justicia Sala Penal, 2020).

Como se puede evidenciar la dicotomía se presenta en mayor medida con respecto a la prueba de referencia más que con la prueba de corroboración, esto se debe es por la naturaleza misma de la prueba de referencia que nace en una instancia diferente al juicio que se lleva a cabo, por esa razón se realizara un estudio más profundo con respecto a la prueba de referencia y su utilización en el proceso.

Respecto a la utilización de la prueba de referencia, en el territorio colombiano se maneja la postura de la exclusión de la prueba que se contempla en el código de procedimiento penal, que dispone que la prueba que no sea practicada conforme a las disposiciones procesales en juicio oral deberá no ser tenida en cuenta por el Juez de Conocimiento (República de Colombia, 2004); de manera conjunta según la doctrina la exclusión de este tipo de pruebas se presenta por el alto riesgo que existe de basar la

decisión en datos erróneos que pueden alterar el razonamiento del juzgador que a su vez violaría las garantías judiciales que poseen todos los procesados (Chiesa, E. L., 2008).

La exclusión de este tipo de prueba se centra en la práctica de las misma con respecto a los principios de concentración, contradicción e inmediación; al existir la prueba de referencia sin presencia del juzgador los anteriores principios procesales se ven flagrantemente afectados, entre las garantías procesales que más se encuentran afectadas en la presencia de este tipo de prueba es la de la vulneración del principio de contradicción de la prueba (Vélez, E., 2010), por lo que la aceptación y utilización de este elemento material probatorio queda a consideración del juez y a la necesidad que este evidencie.

Ahora bien, respecto a este tipo de pruebas y su excepcionalidad dentro del proceso penal se debe tener en consideración los delitos donde la integridad de la víctima, los testigos o los declarantes se puede ver afectada, así como la necesidad del Estado de impartir justicia con respecto a los delitos que se investigan; en el Estado colombiano la excepcionalidad de la prueba de referencia ha establecido unas salvedades comprendidas en las declaraciones que versen sobre:

- 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 sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código. (Méndez, N. J. D. P. M. ,2017, pag 62)*

Como se puede evidenciar la prueba de referencia es aplicada de manera excepcional dentro del proceso, manteniéndose la postura pacífica de la Corte Suprema de

Justicia, referente a la utilización de este tipo de prueba; su aplicación e introducción al juicio se presenta bajo los parámetros de derecho internacional (Corte Suprema de Justicia, 2006b) por lo que está en consideración del juez de conocimiento; así se ha mantenido en la jurisprudencia nacional.

Ahora, respecto de la prueba de corroboración, la jurisprudencia ha sido más ausente respecto a sus pronunciamientos y se ha mantenido en líneas generales que la inserción de este material probatorio debe estar sujeto a los parámetros establecidos para cualquier otro medio de prueba y su importancia dentro del proceso solo estará basado conforme a lo analizado por el Juez de Conocimiento (República de Colombia, 2004).

Para el análisis de este tipo de pruebas se tiene que entender los estados del conocimiento que utiliza el juez para la emisión de la sentencia de carácter condenatorio, que deben ser utilizados de igual manera para valorar estos dos tipos de pruebas especiales; consecuentemente existen tres conceptos que es menester definir con el fin de poder explicar el nivel de conocimiento que debe presentarse en el juez al momento de la emisión de la sentencia con respecto a la valoración de las pruebas.

Entre los conceptos importantes para analizar un medio de prueba se encuentra como primera instancia la verdad que es a su vez definida como la correspondencia existente entre lo expresado por el juez en la sentencia sobre la ocurrencia de los hechos y las pruebas practicadas en juicio oral (Buitrago Chávez, C., 2021), por lo que se puede evidenciar que el concepto de verdad es el resultado de un acto intelectual del juez en el análisis de los elementos material probatorio practicados en juicio. Como resultado de la verdad procesal el juez basa su decisión en la certeza que el material probatorio puede

otorgar y esta certeza deviene del estudio de la prueba, es decir que el análisis de la prueba depende del acto intelectual del juez.

Para el caso de los delitos sexuales el tema de las pruebas es bastante complicado entre los que encontramos por regla general, el testimonio de la víctima o del victimario, el examen sexológico que se pueda practicar y es con estos tipos de prueba que se puede involucrar sea la prueba de corroboración o la de referencia.

Con respecto al testimonio se establece que hace referencia al relato presentado, sea por la víctima o por el victimario o cualquier otra persona que haya presenciado los hechos o tenga conocimientos de los hechos jurídicamente relevantes; para que el testimonio pueda ser tenido en cuenta o en consideración del juez debe haber sido presentado de manera libre y voluntaria sin la existencia de ningún tipo de fuerza o coacción, para que de esta manera la versión rendida este bajo los parámetros internacionales (República de Colombia, 2004).

En este punto y con base al testimonio se puede presentar la inserción de una prueba de corroboración que permitiría según la naturaleza misma de su existencia, corroborar lo dicho por quién rinde el testimonio, para que con ello se dé claridad a los hechos jurídicamente relevantes y más confiabilidad a la versión rendida por el testigo.

Por consiguiente, la utilización de la prueba de referencia y de corroboración no solo depende del arbitrio del juez sino de las condiciones mismas en las que se realice la investigación en donde se tienen que tener en cuenta factores de modo, tiempo y lugar que den el suficiente convencimiento al juez para hacer uso de este tipo de elemento material probatorio puesto a su conocimiento; sin dejar de lado las reglas de la valoración probatoria

que le son intrínsecas a todo tipo de prueba, así como la garantía de los derechos que poseen los procesados, la víctima y la sociedad.

Sin embargo, en la utilización de este tipo de pruebas no puede darse como concepto único, por las excepciones que se deben presentar en el caso y es el juez de conocimiento que debe exponer las razones suficientes por las cuales se tomó la decisión de incluir y por ende utilizar la prueba, sea de referencia o de corroboración.

### *Sistema interamericano.*

Para abordar el presente tema se debe establecer que, la Corte IDH ha determinado respecto a los elementos materiales probatorios, que para que estos sean tenidos en cuenta por parte de cualquier juzgador, deben surtirse bajo los preceptos legales de cada país; pero de ninguna manera se pueden desconocer los preceptos básicos como lo son el de la contradicción y el derecho a la defensa que le asiste a los procesados; ahora bien, respecto al análisis correspondiente a las agresiones sexuales, este alto tribunal establece que, la no existencia de una prueba pericial como el examen médico legal no disminuye la veracidad sobre la ocurrencia de los hechos (García Chavarría, A.B, 2016).

Sobre el particular en la investigación de delitos sexuales este tribunal ha determinado que, sobre la valoración del material probatorio el juez que conozca el caso debe evitar circunstancias subjetivas, que perpetúen estereotipos o actuaciones discriminatorias, con respecto a las mujeres víctimas de este tipo de comportamiento; por ende, la valoración de todas las pruebas se hace de vital observancia con el fin de prevenir la no resolución de la conducta criminal cometida o a su vez la prevención sobre conductas inexistentes o donde se vislumbra duda de la realización de la misma (Corte IDH, 2014).

En el caso de la investigación de los delitos sexuales según los casos que han llegado a instancias de la Corte IDH, se ha estudiado por este tribunal sobre las pruebas presentadas dentro de un juicio por parte de co-acusados; se debe tener especial cuidado sobre las mismas, dado que determinar una decisión únicamente sobre estas pruebas representa un riesgo para las garantías judiciales del procesado, así como del derecho de defensa que le asiste a los mismos y del debido proceso; por lo que una sentencia basada en pruebas que no acreditan la responsabilidad *más allá de toda duda razonable* representa un riesgo para los derechos humanos de los procesados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

Por su parte el estudio realizado por la Corte se ha enfocado en la protección de los derechos humanos de los procesados consagrados no solo en las legislaciones internas de cada país sino también los que se consagran en la Convención Americana de los Derechos Humanos; en el derecho interamericano toda persona tiene derechos dentro de un proceso de juzgamiento que de ninguna manera deben ser inobservados por parte de la autoridad competente; como el derecho a contradecir las pruebas que se presentan en su contra, el derecho a ser escuchada por una autoridad competente, y a ser juzgada dentro de un plazo razonable dentro de un proceso previamente establecido (Montero Montero, D., & Salazar Rodríguez, A., 2021).

Sin embargo, dentro de las pruebas que se manejan al interior de la Corte IDH no existe el concepto de prueba de corroboración o el de la prueba de referencia, dado que los testimonios rendidos o los documentos insertados dentro del proceso interamericano se hacen en una única instancia, por esta razón, entre las múltiples jurisprudencias que se han emitido por parte de este alto tribunal lo que se mantiene presente es la protección de los

derechos fundamentales del procesado que está en cabeza de los entes estatales (Montero  
Montero, D., & Salazar Rodríguez, A., 2021).

## *Conclusiones.*

Respecto al primer objetivo, el cual tenía como objeto identificar conceptos básicos en los delitos que afectan la libertad, integridad sexual contra menores de 14 años, se logra concluir que en el territorio colombiano se evidencia el tratamiento normativo con respecto a los delitos que atentan contra la libertad sexual e integridad sexual de las personas, y para el caso de los menores de edad, específicamente los menores de 14 años, el componente de la edad es uno de los agravantes de la conducta, determinando que si la víctima de esta conducta penal es una persona en este rango de edad, el procesado no será objeto de ningún descuento o rebaja en su pena al momento de presentarse.

Lo anterior atendiendo a los tratados internacionales que versan sobre los derechos de los menores, los cuales han sido suscritos y ratificados por el Estados colombiano, que buscan castigar con mayor severidad las conductas criminales cuya víctima es un menor de edad; de igual manera se atiende a la condición del menor de edad como un sujeto de especial protección por parte de los Estados, que deben propender por la protección de este grupo poblacional específico, aplicando en la legislación, en este caso del Estado colombiano, prohibiciones con respecto a las rebajas de pena que se pueden presentar dentro del proceso penal por aceptación de cargos o realización de negociaciones o preacuerdos con el ente fiscal.

En el mismo sentido se logra analizar que en el territorio colombiano, como en otros países alrededor del mundo, manejan una teoría armónica sobre cuáles serían las pruebas pertinentes para la demostración del hecho ocurrido y con ello se identifica un parámetro de recolección de los elementos materiales probatorios por parte de la fiscalía general de la

nación para la demostración de la ocurrencia del hecho o de la responsabilidad del procesado.

Lo anterior se logra evidenciar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como en la Corte Constitucional, ambos tribunales han aceptado en armonía, que en los delitos sexuales el material probatorio con el cual cuenta la fiscalía para la demostración de la responsabilidad penal del procesado es reducido; atendiendo a lo correspondiente se realiza un estudio del testimonio rendido por la víctima en etapa preliminar y el cual es objeto de contradicción en el juicio oral; en el mismo sentido estudian estas altas corporaciones lo concerniente al informe médico legal realizado a la víctima (cuando el mismo a razón de la presentación de la noticia criminal se puede hacer), sin atender a los demás elementos materiales probatorios que se pueden presentar como lo serían en el caso específico la prueba de corroboración y la prueba de referencia que dan más credibilidad al testimonio rendido por la víctima.

Aunado a lo anterior y con respecto a los elementos materiales probatorios que se tienen en este tipo de procesos, se evidencian como los más importantes: el examen médico legal y el testimonio rendido por la víctima; respecto del primero se logra concluir que, existen diferentes métodos aplicables por parte de los galenos para la determinación de una agresión sexual, y su uso está en consideración del mismo teniendo en cuenta la acogida científica del método utilizado y la pertinencia en cada caso en concreto; en igual sentido se establece que, dependiendo del tiempo en la comisión del hecho este elemento material probatorio es difícil de realizar o los resultados que arroja el mismo no son adecuados a la realidad de los hechos.

Lo anterior teniendo en cuenta que los casos de violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes no son puestos en conocimiento del ente fiscal sino después de que el niño obtiene la valentía suficiente para denunciar a su agresor, que en la mayoría de los casos, es una persona perteneciente a su círculo íntimo familiar; por lo que el examen sexológico si bien es cierto es una de las herramientas más fiables para la comprobación de un acto violento o de abuso sexual, no es aplicable en todos los casos; lo anterior atendiendo al factor tiempo en el cual se realiza la conducta criminal y el momento de la presentación de la noticia criminal, por lo que se concluye que este elemento material probatorio solo es útil cuando la conducta y su denuncia se hacen en un periodo corto de tiempo que permitiría al médico legista la recolección de material biológico, evidencia física al interior de la víctima o al exterior de la misma, que pueden ayudar a la verificación del hecho delictivo y a la identificación del presunto agresor cuando el material biológico recolectado lo permitiere.

Por lo anterior, cuando el examen médico legal no puede realizarse en debida forma y según como lo ha establecido la Fiscalía General de la Nación en su manual para la investigación de delitos sexuales, entraría a tener más relevancia el segundo elemento material probatorio del cual disponen los fiscales, el cual es el testimonio; ahora bien, el testimonio de la víctima es a consideración personal uno de los elementos materiales probatorios de mayor fuerza con la que cuenta el fiscal, porque de viva voz de la víctima se puede evidenciar la existencia o no del hecho criminal.

Sin embargo y según lo que ha analizado la Corte Suprema de Justicia en diferentes jurisprudencias, el testimonio de la víctima menor de edad posee una dificultad evidente y es con respecto al lenguaje utilizado por el menor, si bien es cierto, la fiscalía cuenta en su

manual para la investigación de delitos sexuales la forma en la que el investigador debe realizar la entrevista, no es menos cierto, que el menor de edad dependiendo de los años que posee no puede expresarse con claridad con respecto a los hechos acaecidos hacia él, bien sea por inmadurez mental a razón de su edad o porque el menor víctima se encuentra en un estado psicológico que no permite una narración clara y sucinta de los hechos ocurridos.

Por lo anteriormente expuesto, los fiscales que tienen en su potestad la investigación de los delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes, buscan dar una mayor credibilidad al testimonio de la víctima con la utilización de la prueba de corroboración y la prueba de referencia, que su fin último es otorgar un mayor grado de veracidad y credibilidad al testimonio rendido por la víctima en etapa preliminar y en juicio oral.

Ahora bien en lo que refiere a las formas en la cual se recolectan estos dos elementos de prueba (el testimonio y el examen médico legal) la utilización de los métodos aceptados a nivel académico y que se encuentran acorde a lo establecido en el Manual de investigación de delitos sexuales emitido por la fiscalía, la utilización de los métodos utilizados así como la pertinencia de los mismos en cada caso específico, recaen en el estudio de la autoridad competente en la investigación criminal; para el caso en concreto son las dependencias de la fiscalía general de la nación que basan su actuación en el plan metodológico diseñado por cada fiscal, que a todas luces es quien realiza el análisis preliminar de los mismos para basar la imputación o la acusación y su futura utilización en juicio oral, donde el elemento de prueba sea insertado como prueba después de la realización de la contradicción pertinente a cada uno de ellos.

Consecuentemente concluyendo el segundo objetivo, el cual era determinar cómo se obtiene el nivel de conocimiento para emitir una sentencia condenatoria en Colombia frente a los delitos sexuales contra menores de 14 años, es menester establecer, que no hay discusión alguna respecto del grado de certeza que debe variar en el juez por tratarse de un delito sexual; todo lo contrario, tanto la ley como la jurisprudencia son claras respecto al nivel de conocimiento que tiene un juez para la emisión de una sentencia condenatoria se encuentra en el discernimiento *más allá de toda duda razonable*; es decir, el juez debe tener la firme convicción de la existencia del hecho y de la responsabilidad que tiene el acusado sobre los mismos, de esa manera lo ha establecido tanto la ley y la jurisprudencia nacional como la jurisprudencia internacional.

La manera en la que el juez de conocimiento llega al raciocinio anteriormente descrito, se presenta por medio de la valoración de la prueba practicada dentro del proceso penal, tanto por la fiscalía como por la defensa en audiencia de juicio oral, sometidas al principio de contradicción; para la realización de la valoración probatoria el juez cuenta con todas las características cognoscitivas para el establecimiento de que la prueba cumplió con su fin primordial, el cual radica en la demostración o no de la ocurrencia de los hechos y de la responsabilidad del acusado; en el Estado colombiano el juez posee la libre convicción como una de las herramientas utilizadas para la valoración de las pruebas y de igual manera se tiene por las partes una libertad probatoria que en todo caso en los delitos sexuales es limitada por la misma naturaleza del delito.

Sin embargo, a lo anteriormente descrito, ni la jurisprudencia ni la ley han determinado cuando el juez se encuentra con un hecho plenamente probado ni en delitos sexuales ni en ningún otro; simplemente se presentan unas características comunes en la

actividad probatoria con respecto a la naturaleza misma del delito y no *per se* a que se deban presentar un material probatorio determinado; por ende y con respecto al convencimiento, no es otro que la certeza *más allá de toda duda razonable* que es argumentada en la parte resolutive de la sentencia, donde el juez expone todas las razones fundadas sobre las cuales basa su decisión, entre ellas que valoración se le dio a cada una de las pruebas y cómo las mismas influyeron en la toma de la decisión.

Respecto al tercer objetivo específico el cual era establecer en que consiste un estándar de prueba, una prueba de corroboración y periférica en el sistema penal acusatorio colombiano, se logra determinar que respecto al estándar de prueba es el conjunto de parámetros previamente establecidos, que posee el juez para la valoración de los hechos y pruebas presentadas, tanto por la fiscalía como por la defensa; estos parámetros son aceptados por la comunidad académica y aplicados por los diferentes juzgadores en los distintos procesos que ellos resuelven.

Consecuentemente el estándar de prueba a nivel académico se entiende como una herramienta que posee el juez, que ayuda a la conformación del criterio racional sobre el cual basa su decisión, sea esta condenatoria o absolutoria; esta herramienta entonces busca brindar una razonabilidad a la decisión del juez y con ello evitar subjetividades en la determinación de la responsabilidad en un hecho ilícito, teniendo en cuenta todo eso con el material probatorio que las partes han aportado en el juicio oral y que han sido objeto de contradicción.

Con respecto a la prueba de corroboración y a la prueba de referencia se logra concluir que su tratamiento en el derecho penal colombiano se da de manera excepcional y de ninguna manera la decisión del juez sobre la culpabilidad debe estar basada únicamente

en las mismas, por lo que se concluye que el fin último de dichas pruebas es únicamente brindar un marco mayor de credibilidad al testimonio rendido por la víctima, que logra un grado de veracidad mayor al que puede otorgar el solo testimonio, por lo que la utilización de estos dos tipos de prueba se encuentra únicamente en la discrecionalidad de la fiscalía y a la realización en debida forma de la contradicción en etapa de juicio oral; por ende la valoración de este tipo de pruebas de la misma manera que las demás, únicamente está en cabeza del juez de conocimiento y se presenta de manera conjunta con las pruebas que pretenden de una u otra manera fortalecer la teoría del caso.

Ahora bien, en el caso específico de los delitos sexuales, este estándar de prueba no ha sido posible establecer de manera concreta, toda vez que los académicos y los jueces no han llegado a un consenso pacífico de qué tipo de pruebas se tienen que presentar obligatoriamente en el proceso para que se logre de manera adecuada la comprobación de la veracidad sobre los hechos investigados; en primera instancia la imposición de una prueba por la que se logre la comprobación de un hecho sería recurrir nuevamente a la tarifa legal, la cual deja de lado la valoración cognoscitiva del juez de todas las pruebas debatidas en juicio; aunado a lo anterior, la tarifa legal perdió acogida con la implementación del sistema adversarial que impuso la ley 906 de 2004.

De la misma manera la ley anteriormente citada permite la libertad probatoria que busca a grandes rasgos que tanto la fiscalía como la defensa cuenten con libertad sobre los mecanismos a utilizar en la demostración de un hecho específico siempre y cuando reúna los requisitos legales establecidos para la recolección y presentación de la prueba en juicio oral.

Por ende no se puede confundir lo que es el estándar de prueba con la tarifa legal de la prueba, el primero sirve como una herramienta que permite girar al juzgador en la toma de una decisión sobre un caso específico y la segunda es una imposición legal que no permite otro medio probatorio diferente para la demostración del hecho en cuestión; por lo que el estándar de la prueba admite la libertad probatoria y acepta la misma, solo que expone una serie de cuestiones que sobre un caso específico se deben tener en cuenta para la demostración del hecho.

Ahora bien la razón que no permita decidir o imponer un tipo de prueba que se deben presentar obligatoriamente para la demostración de la responsabilidad, radica en que cada caso es diferente, toda vez que se presenta en diferentes circunstancias de modo, tiempo y lugar; es decir que las circunstancias que lo originaron son tan diferentes que no puede sujetar al ente acusador o a la defensa y mucho menos al juez de conocimiento a una prueba específica que logre o permita dilucidar la responsabilidad o inocencia en los hechos criminales expuestos.

Consecuentemente, la prueba de corroboración se presenta como un testigo que certifica hechos antecedentes o posteriores, que permiten al juez identificar la veracidad de los demás testimonios; pero no por ello este tipo de prueba deja de tener un carácter de excepcional, es decir, su presencia o no en el proceso recae en la sagacidad sea del fiscal o del abogado defensor y el análisis que hace el juez sobre este tipo de pruebas se presenta de manera conjunta con las otras practicadas en juicio; por otra parte la prueba de referencia se presenta aun de manera más excepcional que la primera, toda vez que es una prueba ajena al proceso, por ende solo una buena investigación y de un análisis conjunto de la social que permite la identificación de las pruebas en otros procesos, que a razón de la coincidencia en

los hechos y de los sujetos procesales, puede ser utilizada en la investigación del delito sexual.

Sin embargo, a pesar del tratamiento jurídico de las pruebas anteriormente mencionadas, las mismas solo se presentan de una manera sumamente excepcional y de ninguna manera una sentencia condenatoria se puede basar de forma exclusiva en solo la valoración de una de estas dos pruebas; para que su utilización se presente de manera efectiva dentro del proceso, tiene que presentarse con un cuerpo probatorio basto que las sustente y permita su utilización dentro del juicio oral.

Por otra parte y respecto al objetivo general que sirvió de guía para la realización de la investigación el cual era poder determinar la necesidad de un *estándar de prueba* que permita obtener al juez de conocimiento un grado de certeza *más allá de toda duda razonable*, como apoyo en la valoración de la prueba de referencia frente a la comisión de conductas contra la libertad, integridad y formación sexual cometidas contra menores de 14 años, se puede concluir que según mi perspectiva personal no es procedente realizar alineamientos jurídicos que fijen dentro de un proceso de investigación y juzgamiento de delitos sexuales con menor de 14 años el material probatorio que se puede o deba utilizar y mucho menos con que elemento material probatorio se considera probado un hecho, lo anterior se debe a la diferencia sustancial de la realización del ilícito así como la diferencia fundamental en el material de prueba presentada en cada caso específico y que no se puede pretender generalizar hechos que por sí mismo son distintos.

Por lo anterior, la respuesta a la pregunta de investigación la cual era ¿Es necesario establecer un estándar de prueba frente a la prueba corroboración o la prueba de referencia en los juicios por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos contra

menores de 14 años?, es a todas luces negativa, dado que no es necesario ni prudente establecer un estándar de prueba frente a este tipo de delitos; si bien es cierto ningún delito presenta igualdad con otro, la disparidad que se presenta respecto a los delitos sexuales es más grande que con otros, porque se deben analizar características en el sujeto activo de la acción así como en la comisión en si del hecho; la estipulación de una prueba que de por cierto un hecho, lo único que haría es generar una dificultad mayor respecto a la obtención de la verdad procesal; en este sentido, tal como lo contempla nuestra codificación procesal referente a la libertad probatoria, es acertada porque permite una indagación mayor de los hechos y una obtención de la verdad procesal; lo que garantiza una protección mayor de los derechos de los menores que son sujetos de especial protección en el Estado Colombiano.

Finalmente la conclusión principal de este trabajo de investigación es que no se puede realizar un estándar de prueba respecto a los delitos sexuales, a su vez la utilización de la prueba de corroboración y la prueba de referencia se dan de manera tan excepcional dentro del proceso que no puede ser objeto de una decisión que se base de manera exclusiva en estas, por lo que la actividad probatoria debe versar en todos los elementos que se puedan recaudar por la fiscalía y por la defensa sea cuales sean, siempre y cuando su utilidad, pertinencia y conducencia esté debidamente acreditada dentro del proceso; lo anterior soportado en las garantías fundamentales establecidas en la Convención Americana de los Derechos humanos y en las diferentes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos humanos que ha enfocado sus esfuerzos y jurisprudencias en determinar que se acepta la libertad estatal al momento de establecer el régimen probatorio de cada Estado pero que no se ha pronuncia en el caso específico de Colombia sobre este tipo de pruebas

sino que ha mantenido la fuerza de los derechos del procesado como del debido proceso, el derecho a la defensa, a la contradicción de la prueba y al debido proceso.

## *Referencias.*

1. Abel, X. (2012). La dosis de prueba entre el *Common Law* y el *Civil Law*. *Doxa*, 35, 173 - 200.
2. Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho*, 37(2), 483-511. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173622791011>.
3. Adams, J. A. (2010). Medical Evaluation of Suspected Child Sexual Abuse: 2011 Update. *Journal of Child Sexual Abuse*, 20 (5): 588-605
4. Avella Franco, P. O. (2007). Estructura del proceso penal acusatorio. *Bogotá, Colombia. Fiscalía General de la Nación*. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>
5. Ávila, M. B. (2018). Testimonio, segunda victimización y reparación. Movilización feminista frente a un caso de violación sexual en la universidad. *Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro)*, 215-234.
6. Bernal, L. F. S. (2005). Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia. *Rev. E-Mercatoria*, 4, 1.
7. Buitrago Chávez, C. (2021). *VERDAD-VERDADERA Y VERDAD-PROCESAL*. Recolectado en septiembre de 2021 en la pagina <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art3.pdf>
8. Camara, L., & Gutierrez, I. (2021). *TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES COMETIDOS CONTRA MENORES DE 16 AÑOS*. [https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/10903/Guti%  
c3%a9rrez%2c%20Ivana%20Mariela.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/10903/Guti%c3%a9rrez%2c%20Ivana%20Mariela.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

9. Castillo-Pulido, L. E. (2011). El acoso escolar. De las causas, origen y manifestaciones a la pregunta por el sentido que le otorgan los actores. *Magis. Revista Internacional de Investigación en Educación*, 4(8), 415-428.
10. Chiesa, E. L. (2008). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y de Estados Unidos (Vol. 3.)*. Puerto Rico: Forum.
11. *Constitución Política*. (1991). Extraído Agosto de 2021 en [Secretariasenado.gov.co](http://www.secretariasenado.gov.co).  
<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
12. Corte Constitucional, 1998, SU-747, Expediente T-152455, Magistrado Ponente Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
13. Corte Constitucional, 1998, C622, Expediente D-2046, Magistrado Ponente Dr. Dr. FABIO MORON DIAZ.
14. Corte Constitucional Colombiana, C-591 del 9 de junio de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.
15. Corte Constitucional Colombiana, C-673 del 30 de junio de 2005b, MP. Clara Inés Vargas Hernández.
16. Corte Constitucional Colombiana, C-202, 2005c, expediente D-5336, Magistrado Ponente Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA
17. Corte Constitucional Colombiana, C-177 del 26 de marzo de 2014, MP. Nelson Pinilla Pinilla.
18. Corte Constitucional Colombiana, T 448- 2018, Expediente T-6.674.947, Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
19. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, *Caso Lori Berenson vs. Perú*, Serie C N°119

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, Caso Espinoza Gonzales VS. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C-289
21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, caso Zegarra Marín vs. Perú sentencia de (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C-331
22. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, caso Isaza Uribe y Otros vs. Colombia sentencia de 20 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas
23. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, 10 de diciembre de 1997. M. P. Carlos E. Mejía Escobar.
24. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2006, Rad. 24468, M.P. Edgar Lombana Trujillo.
25. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2006 b, Rad. 24468, M.P. Edgar Lombana Trujillo.
26. Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Penal, 2008 Sentencia 27477 (MP: Augusto José Ibañez Guzmán).
27. Corte Suprema de Justicia. (15 de octubre de 2008b). [Revisión 29626]. Recuperado de [https://www.redjurista.com/Documents/corte\\_suprema\\_de\\_justicia\\_sala\\_de\\_casacion\\_penal\\_e\\_no\\_29626\\_de\\_2008.aspx#](https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_no_29626_de_2008.aspx#)
28. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal,(2008c) Sentencia SP-SP 27477
29. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal,(2008d), Radicado No 28847, Magistrado Ponente Juan Manuel Agudelo Angarita
30. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 2014, Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona SC9493-2014 Radicación: 11001-31-03-020-2006-00122-01.

31. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2016, sentencia SP3332-2016, Rad. 43866, M.P. Patricia Salazar Cuellar.
32. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2018, SP5660-2018, rad.52311. (MP. Patricia Salazar Cuellar).
33. Corte Suprema de Justicia Sala Penal, (2018b) Sentencia SP-41792018 (47789), del 26 de septiembre de 2018
34. Corte Suprema de Justicia Sala Penal, (2019) Sentencia SP-26672019 (49509), M.P Eyder Patiño Cabrera
35. Corte Suprema de Justicia Sala Penal,(2020) Sentencia SP-3992020 (55957)
36. Corte Suprema de Justicia Sala Penal,(2020b), Sentencia SP- 934-2020 Radicación No. 52045, MP JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
37. De la Nación, F. G. (2014). Protocolo de investigación de violencia sexual. Guía de buenas prácticas y lineamientos para la investigación penal y judicialización de delitos de violencia sexual. Fiscalía General de la Nación [https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Protocolode-investigacio% CC% 81n-de-violencia-sexual-cambios-aceptadosfinal. pdf](https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Protocolode-investigacio%CC%81n-de-violencia-sexual-cambios-aceptadosfinal.pdf).
38. Duce, M., & Baytelman, A. (2004). Litigación penal. Juicio oral y prueba. Universidad Diego Portales, Chile.
39. Fernández López, M. (2004). Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal. (Tesis Doctoral). Universidad de Alicante, Alicante. Recuperado de <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/11013/1/Fernandez-Lopez-Mercedes.pdf>
40. Ferrajoli, Luigi. 2001, *Derecho y razón*, quinta edición, Madrid, Ed. Trotta página 551.
41. Fiscalía General de la nación, (2016). Protocolo de investigación de violencia sexual. *Guía de buenas prácticas y lineamientos para la investigación penal y*

*judicialización de delitos de violencia sexual. Fiscalía General de la Nación*

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Protocolode-investigacio%CC%81n-de-violencia-sexual-cambios-aceptadosfinal.pdf>.

42. García Chavarría, A.B, 2016, La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Colección sobre la Protección Constitucional de los Derechos Humanos, primera edición, Retrieved 19 November 2021, from <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R35365.pdf>
43. Galarza Pazmiño, M. D. L. A. (2018). *Eficacia del uso de la escala de gravedad de lesiones genitales (GISS) en comparación con la observación simple directa durante el examen sexológico forense en presuntas víctimas de violencia sexual, mayores de 12 años, en la UAPI Flagrantes–Quito, en el periodo enero–junio 2018* (Master's thesis, Quito: UCE).
44. García, M. L. M., Jiménez, M. G., & Fernández, M. S. B. (2002). Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio. *Eúphoros*, (5), 37-60.
45. Gascón Abellán, M. F. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 28, 127.
46. González Sepúlveda, P. (2015). *Hacia una nueva mirada de la teoría pura del derecho, retomando las lecciones de Kelsen* (Doctoral dissertation, Universidad Católica de la Santísima Concepción).
47. Gonzales Bazan, L. E. (2019). *La presunción de inocencia en su vertiente de in dubio pro reo y el momento correcto para su aplicación*.
48. Humanos, C. A. D. D. (1969). *Pacto de San José de Costa Rica. OEA, San José De Costa Rica*, 22.

49. Jovell, A. J., & Navarro-Rubio, M. D. (1995). Evaluación de la evidencia científica. *Med Clin (Barc)*, 105(19), 740-3.
50. Kaufmann, A. (1997). *Filosofía del Derecho*. München: Universidad Externado de Colombia.
51. Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar.
52. Lozano, L. F. G. (2011). La incidencia del concepto estado de derecho y estado social de derecho en la independencia judicial. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 14(27), 181-198.
53. Malem, J. (2008). *El error judicial y la formación de jueces*. Editorial Gedisa.
54. Méndez, N. J. D. P. M. (2017). La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación. *Cuadernos de derecho penal*, (18), 55-93.
55. Montero Montero, D., & Salazar Rodríguez, A. (2021) Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. . (2021). Retrieved 19 November 2021, from <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>
56. Nieva-Fenoll, Jordi (2010). *Los sistemas de valoración de la prueba y la Carga de la prueba: nociones que precisan revisión*. Ed. Marcial Pons. Madrid, España.
57. Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
58. Nogueira Alcalá, H. (2005). Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et praxis*, 11(1), 221-241.
59. Ortiz, J. L. R. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, (1).

60. Osorio Ocampo, O. A., & Sierra Sierra, L. A. (2016). Ventajas y desventajas de la oralidad en la justicia colombiana. Caso Manizales.
61. *PROTOCOLO DE INVESTIGACIÓN DE VIOLENCIA SEXUAL*. (2021). Recuperado en septiembre de 2021 en la pagina <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Protocolo-de-investigacio%CC%81n-de-violencia-sexual-cambios-aceptados-final.pdf>
62. Realphe, S. P. M., Barreto, M. R., Ferrand, P. A. S., González, L. A., & Pinzón, A. (2013). Evaluación de la atención a víctimas de la violencia sexual: experiencia en tres hospitales de Bogotá. *Facultad Nacional de Salud Pública: El escenario para la salud pública desde la ciencia*, 31(2), 195-201.
63. República de Colombia (2002), Acto legislativo 03 de 2002 "Por el cual se reforma la Constitución Nacional", El congreso de Colombia
64. República de Colombia (2004) *Leyes desde 1992 - Vigencia expresa y control de constitucionalidad [LEY\_0906\_2004]*. (2021). Secretariassenado.gov.co. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)
65. Reyes Molina, S. (2012). Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 229-247.
66. Sellors, J. W., & Sankaranarayanan, R. (2003). La colposcopia y el tratamiento de la neoplasia intraepitelial cervical: Manual para principiantes. *Lyon, Francia: International Agency for Research on Cancer (IARC)*, 140.
67. Sierra, L. F. B. (2008). La prueba en el proceso penal colombiano. Fiscalía General de la Nación.
68. Sierra, L. M. G. (2013). El contexto de mujer en la realidad jurídico-penal colombiana: delitos sexuales y revictimización. *IUSTA*, (38).

69. Taruffo, M. (2003). *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana. Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>
70. U.S. Supreme Court, (1979) ,*Kentucky v. Whorton*, 441 U.S. 786 790 *Extraído en* (agosto 2021). De Justia Law. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/786/>
71. Valencia, C. T., Montes, O. L. B., Cruz, L. L. P., Riascos, H. A., Monsalve, L. C., Vásquez, M. V., & Cifuentes, M. S. (2016). Identificación de criterios de orden legal y científico en el derecho probatorio del sistema penal que incidieron en el proferimiento de sentencias de los enjuiciados por delitos sexuales entre el 2009-2010 en dos municipios del Valle del Cauca. *Criminalidad*, 58(2), 123-140.
72. Vallejo, P., & del Cisne, A. (2018). *Azul de toluidina como coadyuvante al examen médico legal en mujeres víctimas de violencia sexual atendidas en la Unidad de Flagrancia Quito 2017-2018* (Master's thesis).
73. Vélez, E. (2010). *La prueba de referencia y sus excepciones*. San Juan de Puerto Rico: Inter Juris.
74. Yanes Sevilla, M. D. (2021). *El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual: estudio de casos* (Master's thesis, Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).
75. Zapater, E. B. (1988). Presunción de inocencia," in dubio pro reo" y recurso de casación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 41(2), 365-386.