

**LA APLICACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL:
ELEMENTOS DE JUICIO EN OBSERVANCIA A LAS GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES.**

**EVIDENCE APPLICATION IN CASES OF SEXUAL VIOLENCE: ELEMENTS OF
JUDGMENT IN OBSERVANCE OF CONSTITUTIONAL GUARANTEES.**

¹MARIA FERNANDA CASTRO COLMENARES

Resumen

Históricamente la violencia sexual ha sido una conducta que ha afectado la vida e integridad de las personas, causando una importante problemática social, motivo por el cual el legislador y los organismos de control han implementado una serie de mecanismos y medidas que ayuden a mitigar y prevenir el impacto personal y social que esto genera; ahora bien, atendiendo a que Colombia es un Estado Social de Derecho, es su deber investirse de una serie de atributos dirigidos a garantizar a las víctimas de violencia sexual una verdadera protección en materia Constitucional, lo cual involucra que el análisis probatorio en estos casos se aplique de acuerdo con los fundamentos, procedimientos y fines de la prueba. De la evaluación realizada por el juez en el cuadro del proceso dependerá la restauración para la víctima en sentido de brindarle no sólo seguridad jurídica sino el reconocimiento de los perjuicios que se le ocasionaron.

¹ Abogada egresada de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano seccional Bogotá D.C. Actualmente estudiante de la especialización de derecho procesal de la Universidad Libre.

Palabras Clave: Violencia sexual, prueba, garantía constitucional, valoración

Abstract

Historically, sexual violence has been a conduct that has affected the life and integrity of people, causing significant social problems, which is why the legislator and control agencies have implemented a series of mechanisms and measures to help mitigate and prevent the personal and social impact that this generates; now, considering that Colombia is a Social State of Law, it is its duty to invest itself with a series of attributes aimed at guaranteeing victims of sexual violence true protection in Constitutional matters, which implies that the evidentiary analysis in these cases is apply in accordance with the foundations, procedures and purposes of the test. Restoration for the victim will depend on the evaluation carried out by the judge within the framework of the process, in the sense of providing not only legal certainty but also the recognition of the damages that were caused.

Key Words: Sexual violence, evidence, constitutional guarantee, assessment.

INTRODUCCIÓN

En atención a lo contenido en la Constitución Política de Colombia, se establecen los derechos fundamentales que cobijan a todos los integrantes de la nación, se evidencia la protección de derechos como la vida, la libertad, la intimidad personal, la integridad física y moral, entre otros. Tras configurarse cualquier tipo de violencia sexual resultan atacados diversos de estos derechos, perjudicando no sólo a la víctima sino a los miembros de su familia y a su vez a la sociedad misma.

Por lo anterior, resulta fundamental analizar si la aplicación probatoria frente a este tipo de casos se está realizando en el marco constitucional y normativo que rige la materia, evaluando así la configuración de avances desde una perspectiva de prevención, protección y acompañamiento. Para ello se llevó a cabo una investigación teórica con un enfoque cualitativo llevado a una perspectiva normativa tanto nacional como internacional, abordando así la noción general de la prueba desde el sistema penal acusatorio y la aplicación probatoria con observancia a la violencia sexual, empleando para ello métodos documentales y herramientas consultivas tales como: artículos, libros, revistas y legislación vigente.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA VIOLENCIA SEXUAL

Resulta fundamental, previo al desarrollo del tema, entender lo que el mundo actual entiende por violencias sexual, concepto que se ha ido construyendo a lo largo del tiempo y ha tomado un gran valor si se contrasta desde la perceptiva de grandes civilizaciones antiguas, en las cuales este tipo de actos asombrosamente se encontraban en lo ordinario de estas civilizaciones, prueba de esto es el escalofriante testimonio de Estragón citado por Sáez (2015) cuando indicó:

“Disfruto las flores de uno de doce; si son trece los años, más fuerte deseo siento; el que tiene catorce destila de amor más fuertes, más gusto en el que está en el tercer lustro” (p.139) ;

mismo relato contrasta con los actuales criterios sociales y normativos con los que estos actos se observan.

En relación con lo anterior, es hasta el año 18 A.C que la sociedad romana a través del derecho penal castiga bajo la figura legal del “*estupro*”, el acceso carnal sin consentimiento, concepto que Modestino citado por Gil Sáez (2015) aclara así: “*Se comete estupro en viuda, en doncella, o*

en un joven” (p.141). No obstante, los intentos por dejar atrás estas conductas inmorales no cobijan a todo el grupo poblacional de la época, pues la explotación sexual de la cual fueron víctimas niños y niñas convertidos en esclavos quedaron fuera los límites establecidos por esta civilización. Con la conversión del cristianismo como religión oficial del imperio, en el año 342 D.C se promulgó la Ley que pena con la muerte al homosexual pasivo, dejando atrás grandes abusos, pero aun siendo insuficiente, respecto del paradigma actual (Gil Sáez, 2015).

Queda claro, que la civilización antigua pese a sus esfuerzos por combatir con lo moralmente incorrecto no se encontró alineada con percepciones como las de ahora, en las que se han definido límites y clasificaciones con ocasión a los diferentes marcos en los que se configuran situaciones de violencia sexual.

2.1 DEFINICIÓN DE VIOLENCIA SEXUAL

Actualmente, el concepto de violencia sexual es observada como cualquier acto de connotación sexual que sea realizado sin que medie el consentimiento de la víctima, indistinto de que se incluya violencia física o no. En cuanto a esto, se define la violencia sexual como:

“todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo”. (Organización Mundial de la Salud, 2013, p. 2)

Dicho lo anterior, la violencia sexual ha sido vista desde la perspectiva internacional como una vulneración al “Derecho Internacional Humanitario” y como un delito de lesa humanidad o

crimen de guerra cuando se propaga en el marco de ataques generalizados o sistematizados a la población civil (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018).

Por otro lado, este tipo de violencia ocurre cuando se presentan actos de naturaleza sexual impuesta a hombres, mujeres, niños y niñas, aclara además que esto puede darse por sucesos tales como la fuerza ejercida, bien sea de manera física o psicológica, así mismo pueden influir factores tales como el abuso de poder o el temor mismo que se genera con estos actos, confluendo así un conjunto de temores sobre la persona afectada con los actos violentos (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2014).

Lo anterior, lleva a afirmar que la violencia sexual es una acción que se ejerce fuera de la voluntad de la víctima, sin ser exclusivamente provocado por la fuerza física; pues como se ha visto hasta aquí median diferentes modos para doblegar a la víctima. Aunado a lo anterior, debe decirse que la violencia sexual lleva consigo el ejercicio y desarrollo de actividades que van desde palabras abusivas hasta acciones que lesionan físicamente, configurándose una pluralidad de tipos de coacción que doblegan a la víctima y afectan su integridad desde toda perspectiva. (Organización Mundial de la Salud, 2013)

El Centro Nacional de Memoria Histórica (2018), realizó un estudio en el cuál se clasificó la violencia sexual en seis tipos de violencia las cuales se basan en: la violación propiamente, agresiones sexuales que limitan derechos de la intimidad y reproducción, aprovechamiento sexual, sujeción de tipo sexual, actos sexuales, y tortura o persecución sexual. (p.19-20)

3. NORMATIVA INTERNACIONAL

Como se ha visto hasta aquí, la violencia sexual es motivo de discusión en diversos escenarios y a lo largo de la historia, generando así la intervención normativa nacional e internacional, esto ha

dejado referentes sustanciales que dan muestra de las tipologías, características, y las obligaciones estatales en sentido de prevenir, sancionar y sobre todo proteger a sus víctimas; debe resaltarse que los años noventa estuvieron llenos de avances positivos en lo que se refiere a la protección contra la violencia sexual, actos que afectan a niños, mujeres y hombres. A continuación, se define el espectro normativo internacional:

En primer lugar, se referencia la norma internacional que se encamina al amparo de la mujer en escenarios de violencia sexual, y así mismo es de exaltar el esfuerzo realizado por el Sistema Interamericano de Derecho Humanos al identificar tipos de violencia contra la mujer, dentro de la cual se encuentra la violencia sexual; en relación a esto, la “*Convención de Belem do Para*” expresó la preocupación por la violencia contra la mujer, la cual este órgano consideró que dicha conducta es un agravio a la integridad humana y es una expresión de relaciones de poder entre hombres y mujeres marcadas a lo largo de la historia. En este orden, el artículo primero del precitado convenio establece que será “*violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer (...)*” (Convención de Belem do Para, 1994).

Adicional a la convención ya mencionada, se suma la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), adoptada por 189 gobiernos comprometidos a tomar medidas y estrategias con el fin de impactar 12 puntos fundamentales, donde por supuesto uno de ellos fue la lucha contra cualquier tipo de violencia hacia la mujer y las niñas, describiendo así las nociones tendientes a darle fin al acoso sexual del que son víctimas.

De otro lado, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993), no fue ajeno a la realidad de las mujeres como mayores víctimas de estos actos, y en dicho sentido las que más accionan el aparato judicial; es por esto que se hace especial énfasis en el deber de los estados de

eliminar la violencia contra la mujer en escenarios privados y públicos, lo que implica, la eliminación de prejuicios sexistas en los entes que administran justicia, además de la eliminación de cualquier forma de acoso sexual en diferentes escenarios.

Por otra parte, en procura de salvaguardar la integridad de las víctimas de violencia sexual menores de edad, la norma internacional resulta aún más dinámica, pues se resalta fundamentalmente la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en la cual se conmina a los estados a disponer de las medidas necesarias para evitar que los niños y niñas sean objeto de cualquier tipo de violencia. Adicional a esto, se han establecido, protocolos, convenciones y convenios que dan cuenta del esfuerzo internacional por evitar los abusos en contra de los menores, lo que incluye problemáticas como *“la prostitución infantil, la pornografía infantil y otros tipos de abuso sexual”* (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

Por último, debe señalarse que al igual que las mujeres y los menores de edad, los hombres también son susceptibles a ser víctimas de violencia sexual, si bien resulta evidente que en desarrollo internacional sobre este tema se torna más generalizado, las interpretaciones que la Corte Penal Internacional debe aplicar debe ser en un marco de equidad, es decir tanto en hombres como en mujeres, pues las formas de acoso y explotación sexual en contra de las personas está fuera de la integridad y la valía humana y por tanto deben ser eliminadas.

(Amnistía Internacional, 2011)

4. NORMATIVA NACIONAL

Una vez realizado un análisis del escenario internacional en materia de violencia sexual, debe comprenderse ahora el marco jurídico aplicable en Colombia, en este orden, debe decirse en primer lugar que el país ha tenido un desarrollo importante en materia de regulación normativa,

tanto en la tipificación de conductas penales que amplían el marco de protección de garantías constitucionales, como en acciones tendientes a proteger a la víctima y fomentar la prevención de que estas conductas se materialicen.

Dicho lo anterior, se reconoce que los principales instrumentos normativos para luchar contra la violencia sexual en Colombia son el Código Penal o “Ley 599 del 2000”, y la “Ley 1146 de 2007”. Este tipifica una serie de delitos que atentan contra la integridad, la libertad y la formación sexual; así mismo contempla las medidas restrictivas de la libertad en las que puede incurrir el victimario, y el tiempo de condena, el cual fue actualizado con la entrada en vigor de la Ley 1236 del 2008 en procura de garantizar íntegramente los derechos de las víctimas.

Igualmente, la “Ley 1257 de 2008”, realizó modificaciones al Código Penal, incorporando el tipo penal de Acoso Sexual, el cual resulta relevante en la lucha contra el abuso sexual, ya que plantea espacios públicos y privados libres de violencia, reafirmado derechos como el acceso a la administración de justicia y garantías en diferentes entornos.

De otro lado, vale la pena mencionar que, dentro del contexto colombiano de conflicto armado, las víctimas de violencia sexual cuentan con especial atención, pues con la expedición de la Ley 1448 de 2011, se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral. Allí se disponen espacios propicios para que las víctimas pueda adelantar un proceso judicial bajo las garantías necesarias.

Con posterioridad es expedida la “Ley 1719 del 2014”, norma que centra su foco en las víctimas de esta conducta, ratificando el derecho al acceso a la justicia. Dentro del contenido de la norma, traslada la noción internacional de actos de abuso sexual entendidos como crímenes de lesa humanidad cuando se convierten en ataques generalizados o sistematizados a la población civil,

también incorpora procesos y recomendaciones que deben ser atendidas exclusivamente cuando se está en presencia de delitos que relacionen actos de agresión sexual.

Como última medida en materia de protección a las víctimas por estos actos, la Ley 2081 de 2021 determinó como imprescriptibles los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual que se cometan en menores de 18 años, dando amparo a las víctimas que siendo menores no pudieran denunciar por convivir con su agresor o por carecer de credibilidad ante sus representantes, impidiendo de dicha manera la apertura de un proceso judicial.

Dichos elementos mencionados en conjunto muestran un compilado de normas que desarrollan y brindan suficientes herramientas a víctimas que se enfrentan a una entorno social y cultural que va en pro de perpetrar las creencias que aprueban la violencia, estableciendo barreras en lo que el legislador integra en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, la sanción y consecuencia para el victimario no son los únicos elementos que deben ser condensados en el sistema normativo, pues la prevención y socialización disminuyen la ocurrencia de actos de violencia sexual. Concordante con lo anterior, el legislador incorporó la Ley 1446 de 2007, misma que se enfoca en “la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente. Crea adscrito al Ministerio de la Protección Social, el Comité Interinstitucional Consultivo para la Prevención de la Violencia Sexual y Atención Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas del Abuso Sexual” (Congreso de la República de Colombia, 2007); adicional se le integrarían funciones al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el propósito de liderar acciones tendientes a la prevención de estos actos.

A la fecha de elaboración de este escrito, cursa en el Congreso de La República el proyecto de “Ley 101 de 2022”, este busca garantizar a la ciudadanía el derecho fundamental a la igualdad, a la no exclusión, y a una vida sin violencia, esto mediante la adaptación de medidas de prevención y apoyo a las víctimas de cualquier tipo de violencia sexual indistintamente del contexto en el que ocurran los hechos (Congreso de la República de Colombia, 2022).

5. NOCIÓN DE LA PRUEBA

Para abordar el tema de la aplicación probatoria en casos de violencia sexual resulta imprescindible entender la noción general de la prueba judicial, la cual es definida por el doctor Deivis Echandía citado por Montoya, et al (2015) como un compendio de reglas que reglan etapas como la admisión, producción, asunción y valoración de diferentes medios probatorios que se emplean para que los togados puedan decidir con la convicción sobre los hechos jurídicamente relevantes del proceso. Dicho lo anterior puede determinarse que mediante la prueba se pretende dar al juez el convencimiento de que los elementos que se presentaron en el curso del proceso dan cuenta de la veracidad de los hechos puestos en conocimiento.

Por otro lado, el doctor Parra Quijano (2007) considera la prueba como un elemento fundamental para determinar la verdad formal o quien se reviste de razón, en dicha definición se encuentran implícitas dos de las características de la prueba, estas son: la sustancialidad y racionalidad, la primera en la medida que se persigue llevar al juez al convencimiento de los hechos, como ya fue abordado, y la segunda en el carácter racional en el que debe basarse el juez para analizar los elementos presentados; otras de las características de la prueba responden propiamente a elementos subjetivos e históricos. (Montoya et al, 2015)

Una vez establecida la noción de la prueba es fundamental enfocar este concepto al tema de interés que nos ocupa, y es que en materia penal la prueba resulta ser un instrumento imprescindible que sirve al ente acusador para demostrar la culpabilidad del procesado, o en sentido contrario, sirve al procesado para demostrar su inocencia del delito que se le culpa; debe decirse que no basta solamente con allegar una prueba al proceso, sino que debe tenerse en cuenta que la misma debe contar con los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad.

A grandes rasgos la conducencia responde a que la prueba se presente de acuerdo con los medios que ya han sido establecidos por el legislador, por su parte, la pertinencia resulta ser la relación coherente de la prueba con los hechos, y la utilidad como su nombre lo indica, se enfoca en que la prueba sea útil para el proceso.

Ahora bien, la prueba cuenta con una serie de principios los cuales fundamental el ejercicio probatorio, si bien cada uno de ellos resulta relevante para dinamizar y comprender la constitución de la prueba, se profundizarán tres de ellos en observancia al procedimiento penal.

5.1 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Este principio encuentra su sustento en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia (1991), la cual establece que, en el marco de procesos judiciales, administrativos, entre otros, las personas se presumirán inocentes siempre que no exista una declaración judicial que estipule lo contrario; en este sentido la persona tendrá el derecho de defender sus derechos con una defensa técnica, así como a aportar pruebas y oponerse a las presentadas en su contra y contar con garantías de doble instancia. En síntesis, el mismo expone el debido proceso, también desde una perspectiva de presunción de inocencia

Lo anterior da cuenta que el principio de presunción de inocencia resulta ser una garantía constitucional, en la cual la persona a la que se le endilgue un delito no deberá ser prejuzgada o considerada culpable sin antes llevar un debido proceso en el cual sea escuchada su versión de los hechos, permitiéndole a su vez incorporar al proceso las pruebas que considere útiles para demostrar su inocencia. (Defensora del Pueblo, s.f.)

Aunado a lo anterior, la “Ley 906 de 2004” en el artículo 7, reitera lo mandado en la carta magna e indica que toda persona se presume inocente y por ende debe ser tratada en este sentido, hasta que la responsabilidad penal sea indilgada mediante una decisión judicial en firme. En este orden, el legislador estableció la carga de la prueba al ente acusador conminando al juzgador a resolver a favor del procesado cuando existan dudas.

De lo anterior puede establecerse que en tanto no exista una sentencia que determine la responsabilidad penal del imputado o acusado su inocencia deberá presumirse en el curso del proceso. Así mismo, el citado artículo indica que el ente acusador es responsable de allegar las pruebas que demuestren la culpabilidad del procesado, frente a este aspecto es importante mencionar que, si bien la defensa tiene la posibilidad de presentar pruebas y controvertirlas no es su obligación hacerlo, pues el artículo 125, numeral 8 de la Ley en 906 de 2004, estableció que el procesado no es obligado a presentar material probatorio, descargos o contrapruebas, ni ser un agente activo durante el desarrollo del proceso, lo que indica que será discrecionalidad del acusado hacerlo.

En relación con lo anterior, vale la pena indicar que en caso de que la defensa decida aportar alguna prueba o contraprobarla, se encuentra ante la posibilidad de que el ente investigador controvierta su valor probatorio utilizando cualquiera de los mecanismos idóneos para dicho fin.

5.2 PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Este principio resulta ser una garantía constitucional fundamental en el marco del proceso penal, pues en virtud de este, las partes tienen la oportunidad de ser escuchadas y controvertir los argumentos o afirmaciones de su contraparte, según Zabaleta Ortega (2017) el debido proceso es la carta de navegación del proceso penal, por lo tanto, debe ser asegurada la contradicción en materia probatoria, pues, según él, en los escenarios donde las partes son dinámicas e interactúan es donde se hace posible llegar a la verdad de los hechos jurídicamente relevantes y por ende contar con sentencias justas que sacie las expectativas de las partes

De lo anterior puede determinarse que el principio de contradicción permite desvirtuar los hechos que la parte contraria afirme, ello teniendo en cuenta que cada una de las partes cuenta con la posibilidad de conocer y controvertir las pruebas, tal como establece el artículo 15 de la Ley 906 de 2006, cuando indica es un derecho para las partes el hecho de conocer y controvertir las pruebas que son producidas o incorporadas al proceso principalmente en la etapa de juicio oral e incidente de reparación integral, también es un derecho conocer y controvertir las practicadas de manera anticipada.

En tal sentido, debe tenerse presente que el actual sistema penal acusatorio resulta ser un sistema de partes, lo que involucra que la carga procesal cuenta con una participación del imputado, situación que no ocurría anteriormente con el sistema penal inquisitivo. Al respecto la Fiscalía General de la Nación (s.f) señala que un cambio sustancial que se encuentra entre la comparación de las “leyes 600 de 2000 y 906 de 2004”, es que, en observancia de la primera se logra dilucidar la obligación del fiscal de investigar lo que es favorable y desfavorable, por el contrario, en el segundo caso, el rol del fiscal cambia en el sentido de asumir el rol de encontrar la prueba

requerida, si romper el hecho que debe tener presente los hallazgos de evidencia de descargo a la hora de tomar decisiones que le competen. (p. 33)

5.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este es tal vez el principio más importante en atención al tema que nos ocupa, y es que como ya se ha mencionado, la prueba resulta ser imprescindible en el marco del proceso, pues gracias a esta el juez logra determinar si confluyen los elementos para establecer la culpabilidad del procesado; no obstante, la prueba no basta en sí misma si carece de la legalidad, la cual a su vez se encuentra investida de subordinación frente al ordenamiento jurídico, que afecta y condiciona la procedencia y eficacia. Este ordenamiento jurídico es visto desde una perspectiva constitucional integrada a su vez por tratados y convenios internacionales en virtud del bloque de constitucionalidad, además de las normas que reglamentan y desarrollan el derecho procesal en el marco jurisdiccional. (Defensora del Pueblo, s.f.)

De lo anterior, puede establecerse que la decisión a la que llegue el juez debe basarse no sólo en observancia del material probatorio que las partes aporten al proceso, sino que involucra que dicha presentación probatoria se realice de manera regular, es decir sin vulneración a los derechos fundamentales.

6. GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y PROCESO PENAL ACUSATORIO.

El sistema penal acusatorio se encuentra investido de la Constitución Política de Colombia atendiendo a lo establecido en el artículo 4 de la misma, donde se consigna la supremacía jerárquica de la constitución, indicando que cualquier incompatibilidad entre el ordenamiento y la constitución será la constitución la aplicable.

Lo anterior lleva consigo a que incluso en las actuaciones penales prime la Constitución Política de Colombia, y se brinden garantías constitucionales, protegiendo así los derechos fundamentales de las partes que integran el proceso, lo que a su vez involucra que la seguridad jurídica pueda vislumbrarse a lo largo de las actuaciones que se ejercen por parte de la administración de justicia. Dicha armonía entre el derecho penal y la Constitución Política de Colombia puede evidenciarse en el artículo 3 de la “Ley 906 de 2004”, el cual señala, que ante conflictos normativos siempre prevalecerán los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia que desarrollen derechos humanos; por ser integrados a nivel constitucional por la figura de bloque de constitucionalidad.

Lo que esto supone es el reconocimiento de la Constitución Política de Colombia en los alcances y actuaciones que surgen con el procedimiento penal, es por ello que mediante Acto Legislativo, fue modificado el Artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, y se establecieron las obligaciones y responsabilidades a cargo de la Fiscalía general de la Nación, dejando a la luz una clara posición de un sistema penal acusatorio y a su vez el indispensable papel del ente acusador en el curso del proceso para garantizar la protección de las víctimas en materia de derechos fundamentales. (Avella, 2007)

Por otro lado, la “Ley 1142 de 2007” reformó entre otras la “Ley 906 de 2004”, dejando en claro las fases que componen el sistema penal, estas son, fase de indagación, fase de investigación y etapa de juicio. La primera fase, es decir la fase de indagación, se da claridad a los hechos y aspectos más genéricos frente al posible delito teniendo en cuenta la noticia criminal; por su parte, la fase de investigación propende el fortalecimiento del material probatorio para contar con los elementos que permitan llevar a cabo la formulación de acusación.

Por último, se encuentra la fase de juicio conformada por las audiencias de acusación, preparatoria, juicio y fijación de sentencia, allí se desarrolla como tal la fase final del proceso penal dónde el material probatorio juega un papel fundamental. (Avella, P, 2007)

7. APLICACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

Una vez vista la importancia de la prueba en el proceso penal y enmarcado este último desde una perspectiva constitucional, debe decirse que la agresión sexual en cualquiera de sus modalidades atenta contra la integridad de la víctima y así mismo vulnera múltiples garantías constitucionales. Téngase presente que la “Ley 1146 de 2007” ha definido la violencia sexual de la siguiente manera:

“(S)e entiende por violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, todo acto o comportamiento de tipo sexual ejercido sobre un niño, niña o adolescente, utilizando la fuerza o cualquier forma de coerción física, psicológica o emocional, aprovechando las condiciones de indefensión, de desigualdad y las relaciones de poder existentes entre víctima y agresor.”. (Ley 1146 de 2007, art 2)

Expuesto lo anterior, es claro que la agresión sexual se presenta de diferentes formas y ha tenido diferentes regulaciones, por ejemplo, por medio de la “Ley 1236 de 2008”, fueron modificados algunos artículos del Código Penal (2000) en cuanto a los delitos de abuso sexual, que a su vez se encuentran dentro del título de “*Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*” y es que resulta evidente que con configuración de cualquier tipo de agresión sexual se atenta principalmente contra la libertad de la persona, en sentido de desconocer su voluntad, y así mismo se atenta contra su integridad al contrariar justamente dicha voluntad.

El Código de procedimiento penal (2004) en el artículo 11, ha establecido los derechos de las víctimas en el curso del proceso, dentro de los cuales se destaca el derecho a ser oídos y a poder facilitar pruebas.

Lo anterior involucra que en el curso del proceso la víctima podrá ser escuchada y así mismo incorporar por medio del ente acusador los elementos materiales probatorios que pongan en evidencia la configuración del presunto ilícito.

Ahora bien, a fin de que una prueba pueda ser tenida en cuenta, la misma debe ser argumentada ante el juez, pues tal como señala Defensoría del Pueblo, (s.f.) la eficiencia, como la equidad de la prueba se trasmite al juez mediante la fundamentación de la misma, en procura respetar la economía procesal, las pruebas no serán integradas a menos que se demuestre su, conducencia, utilidad, procedencia. De otro lado, la equidad contempla la posibilidad de que la contraparte conozca las bases del material probatorio que se allega, previo a ser integradas en el proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda claro, por un lado, que la víctima tiene derecho a aportar pruebas en el curso del proceso, y, por otro lado, que resulta de gran relevancia que en el curso del proceso se encuentre fundamentado dicho aporte probatorio.

7.1 RELEVANCIA EN MATERIA PROBATORIA DE LA LEY 1719 DEL 18 DE JUNIO DE 2014

La “Ley 1719 de 2014” resulta de gran relevancia para el tema que se ha venido abordando, pues a través de esta, se acogieron medidas a fin de asegurar el acceso a la justicia a las víctimas de este tipo de abusos sexuales, modificando algunos apartes del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal. El acceso a la justicia que se pretende va dirigido a atender y acompañar judicialmente las necesidades de la víctima, y a reconocer que en muchos casos este acceso a la

justicia puede verse impedido por varias razones, entre ellas, no contar con las pruebas en contra del victimario.

El artículo 18 de la prenombrada Ley menciona un aspecto fundamental en los casos de agresión sexual en relación con la prueba y lo que podría considerarse voluntad por parte de la víctima, estableciendo una serie de recomendaciones a fin de que los funcionarios de la justicia si bien lo consideran lo tengan en cuenta en el curso del proceso. Una de las recomendaciones resulta ser el no asumir el consentimiento por parte de la víctima con ocasión a alguna acción, comentario o expresión que esta realice, es decir que la voluntad no podrá verse en estos casos como una simple interpretación corporal o verbal; así mismo, la voluntad no podrá asumirse por el silencio o la no resistencia del afectado.

La misma Ley propende la inadmisión de la prueba si con ocasión a esta, se incentiva a cualquier tipo de señalamiento o exclusión por motivos de raza, creencias o afinidades políticas; con ello, resulta evidente que se abordan distintos conceptos que se han venido exponiendo, en esta oportunidad reconociendo la importancia de sugerir a los funcionarios un análisis probatorio que reconozca las circunstancias y particularidades de cada víctima.

Más adelante, el artículo 19 indica unos criterios que resultan ser imprescindibles para que se materialice la protección integral de garantías constitucionales en observancia con el análisis y la aplicación probatoria, dicho artículo establece que no se exigirá a la víctima la acreditación del hecho mediante una prueba física, en dicho entendido el no evidenciarse en la víctima algún rastro del abuso no representará el considerar la inexistencia del hecho, por ejemplo el no evidenciar lesiones en el cuerpo de la víctima.

De lo anterior, resulta fundamental mencionar que en estas recomendaciones se resalta la importancia de tener un espectro general en el cual se enmarca la ocurrencia de los hechos, con especial atención en aquellos sucesos los cuales se dan en un cuadro de conflicto armado, brindando así los elementos necesarios para el esclarecimiento de los hechos en el curso del proceso, sin que dichas herramientas de investigación resulten ser intrusivas para la integridad moral, física y psicológicas de la persona afectada.

A grandes rasgos, esta ley cobija también a las víctimas con orientaciones sexuales diversas, aclarando que por dicho motivo no se presumirá que se trata de algún tipo de venganza o tema pasional, aclarando que en el curso de la investigación se deberá tener como hipótesis de la existencia de los hechos con ocasión a un aspecto homofóbico.

En consideración con lo anterior, puede evidenciarse la importancia que se le da a la víctima, en sentido de reconocer los muchos factores por los cuales puede no contar con el material probatorio para demostrar la configuración de algún tipo de violencia sexual, lo cual no representa una ausencia de certeza frente a los hechos ocurridos y las garantías vulneradas.

CONCLUSIONES

En un contexto dónde los abusos sexuales no cesan y no discriminan de género, edad y raza, las instituciones y legisladores han realizado un importante esfuerzo para que no existan limitaciones en materia probatoria, un claro ejemplo de ello es la “Ley 1719 de 2014”.

Por lo anterior, resulta evidente la preocupación del legislador en cuanto a la problemática de la violencia sexual, la cual se ha intensificado a tal punto que las instituciones nacionales e internacionales se vieron en la necesidad de intervenir, aclarando, clasificando y regulando los

diferentes tipos de agresiones y sus afectaciones en una órbita personal, familiar y social, propendiendo así la mitigación de dicha conducta.

De igual manera, en materia probatoria se han tenido avances normativos los cuales incluso pueden verse como una amenaza al principio de libertad probatoria, contrario sensu, estos reconocen que en muchas ocasiones la víctima no cuenta con elementos que le permitan accionar el aparato judicial.

Los elementos para la apreciación probatoria en los casos de violencia sexual se han flexibilizado con ocasión al progreso normativos nacionales, y los convenios internacionales, mostrando a la víctima un acompañamiento más integral en materia judicial, esto gracias a la relación directa que guardan las garantías constitucionales con el proceso penal acusatorio.

REFERENCIAS

- **Legislación**

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*.

Congreso de la República de Colombia, (2000). Ley 599 del 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*.

Congreso de la República de Colombia, (2004). Ley 906 del 2004. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.

Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1146 de 2007. *Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente*.

Congreso de la República de Colombia. (2008). Ley 1236 de 2008. *Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual*.

Congreso de la República de Colombia. (2008). Ley 1257 De 2008. *Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1448 de 2011. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.*

Congreso de la República de Colombia. (2014). Ley 1719 De 2014. *Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones.*

Congreso de la República de Colombia. (2023). Ley 2081 De 2021. *Por la cual se declara imprescriptible la acción penal en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años – No más silencio.*

Congreso de la República de Colombia. (agosto de 2022). Proyecto de Ley 101. *Por medio de la cual se adoptan medidas de prevención, protección y sanción del acoso sexual, el acoso sexual digital y otras formas de violencia sexual dentro del contexto laboral, profesional y educativo, y se dictan otras disposiciones.*

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención De Belem Do Para", 06 De Septiembre De 1994. Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>

- **Doctrina**

Avella, P. (2007). *Estructura del Proceso Penal Acusatorio*. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá D.C, Colombia. Fiscalía General de la Nación. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>

Montoya, E. et al. (2015). *Derecho Probatorio*. Bogotá. D.C, Colombia Universidad Católica de Colombia

Parra, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá D.C, Colombia. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Sexta Edición.

Sáez, G. (2015). *Aproximación Histórica a los Abusos Sexuales a Menores*. EGUZKILORE, pp. 137-170

Zabaleta, Y. (2017). *La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano*. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192017000100010

- **Webgrafía**

All Survivors Project. (2020). *Informe sobre la violencia sexual contra hombres y niños relacionada con los conflictos, elaborado para la Comisión para el Esclarecimiento de la*

- Verdad, la Convivencia y la No Repetición de Colombia*. [Archivo PDF]. Recuperado de: <https://allsurvivorsproject.org/informe-sobre-la-violencia-sexual-contra-hombres-y-ninos-relacionada-con-los-conflictos-elaborado-para-la-comision-para-el-esclarecimiento-de-la-verdad-la-convivencia-y-la-no-repeticion-de-colombia/>
- Amnistía Internacional. (2011). *Violación y Violencia sexual: Leyes y normas de derechos humanos en la corte penal internacional*. Madrid, España. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/07/ior530012011es.pdf>
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2018). *Memoria Histórica con Víctimas de Violencia Sexual: Aproximación Conceptual y Metodológica*, Colombia: Panamericana Formas e Impresos S.A. Recuperado de <https://centrodehistoriahistorica.gov.co/memoria-historica-con-victimas-de-violencia-sexual-aproximacion-conceptual-y-metodologica/>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2014). *Violencia sexual en conflictos armados: preguntas y respuestas*. CICR, Recuperado de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/faq/sexual-violence-questions-and-answers.htm>
- Defensora del Pueblo. (s.f.). *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*. Recuperado de <https://litigacionoral.com/wp-content/uploads/2017/03/Modulo-de-Pruebas.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2016). *Observatorio Nacional de Violencias, ONV Colombia, Línea de Violencias de Género LVG* [Archivo PDF]. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/GCFI/guia-ross-observatorio-violencia-genero.pdf>
- Naciones unidas, CEPAL. (s.f.). *Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, Leyes de Violencia*, de <https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-de-violencia>
- Naciones Unidas de Derechos Humanos, Oficina del alto comisionado. (2023). *Normas internacionales: Relator Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños*. Human Rights 75 de <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-sale-of-children/international-standards>
- Organización Mundial de la Salud. (2013). *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres: violencia sexual*. Organización Mundial de la Salud. [Archivo PDF] Recuperado de <https://apps.who.int/iris/handle/10665/98821>
- ONU Mujeres Colombia. (s.f.). *Acerca de la Generación Igualdad*, unwomen de <https://colombia.unwomen.org/es/biblioteca/publicaciones/2020/01/beijing-plus25/about>
- ONU Mujeres Colombia. (2014). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración política y documentos resultados de Beijing+5*. Recuperado de: <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration>