

**ANALISIS DE LA APLICACION DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN
DELITOS QUE ATENTAN CONTRA LA INTEGRIDAD Y FORMACION
SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD EN EL REGIMEN PENAL
COLOMBIANO DESDE 2016 HASTA 2021**

**EMELY SAMARA DAZA PARRA
CARLOS ALBERTO QUINTERO RIVERA**

**UNIVERSIDAD DE PAMPLONA
FACULTAD DE ARTES Y HUMANIDADES
PROGRAMA DE DERECHO
TESIS DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO DE ABOGADO
PAMPLONA
2023**

**ANALISIS DE LA APLICACION DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN
DELITOS QUE ATENTAN CONTRA LA INTEGRIDAD Y FORMACION
SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD EN EL REGIMEN PENAL
COLOMBIANO DESDE 2016 HASTA 2021**

EMELY SAMARA DAZA PARRA

CARLOS ALBERTO QUINTERO RIVERA

TUTORA:

Dra. ANGELA YULIETH BEDOYA

UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

FACULTAD DE ARTES Y HUMANIDADES

PROGRAMA DE DERECHO

TESIS DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO DE ABOGADO

PAMPLONA

2023

Dedicatoria

A Dios que me dio la fuerza de persistir, al padre de mis hijos por ser esa voz de aliento que me ayuda a surgir cada día. Y a mis hijos que son el bastón que me sostiene.

Emely Samara Daza Parra

A mi señora madre Beatriz Rivera quien siempre me ha apoyado en cada camino que emprendo e inicio, a ella todos mis logros y eterna gratitud.

Carlos Alberto Quintero Rivera

Contenido

Objetivo general	7
Objetivos específicos	7
Introducción	8
Justificación	10
Descripción del problema	12
Delimitación del problema:	14
Formulación de la pregunta de investigación	14
Diseño metodológico	15
I. Conceptualizaciones en torno a la prueba anticipada en el sistema penal acusatorio colombiano.	17
El principio de la inmediación	19
Contraposición entre la práctica de pruebas anticipadas y la aplicación del principio de inmediación	21
El carácter constitucional de la prueba anticipada, y su relevante relación con el juez de control de garantías	23
Los requisitos y el doble juicio de admisibilidad que debe hacer el juez de control de garantías.	28
La prueba anticipada en declaraciones de menores	32
La cámara de Gesell en delitos sexuales	33

El principio de inmediación y la prueba anticipada como garantías de los derechos de los menores y del derecho a la defensa	34
II. Línea Jurisprudencial	37
2.1	39
2.2	39
2.3	39
2.4	41
III. Graficación de la línea jurisprudencial sobre la aplicación de la prueba anticipada en los delitos que atentan contra la integridad y formación sexual de menores de edad, según los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia	53
Análisis transversal	56
Conclusiones	61
Referencias bibliográficas	62

Índice de Figuras

Figura 1 Análisis de sentencia SP 5021-2021	39
Figura 2 Análisis de sentencia SP 934- 2020	42
Figura 3 Análisis de sentencia SP 4485-2020	43
Figura 4 Análisis de sentencia SP 4103- 2020	44
Figura 5 Análisis de sentencia SP 5295-2019	47
Figura 6 Análisis de sentencia SP 2709 - 2018	48
Figura 7 Análisis de sentencia SP 3332-2016	49
Figura 8 Nicho Citacional de Primer Nivel	53
Figura 9 Nicho Citacional de Segundo Nivel	53
Figura 10 Nicho Citacional de Tercer Nivel	54
Figura 11 Línea Jurisprudencial	55

**ANALISIS DE LA APLICACION DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN
DELITOS QUE ATENTAN CONTRA LA INTEGRIDAD Y FORMACION
SEXUAL CONTRA MENORES DE EDAD EN EL REGIMEN PENAL
COLOMBIANO DESDE 2016 HASTA 2021**

Objetivo general

Analizar el desarrollo jurisprudencial frente a los lineamientos que ha dado la Corte Suprema de Justicia para la aplicación de la prueba anticipada en los delitos que atentan contra la integridad y formación sexual contra menores de edad en los años 2016 hasta 2021.

Objetivos específicos

1. Identificar conceptualizaciones en torno a la prueba anticipada en el sistema penal acusatorio colombiano.
2. Estructurar los lineamientos jurisprudenciales dados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre la aplicación de la prueba anticipada en los delitos sexuales contra menores de edad desde el año 2016 a 2021, mediante la creación de línea jurisprudencial.
3. Graficar los resultados de la línea jurisprudencial sobre la aplicación de la prueba anticipada en los delitos que atentan contra la integridad y formación sexual donde figuran como víctimas niños, niñas y adolescentes, según los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia Colombiana.

Introducción

En el presente trabajo de investigación se hablará sobre la prueba anticipada en torno a los delitos que atentan contra la libertad y formación sexual desde los pronunciamientos judiciales que ha deprecado la Corte Suprema de Justicia Colombiana en la Sala de Casación Penal. A lo largo del texto se expondrá, de primera mano las conceptualizaciones sobre este tipo de prueba a partir de la expedición de la ley 906 de 2004 que incorpora al ordenamiento jurídico colombiano un sistema adversarial de tendencia acusatoria, en el que se tornan de especial relevancia los principios rectores de la actuación procesal, como lo son el de dignidad humana, libertad, prelación de los tratados internacionales, igualdad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia e in dubio pro reo, concentración, juez natural, doble instancia, entre otros; y destacando entre ellos el principio de inmediación bajo la definición recalcada en el artículo 16 de la ley 906 de 2004 señala que únicamente tendrá el estatus de prueba aquella que haya sido practicada, producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación durante el juicio oral y en presencia del juez de conocimiento.

No obstante, esta misma normatividad, desde la literalidad expresa en el artículo señala que existe excepción a la regla antes descrita y esta es, que dentro de circunstancias taxativas expresadas en la misma ley, se podrá tener como prueba la producida de manera anticipada durante audiencia celebrada ante juez de Control de garantías; bajo esa premisa, el legislador colombiano ha permitido desde sus cimientos la posibilidad de que existan pruebas que por su carácter excepcional deben practicarse en un escenario anterior al juicio

oral, definiendo con posterioridad las reglas para su producción y los casos de procedencia.

Es así como, en el artículo 284 del código de procedimiento penal, se encuentra que podrá practicarse anticipadamente cualquier medio de prueba previo cumplimiento de varios requisitos, de los cuales se puede destacar como causal de justificación ajustable para practicar este tipo de prueba lo contenido en el numeral 3 de dicho artículo, esto es, que se practique por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio de convicción; lo cual es congruente con el párrafo tercero de la misma disposición, que ilustra sobre la imposibilidad de solicitar por parte del juez de conocimiento la repetición de la prueba en el juicio cuando exista evidencia si quiera sumaria de revictimización y afectación emocional del testigo. Bajo estos argumentos y soportes legales, la Fiscalía General de la Nación a través de sus delegados, ha implementado la figura de la prueba anticipada practicándola especialmente en los delitos que atentan contra la libertad y formación sexuales, pues dada la connotación de esta clase de actividades delictivas y los bienes jurídicos que se afectan con la comisión de estas conductas punibles, se encuentra debidamente ajustada la norma a las necesidades de los testigos de cargo del ente acusador, quien en ultimas ha procurado evitar malestar en sus testigos, quienes por lo general ostentan a su vez la calidad de víctima.

Cimentadas estas bases argumentativas y debido a que en la praxis se ha utilizado la prueba anticipada en los delitos sexuales en donde la víctima es menor de 18 años, en el presente trabajo se realizará primeramente una conceptualización sobre esta figura procesal y las implicaciones que tiene frente a importantes principios como el de inmediación y frente al derecho de defensa y contradicción y demás aspectos relevantes cuando la víctima

ostenta la calidad de menor de edad; posteriormente se elaborará línea jurisprudencial sobre lo decantado por la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Penal, corporación que mediante providencias ha instruido a las partes procesales para la aplicación de este fenómeno a los procesos adelantados en lo que tiene que ver con los delitos atentatorios de la libertad sexual, y por último, con el fin de entender la posición dada por esta alta corporación, se graficarán los resultados obtenidos de la aplicación del método investigativo diseñado por Diego López Medina, lo cual nos dará como resultado vislumbrar con mayor claridad cuál ha sido a través de los años la posición del órgano de cierre de la justicia ordinaria colombiana en la sala penal, sobre la preferencia de implementar esta figura en los procesos que se desarrollan en torno a investigaciones sobre delitos sexuales atentatorios de los derechos sexuales de niños, niñas y adolescentes.

Justificación

La prueba anticipada, reglamentada en el sistema penal colombiano mediante el artículo 284 de la ley 906 de 2004, código de procedimiento penal, es aquella que, como su mismo nombre indica, es practicada anticipadamente o con antelación al escenario del juicio oral, siendo este último el momento en el cual, por regla general, se desarrolla la práctica de pruebas. Así las cosas, para que ello sea posible, se hace necesario cumplir con unas exigencias contempladas en la referida norma, ellas son: I. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías. II. Que sea solicitada por el Fiscal General o el Fiscal Delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112. III. que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, o que se trate de investigaciones

que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar. IV. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

Igualmente, esta figura jurídica tiene como fin la conservación y originalidad de la prueba, sacar provecho de la aproximación entre la ocurrencia de los hechos y el día en que es recepcionado el testimonio, pudiéndose aplicar en los procesos en donde se investiguen diferentes delitos, pero aplicándose con especial relevancia e incidencia, por parte del órgano jurisdiccional, en los delitos atentatorios contra la integridad y formación sexual; y dentro de este grupo, predominando esta figura, en donde son víctimas los niños, niñas y adolescentes; ello, por cuanto resulta jurídicamente viable para el ente acusador por recolectar la prueba en la etapa primigenia de la actuación procesal, por dos razones: en primer lugar, debido a las constantes retractaciones que se daban en el juicio, el cual tiene lugar, generalmente, meses o incluso años desde la denuncia, igualmente, resulta pertinente recolectar la prueba de manera previa, para evitar la revictimización del sujeto pasivo, y no tener que exponerlo a que deba rendir declaración sobre los mismos hechos, en diferentes escenarios procesales, pre procesales y en diferentes épocas.

En este orden de ideas, es importante para los actores del proceso penal, ello es, juez, partes e intervinientes, así como para la comunidad académica y estudiosos del derecho, conocer la postura de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sobre la aplicación de la prueba anticipada en los delitos sexuales, en torno a la práctica de los artículos 284 y subsiguientes del código penal, con observancia del respeto de las formas propias para garantizar la confrontación y contradicción de la prueba por parte del acusado y su defensa.

Así las cosas, la prioridad en este trabajo de investigación será recopilar la información dada por el órgano de cierre de justicia ordinaria colombiana en su sala penal; identificar los pronunciamientos más relevantes, esto es, las providencias que tengan más peso estructural dentro de la línea jurisprudencial, a fin de recalcar la importancia de pronunciamientos tales como: la sentencia fundadora de línea, sentencia hito, sentencias dominantes, dentro de las cuales se resaltan las consolidadoras y las reconceptualizadoras de línea. Ello, teniendo en cuenta que la sistematización de la jurisprudencia en torno al tema de aplicación de la prueba anticipada específicamente en los procesos adelantados por delitos sexuales siendo víctima un menor de edad.

Descripción del problema

Con la expedición de la ley 906 de 2004, por medio de la cual se implementó el sistema de tendencia acusatorio en Colombia, se introdujeron grandes novedades, entre ellas, la figura de la prueba anticipada, que según la lectura literal del artículo 284 del Código de Procedimiento Penal (en adelante C.P.P.) tiene como requisitos que se practicará ante el Juez de Control de Garantías a solicitud de la Fiscalía, la defensa del procesado, el ministerio público o la representación de víctimas, siempre y cuando existan motivos suficientemente razonables, de extrema necesidad y fundados que permitan inferir al juez que el medio probatorio podría ser alterado o que la prueba podría perderse, igualmente, debe ser practicada en audiencia pública, con las formalidades previstas en el C.P.P. para cada medio probatorio.

A su vez, este mismo sistema contempla como principios rectores de la actuación procesal penal de primera mano la inmediación, concentración, contradicción, legalidad y

juez natural; y estos buscan, en cuanto a la práctica probatoria propiamente dicha, que las pruebas de cualquier tipo, y en especial la recepción del testimonio, se desarrollen ante el juez competente para ello, con la concurrencia de las partes e intervinientes, garantizando que el acusado pueda controvertir los cargos que se le atribuyen.

En este orden de ideas, toda prueba practicada está sujeta a un control judicial, que debe respetarse, en idénticas condiciones, cuando se invoque la figura de prueba anticipada, garantizando así la contradicción del medio de prueba y el derecho de defensa.

En el caso que ocupa este estudio, se centrará la atención en el tema de la prueba anticipada testimonial que eventualmente podría practicarse dentro de un proceso adelantado por los delitos atentatorios contra la libertad y formación sexuales y en donde se constituya como víctima un menor de 18 años, según lo decantado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya que es esta corporación quien dicta el derrotero para la aplicación de esta figura procesal, haciéndose necesario conocer la postura de esta corporación, y sistematizar la información y reglas de aplicación contenidas en la jurisprudencia de esta sala; ya que aunque la prueba anticipada se encuentra regulada expresamente en la norma procedimental penal, su aplicación se ha visto relegada, motivo por el cual, la presente investigación servirá como guía para los estudiosos del derecho además de partes e intervinientes en el proceso penal, a fin de que desde su postura dentro de la actuación puedan hacer uso de este tipo de prueba cuya recepción se toma antes del escenario procesal tradicional, esto es, en el juicio oral.

Delimitación del problema:

- Conceptual

Análisis de la aplicación de la prueba anticipada en delitos sexuales siendo víctimas menores de edad desde la perspectiva de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

- Temática

Derecho procesal penal

- Espacial

Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia De Colombia.

- Temporal

Decisiones judiciales desde el año 2016 hasta el 2021.

Formulación de la pregunta de investigación

En ese orden de ideas, se hace necesario realizar el análisis del caso en torno al siguiente cuestionamiento:

¿Cuáles han sido las reglas o lineamientos dados por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal en torno a la aplicación de la prueba anticipada en los delitos sexuales en donde son víctimas menores de edad en Colombia desde el año 2016 hasta 2021?

Diseño metodológico

La metodología aplacada para este estudio se enfocará según lo propuesto por los autores Hernández, Ortega, Gómez & Franco (2017) en el libro de Metodología de la Investigación Jurídica, en donde se resaltan cuatro aspectos fundamentales a saber:

1. El aspecto teórico, ya que para resolver el problema jurídico objeto de investigación, y por la misma naturaleza del mismo, se debe abordar este desde las teorías, tesis y normatividad aplicables.
2. El análisis analítico descriptivo, en torno al estudio de una figura procesal como lo es la prueba anticipada, utilizada en los delitos sexuales en el escenario jurídico colombiano.
3. Un criterio descriptivo y explicativo, ya que se busca entender la prueba anticipada como figura funcional en el sistema procesal colombiano, desde la perspectiva dada por la Corte Suprema de Justicia.
4. Por último, la presente investigación es de carácter cualitativo, ya que se analizarán preceptos desde la comprensión y apropiación de pre saberes.

A su vez, la principal herramienta metodológica lograr el objetivo planteado en este estudio, es el diseño empleado para realizar línea jurisprudencial planteado por Diego López Medina (2012) en su libro El Derecho De Los Jueces, ya que este permite el análisis de las diferentes providencias emanadas por el órgano de cierre de justicia ordinaria colombiana, que desde el año 2016 hasta el 2021 han versado sobre la prueba anticipada en delitos sexuales.

López Medina menciona que existen tres pasos para construir línea jurisprudencial, El primero de ellos denominado punto arquimédico de apoyo, en donde se debe hallar una primera sentencia que cumpla las siguientes características, que sea lo más reciente posible, y que los hechos jurídicamente relevantes tengan el mismo patrón factico concordante con el objeto de estudio. Como segundo paso, se plantea la denominada ingeniería en reversa, que consiste en el estudio de citas, que nos remiten a otras sentencias, desde el punto arquimédico. Por último, El nicho citacional, que se forma mediante el análisis de las sentencias, generalmente, el análisis del nicho citacional no conduce a una masa amplísima de sentencias, sino que, por el contrario, termina subrayando la existencia mediante su continua citación en las sentencias investigadas de unos puntos nodales dentro del nicho citacional”. (López, 2012, p.167, p.183)

Como complemento de lo anterior, y para mayor entendimiento de estos pronunciamientos jurisprudenciales, se hará uso del método planteado por el mismo Diego López Medina (2012) para identificar la ratio decidendi de las sentencias que harán parte de este pronunciamiento.

I. Conceptualizaciones en torno a la prueba anticipada en el sistema penal acusatorio colombiano.

Abordar el presente objetivo, amerita ineludiblemente mencionar que el sistema penal acusatorio colombiano, se caracteriza por ser uno que garantiza la dignidad humana, esto significa que está fundado en esta máxima, lo cual a su vez se debe al proceso de constitucionalización. La Carta Magna de 1991 se basa en el respeto a la dignidad humana, esto se observa de principio a fin en el procedimiento penal, un claro ejemplo es el derecho fundamental al debido proceso que tiene quien es restringido de su libertad, tratase de los derechos del capturado. En concordancia con lo anterior:

El Sistema Penal Acusatorio Colombiano, creado con la Ley 906 de 2004 e implementado desde hace nueve años en nuestro país, se ha mostrado como una herramienta de evolución dentro de la gestión judicial de carácter penal, cuya intención era resolver el problema penal que existía sobre el carácter inquisitivo que no prestaba mayores garantías procesales, trayendo consigo la enunciación y aplicación de principios rectores que otorgan un enfoque que dibuja un interés más antropocéntrico que estatal (Riaño Paipilla, 2014, p. 6)

En ese sentido, las conceptualizaciones que se logren identificar respecto a la prueba anticipada en el sistema penal acusatorio colombiano, déjese en el entendido que está impregnado por la premisa mencionada tácitamente en el párrafo anterior, es decir que la dignidad humana es el fundamento principal del sistema penal acusatorio colombiano, ergo, toda figura u otros elementos que lo constituyen giran en torno a este principio fundador de los actuales ordenamientos jurídicos del mundo. Por eso identificar conceptos

en relación a la prueba anticipada debe tener en cuenta el contexto normativo. De ese modo, vale citar in extenso:

El Sistema Acusatorio Penal encuentra claramente su fundamento desde un enfoque constitucional basado en los Artículos 29 y 250 de la Carta Política, los cuales dentro de su contenido estipulan tanto la garantía de un debido proceso aplicado a todas las instancias y actuaciones en este caso, tanto judiciales como administrativas, donde las personas tengan derecho “(...) a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra (Riaño Paipilla, 2014, p. 6)

Cabe mencionar que el proceso de constitucionalización del derecho penal colombiano está relacionado con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de hecho, los derechos fundamentales son estos mismos pero constitucionalizados, de igual forma la Convención Americana de Derechos Humanos, han influenciado en la adopción de normas rectoras como el principio de inmediación por parte del sistema penal acusatorio colombiano, siendo este el más importante en lo que respecta al debate probatorio.

Asimismo, existen otros principios rectores los cuales se aplican con el fin de ser ejes transversales para cada uno de los procedimientos establecidos en las normas penales, de ese modo los jueces tienen la responsabilidad de garantizarlos, ya que su aplicación en conjunto permite el adecuado desarrollo del proceso penal acusatorio. Se observa, que el sistema penal acusatorio colombiano es esencialmente principialística procesal penal, es decir que se basa en principios fundamentales que lo definen y determinan, y en efecto las conceptualizaciones sobre la prueba anticipada también lo estarán. En este contexto resulta objeto de análisis a fin de identificar si la concepción que se ha llevado a cabo dentro de la

jurisdicción penal por parte del legislador y la jurisprudencia es concordante con estos principios rectores.

El principio de la inmediación

La importancia del principio de la inmediación en cuanto al desarrollo del presente objetivo específico radica en que esté relacionado con los fundamentos constitucionales que dieron origen a la Ley 906 de 2004, esto porque tiene la finalidad de garantizar que la práctica de pruebas se efectúe mediante audiencia pública en el momento pertinente, siendo este la etapa de juzgamiento para que la Fiscalía exponga su teoría del caso, los alegatos finales basándose de manera evidente en el debate probatorio, el cual influirá y determinará el sentido del fallo, es decir ante el juez competente y no el juez de garantías. Cabe mencionar que esta figura del juez de control de garantías es una invención resultante de la Constitución de 1991, por lo cual es menester tener presente que su función en cierto sentido es transversal.

No obstante, esto no desmerita que se observa una “contraposición entre la aplicación del principio de inmediación y la determinación de validez de la prueba anticipada y su permanencia dentro de algunos procesos” (Riaño Paipilla, 2014, p. 9) toda vez que contradice lo dispuesto por el Acto Legislativo 03 de 2002, en cuanto a la reforma en materia probatoria descarta el principio de permanencia de la prueba y enfatiza en la inmediación, oralidad y concentración como fundamentos para la práctica de pruebas. Esto en concordancia:

Sólo será prueba aquella que desfile en la audiencia del juicio oral frente al juez, de tal manera que no puede comisionarse para su práctica y se exceptiona la prueba anticipada que debió ser practicada en audiencia pública ante el juez de control de garantías (Riaño Paipilla, 2014, p. 9)

Se observa que la inmediación es relevante porque permite que en el proceso penal el juez de conocimiento construya un juicio razonable inferido de la práctica de pruebas del cual resultara la correspondiente sentencia, es decir la formación de una decisión sólida e imparcial, toda vez que propicia y garantiza la contradicción de las mismas. En ese sentido se infiere como Primera acepción, que la prueba anticipada en el sistema penal acusatorio colombiano tiene un carácter excepcional, en virtud del mencionado principio de la inmediación, es decir que la regla general es que las pruebas no pueden ser practicadas sino únicamente ante audiencia del juicio oral.

Esta regla se fundamenta en varios aspectos fundamentales del sistema penal acusatorio y busca garantizar un proceso justo y transparente. En primer lugar, la práctica de pruebas ante el juez de conocimiento asegura la imparcialidad del proceso penal. Al presenciar directamente las pruebas presentadas, el juez puede evaluar de manera objetiva la pertinencia, la credibilidad y la relevancia de cada prueba. Esto ayuda a evitar la manipulación o la distorsión de las pruebas, ya que el juez actúa como garante de la legalidad y el respeto a los derechos de todas las partes involucradas.

Asimismo, la práctica de pruebas ante el juez de conocimiento fomenta la oralidad y la contradicción en el sistema penal. Al llevar a cabo audiencias en las que se presentan las pruebas de manera verbal, se promueve un debate directo entre las partes. Esto permite que los abogados defensores y los fiscales tengan la oportunidad de interrogar a los

testigos, plantear objeciones y contrainterrogar a las personas que presentan las pruebas. Esta interacción directa contribuye a la búsqueda de la verdad y a la construcción de una decisión fundamentada en un análisis riguroso de los hechos. En virtud de lo anterior es pertinente citar in extenso:

Como se ha establecido con anterioridad que una característica esencial del sistema penal acusatorio es que solo se tiene como prueba, los actos, hechos o cosas que hayan sido ad en juicio, por lo cual la prueba anticipada, es una excepción al principio de inmediación porque se practica anticipada antes del juicio oral y no ante el juez de conocimiento, sino ante el juez de garantías (Carreño Murcia, 2014, p. 27).

Contraposición entre la práctica de pruebas anticipadas y la aplicación del principio de inmediación

Dentro del enfoque descrito, es evidente la existencia de una discusión latente en la dinámica procesal del sistema penal acusatorio, la cual ha sido poco estudiada y analizada hasta el momento. Esta discusión se centra en dos aspectos fundamentales para su desarrollo adecuado. En primer lugar, se encuentra el principio de inmediación, establecido en el Artículo 16 y considerado como el eje rector de la Ley 906 de 2014. Este principio desempeña un papel crucial en el juicio oral, específicamente en la etapa de juzgamiento del acusado, donde se lleva a cabo la fase probatoria que determinará el sentido del fallo. Por otro lado, se encuentra el aspecto material de la prueba anticipada, la cual implica el análisis y la práctica probatoria respaldada por un juez de control de garantías.

En este contexto, resulta incoherente establecer que, dentro de la normatividad vigente, el sistema que se rige por la aplicación de principios rectores pueda contradecirlos en su propio procedimiento. Esta contradicción desestabilizaría la integridad del sentido del fallo del juez de conocimiento, que se basa en el debate probatorio contenido en el juicio oral. El principio de inmediación, tal como se define, debería permitir la admisión de pruebas que se presenten durante la respectiva audiencia de juicio oral, aplicando a su vez los principios de concentración, publicidad y contradicción.

En ese sentido la Corte Constitucional aborda el tema en la Sentencia C-591, 2005 y expresa que la práctica de pruebas anticipadas, en circunstancias excepcionales no conculca el principio de inmediación de la prueba, porque si se tienen en cuenta artículos superiores como el 29 que establece entre otros, el derecho a la contradicción, lo cual si se considera que la Ley 906, 2004 crea un sistema de partes, esto significa de sujetos activos, de ese modo habilitándose la posibilidad que el imputado tienen de presentar elementos materiales probatorios desde la misma audiencia de legalización de captura. Por ende:

En materia probatoria, rigen los principios de legalidad de la prueba, contradicción y publicidad, los que se cumplen respecto de la práctica de pruebas anticipadas según lo dispone el artículo 284 del C.P.P., y, por lo tanto, la posibilidad de la práctica de estas pruebas anticipadas es una particularidad de nuestro sistema procesal penal, que se ajusta a la Constitución como pasa a explicarse (Sentencia C-591, 2005).

Según el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la prueba anticipada cumple con el principio de legalidad, ya que es decretada y practicada por una autoridad competente, en este caso, el juez encargado de controlar las garantías procesales. Esta

medida permite que se recojan medios de prueba pertinentes antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, siempre y cuando se realice ante el juez de control de garantías.

De igual forma respecto al principio de publicidad, aunque la prueba anticipada se lleva a cabo antes de la audiencia de juicio oral, debe respetar el principio de publicidad. Esto implica que, si bien la práctica de la prueba se realiza en un momento previo y puede ser reservada, en el juicio oral se debe dar a conocer su contenido y someterla al escrutinio público. De esta manera, se garantiza la transparencia y la posibilidad de que el imputado y la sociedad conozcan las pruebas en su contra.

También la prueba anticipada también se ajusta al principio de contradicción, ya que brinda al acusado la oportunidad de impugnar y controvertir las pruebas presentadas en su contra. Aunque se practique antes de la audiencia de juicio oral, el imputado puede ejercer su derecho a participar en la práctica de la prueba, cuestionar su validez, presentar contrapruebas y ejercer los recursos legales correspondientes.

El carácter excepcional de la prueba anticipada constituye una salvedad justificada y aceptable constitucionalmente al principio de inmediatez de la prueba en el juicio oral. En la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, se argumenta lo siguiente en relación a esta variedad de prueba:

Teniendo en cuenta que, desde la perspectiva del derecho comparado, incluyendo los sistemas acusatorios más puros, se reconoce la posibilidad de practicar de manera excepcional alguna prueba anticipada a la realización del juicio oral, se consagra el instituto de la prueba anticipada como una excepción al principio de inmediación (Gaceta del Congreso No. 339, 2003).

El carácter constitucional de la prueba anticipada, y su relevante relación con el juez de control de garantías

En párrafos anteriores se mencionó que la prueba anticipada guardaba una relación con la aparición de la figura de los jueces de control de garantías, no solo porque es ante estos que se considera que la práctica de una prueba es anticipada, es decir que este vínculo va más allá de la mera supervisión. En efecto está relacionado con el enfoque garantista que ha impregnado el derecho penal procesal a través del proceso de constitucionalización. El carácter garantista del proceso penal se basa en la protección de los derechos fundamentales de las personas involucradas en un proceso penal y en la preservación de su dignidad humana. En este contexto, la prueba anticipada adquiere una importancia significativa, ya que permite asegurar la efectividad de dichas garantías.

La prueba anticipada, al recopilar y preservar evidencia de manera anticipada, busca evitar que se vulneren los derechos de las partes, como el derecho a la defensa, el principio de contradicción y la presunción de inocencia. Esto se alinea con el enfoque garantista del derecho penal, que busca equilibrar el poder punitivo del Estado con la protección de los derechos individuales. En este sentido, los jueces de control de garantías desempeñan un papel fundamental al supervisar el correcto ejercicio de la prueba anticipada. Su función es asegurarse de que se respeten los derechos fundamentales de las partes y que se preserve la dignidad humana en todo momento. En ese contexto la Corte Constitucional expresa que el sistema procesal penal:

Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos

fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas (Sentencia C-591, 2005).

En ese sentido, se puede inferir que la prueba anticipada en virtud a su carácter constitucional, el cual es inferido de su relación con el juez de control de garantías, no consiste de ninguna manera en una validación, prolongación o desarrollo indirecto del principio de permanencia de la prueba, el cual la Corte Constitucional expresa el abandono de este, y explica que:

El principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral (Sentencia C-591, 2005).

De ese modo gracias a la creación del juez de control de garantías la prueba anticipada adquiere un carácter constitucional, del cual carecían las pruebas que eran practicadas por la Fiscalía, y en consecuencia tenidas en cuenta como factor determinante para el sentido del fallo, ya que se trata de un órgano no jurisdiccional. Debido a esto una prueba practicada de forma externa a un juicio oral puede tener validez probatoria, en efecto la prueba anticipada en el sistema penal acusatorio colombiano adopta la premisa “que no todos los procesos penales deben llegar a juicio oral, por lo cual deben emplearse

los mecanismos y la oralidad para lograr la terminación anticipada de estos” (Carreño Murcia, 2014, p. 5).

Es decir, el legislador no niega que en ciertas circunstancias existe la necesidad de practicar una prueba antes del juicio oral a fin de garantizar los derechos de las partes, por lo tanto, se puede inferir que la prueba anticipada entre otras cosas desarrolla los fines del principio de permanencia de la prueba, y es que las pruebas no se alteren, contaminen o se vean afectadas de alguna manera durante el proceso.

Así, se busca garantizar la confiabilidad y la solidez de las pruebas que se presentan ante el juez o el tribunal encargado de tomar la decisión final en un caso penal. Esto por ejemplo obedece a que, si la misma no se practica, cuando se este frente al juez de conocimiento la prueba ya no será útil, ya que entre otras cosas habrá desaparecido lo que se puede obtener de ella, o porque volverla a practicar representa una violación a derecho de las víctimas, esto en cuanto a los delitos de atentan contra la libertad e integridad sexual.

En síntesis, el papel del juez de control de garantías es fundamental en este contexto, ya que actúa como garante de los derechos fundamentales durante la etapa de investigación. Su intervención permite que se realice la práctica de la prueba anticipada de manera justa y equitativa, asegurando que se respeten los derechos de las partes involucradas. En otras palabras, la modificación que efectuó el Acto Legislativo 03 de 2002 al contrario de negar el problema mencionado, lo aborda brindado garantías a las partes del proceso, que otrora no.

Es menester expresar que este otorgamiento de garantías a esta etapa y eventos específicos del procedimiento penal se materializa por medio de las funciones propias del

juez de control de garantías. Se puede observar del siguiente modo, la prueba temporalmente no puede ser trasladada hasta el juicio oral frente al juez de conocimiento, pero si se puede trasladar los poderes jurisdiccionales del juez a la etapa de indagación e investigación, es decir ante un nuevo juez, el cual garantizara que la misma sea practica de la misma forma en que se haría en el juicio oral.

En ese sentido, la prueba anticipada puede considerarse como un tipo especial de comisión de prueba que se establece directamente por el legislador, en lugar de ser una facultad discrecional del juez. Lo cual se prohíbe de manera expresa en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, ya que es un medio común utilizado en los sistemas inquisitivos, así, esta característica distintiva le confiere un carácter particular en el sistema legal. Por lo tanto, la prueba anticipada difiere en este aspecto, ya que su regulación y procedimiento están previamente establecidos por el legislador en la legislación procesal penal.

De esta manera al reconocer la importancia de recopilar pruebas de manera anticipada para garantizar la efectividad del proceso penal, se ha establecido un marco normativo específico para la práctica de la prueba anticipada. Estas disposiciones legales establecen los requisitos, los procedimientos y los límites dentro de los cuales puede solicitarse y practicarse esta prueba.

Así, la prueba anticipada se convierte en una herramienta legalmente reconocida y regulada que permite a las partes recopilar y preservar pruebas antes de la etapa principal del juicio. El legislador establece las condiciones en las que se puede solicitar, como la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la práctica anticipada, el riesgo de pérdida o alteración de la evidencia, o la protección de la integridad de los testigos.

Esta particularidad de la prueba anticipada, al ser establecida directamente por el legislador, otorga certeza jurídica a las partes y al proceso penal en general. Además, proporciona una base legal sólida para su aplicación, evitando la discrecionalidad del juez y brindando un marco claro que regula su utilización.

Los requisitos y el doble juicio de admisibilidad que debe hacer el juez de control de garantías.

Se entiende por prueba anticipada aquella que es practicada en el transcurso de la investigación y hasta antes del inicio del juicio oral, esta puede ser solicitada por la defensa, la Fiscalía y el Ministerio Público, cabe mencionar que el artículo 112 del Código de Procedimiento Penal establece respecto a este último que la procedencia de la prueba anticipada no solo obedece a los requisitos consagrados en el artículo 284 ibidem, también debe haber ejercido funciones de policía judicial, de igual forma su inciso segundo remite al artículo 357 ibidem para expresar que la prueba anticipada también procede en la etapa de solicitud probatoria de la audiencia preparatoria.

De igual forma si es solicitada en la presentación del escrito de acusación, el solicitante debe informar al juez de conocimiento, de ese modo la parte interesada da a conocer su intención de recopilar pruebas de manera anticipada y establece los argumentos que respaldan la necesidad de hacerlo. Esta notificación permite al juez tener conocimiento previo de la solicitud y considerarla durante el desarrollo del proceso penal. En ese sentido la solicitud en cuestión;

Debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del acusado. El sujeto procesal debe exponer al juez de garantías su teoría del caso, que relaciona la prueba solicitada con los hechos relevantes y los efectos jurídicos que pretende demostrar. Solo así el juez puede estudiar de manera completa la pertinencia de la prueba. (Carreño Murcia, 2014, p. 27).

La doctrina sostiene que el juez de control de garantías debe realizar un doble juicio de admisibilidad al evaluar la solicitud de práctica de una prueba anticipada. Este doble juicio consiste en un juicio positivo y un juicio negativo, cada uno con su función específica. En el primero, el juez de control de garantías evalúa si se cumplen los requisitos establecidos en la legislación colombiana para admitir la práctica de la prueba anticipada.

Estos requisitos incluyen, entre otros, la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la práctica anticipada, el riesgo de pérdida o alteración de la evidencia, y la necesidad de proteger los derechos de las partes. Durante este juicio positivo, el juez analiza si la solicitud de prueba anticipada cumple con los requisitos legales establecidos en el Código de Procedimiento Penal colombiano. Se verifica si la parte interesada ha presentado fundamentos suficientes que justifiquen la necesidad y relevancia de la prueba anticipada, y si se han aportado elementos que respalden dicha solicitud.

En el juicio negativo, el juez de control de garantías examina si existen razones o argumentos que desaconsejen o impidan la práctica de la prueba anticipada. Esto implica considerar aspectos como la afectación desproporcionada de derechos fundamentales, la posibilidad de violación del principio de contradicción y cualquier otro factor que pueda afectar negativamente el debido proceso y las garantías de las partes.

En comparación con el juicio que se lleva a cabo durante el juicio oral, donde se evalúan las pruebas presentadas en ese momento, el juicio de admisibilidad de la prueba anticipada requiere un análisis más riguroso y detallado. El juez de control de garantías debe tomar una decisión anticipada sobre la práctica de la prueba, considerando todos los elementos relevantes disponibles hasta ese momento.

El juicio de admisibilidad de la prueba anticipada en Colombia implica una evaluación cuidadosa de los fundamentos legales, las circunstancias excepcionales y la necesidad de practicar la prueba de manera anticipada. Requiere un análisis exhaustivo por parte del juez para determinar si se cumplen los requisitos legales y si la práctica de la prueba anticipada es justificada y proporcional en el contexto del caso penal colombiano.

Teniendo en cuenta lo anterior entre los requisitos formales el artículo 284 ibidem dispone que se debe acreditar la solicitud en “motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, o que se trate de investigaciones que se adelanten por el delito de violencia intrafamiliar” (Ley 906, 2004) los cuales deben estar respaldados por actos de investigación o evidencia, es decir que no basta con mera afirmación, esto permite demostrar si en efecto existe una urgencia que amerite la práctica anticipada.

Por otro lado, también se debe comprobar la pérdida o alteración del medio probatorio, resulta necesario demostrar las condiciones especiales que ponen en peligro la integridad de la evidencia. Uno de los aspectos a considerar es la situación particular del testigo, que puede enfrentar amenazas a su vida o enfermedades que pongan en riesgo su disponibilidad futura para testificar. Asimismo, se debe demostrar el deterioro de la

evidencia física o de la escena del delito debido a factores ambientales o de seguridad pública.

La pérdida o alteración del medio probatorio debe ser sustentada con pruebas fehacientes y convincentes que demuestren la existencia de circunstancias excepcionales. Estas pruebas pueden incluir informes médicos que acrediten la enfermedad del testigo, testimonios de expertos que respalden el deterioro de la evidencia física o informes técnicos que evidencien el impacto de los factores ambientales en la escena del delito.

Es importante resaltar que la comprobación de la pérdida o alteración del medio probatorio debe ser rigurosa y ajustarse a los estándares establecidos por la legislación colombiana. El juez de control de garantías evaluará cuidadosamente la evidencia presentada para determinar si se cumplen los requisitos y condiciones necesarios para autorizar la práctica de la prueba anticipada.

Además de estos requisitos, también debe cumplir con los generales para todo tipo de prueba, establecidos en el artículo 376 del Código de Procedimiento Penal, para garantizar que dicha prueba cumpla con los criterios legales. En primer lugar, la prueba anticipada no debe causar un grave perjuicio indebido. Esto significa que su práctica no puede generar consecuencias desproporcionadas o injustas para ninguna de las partes involucradas en el proceso penal. El juez de control de garantías evaluará si la práctica de la prueba anticipada se ajusta a los principios de equidad y justicia.

En segundo lugar, la prueba anticipada no debe generar confusión en el proceso penal. Su presentación no debe causar ambigüedad o dificultar la comprensión de los hechos por parte de las partes, el juez y los demás intervinientes en el proceso. El objetivo

es garantizar que la prueba aporte claridad y contribuya a la búsqueda de la verdad. En tercer lugar, la prueba anticipada no debe exhibir escaso valor probatorio. Esto significa que su presentación debe ser relevante y sustancial para el caso en cuestión. El juez de control de garantías evaluará si la prueba anticipada tiene la capacidad de aportar información significativa y contribuir a la resolución del caso.

Por último, la prueba anticipada no debe ser dilatoria del procedimiento. Esto implica que su práctica no debe generar retrasos innecesarios o abusivos en el desarrollo del proceso penal. El juez de control de garantías evaluará si la solicitud de prueba anticipada tiene una justificación legítima y no pretende entorpecer indebidamente el avance del caso. De igual forma, el parágrafo 4 del artículo 284 ibidem establece un evento específico en que procede, trátase de los delitos que atentan contra el patrimonio económico del Estado, el testigo esté amenazado de muerte o este inmerso en un proceso de extradición.

La prueba anticipada en declaraciones de menores

Es importante tener en cuenta que los menores de 12 años no están sujetos a la toma de juramento durante las audiencias. En caso de que sea pertinente y necesario escuchar el testimonio de un menor, este debe realizarse por fuera de la sala de audiencias y bajo la modalidad de grabaciones, de acuerdo con el artículo 146 numeral 5 de la Ley 906 de 2004.

Esta disposición busca proteger el bienestar y la integridad de los menores, evitando someterlos a situaciones incómodas o inapropiadas en el marco del proceso penal.

Al permitir que el testimonio se realice por fuera de la sala de audiencias y mediante grabaciones, se busca crear un entorno más seguro y adecuado para el menor, garantizando así su protección y respeto a sus derechos. En concordancia cabe citar in extenso:

A partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 24468, que señaló que se podía acudir a la prueba de referencia, con la finalidad de proteger al menor y no re victimizarlo y con el fin de garantizar el pleno ejercicio de la defensa de su derecho de contradicción y para lo cual se logra así un punto de equilibrio entre los derechos niños y la legítima defensa, mediante el empleo de la cámara de Gesell, garantizando así la medidas necesarias para la protección de los derechos superiores del menor, no sometiéndolo a declarar varias veces sobre el hecho que fue víctima o que observo y lo puede perturbar en su desarrollo (Carreño Murcia, 2014, p. 27).

La cámara de Gesell en delitos sexuales

En el fallo del 27 de junio de 2007, expediente 27478, la Corte Suprema de Justicia abordó el tema de la Cámara de Gesell en relación con la prueba anticipada en el sistema penal acusatorio. Se señaló que la Cámara de Gesell es utilizada como una herramienta para facilitar la recepción de testimonios de menores víctimas de delitos, brindándoles un ambiente adecuado y evitando su revictimización.

La entrevista realizada en la Cámara de Gesell se considera una forma de prueba anticipada, ya que permite recoger el testimonio del menor de manera previa al juicio oral. En este contexto, el profesional receptor de la entrevista actúa como intermediario entre los

funcionarios judiciales y puede ser llamado como testigo para exponer sus criterios científicos y profesionales en apoyo a la Administración de Justicia.

Es importante destacar que las condiciones de realización de la entrevista en la Cámara de Gesell no constituyen requisitos de validez para la exposición del menor o para la declaración del profesional receptor. Sin embargo, estas entrevistas forenses se consideran material probatorio y su valoración dependerá del juez de conocimiento en el marco del principio de libre apreciación de la prueba.

En este sentido, la legislación colombiana, como la Ley 1652 de 2013, regula la práctica de las entrevistas forenses a través de la Cámara de Gesell y reconoce su carácter de prueba anticipada. Además, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-177 de 2014, avala la utilización de estas entrevistas como material probatorio, en virtud del interés superior del menor y el principio pro infans.

En conclusión, la Cámara de Gesell, al permitir la realización de entrevistas forenses a menores víctimas de delitos, se relaciona con la figura de la prueba anticipada en el sistema penal acusatorio. Estas entrevistas constituyen un medio para recoger de manera anticipada el testimonio de los menores, contribuyendo a preservar su bienestar y evitando la revictimización, al tiempo que se busca asegurar una adecuada valoración probatoria en el proceso penal.

El principio de inmediación y la prueba anticipada como garantías de los derechos de los menores y del derecho a la defensa

Es importante destacar que la inmediación de la prueba también se aplica a los testimonios de menores. Sin embargo, en estos casos, se deben cumplir requisitos y condiciones para garantizar la protección del menor y evitar su revictimización. Una vez que se cumplen estos requisitos, el testimonio del menor puede ser valorado en el juicio oral como una plena prueba. Esto también garantiza el derecho del acusado a contradecir la prueba como parte de su derecho a la defensa.

No obstante, el funcionario judicial puede decidir, basándose en una evaluación objetiva de las circunstancias y la condición particular del menor, que su participación sea perjudicial o genere revictimización. En tal caso, se puede renunciar a la práctica del testimonio para proteger al menor. Es importante tener en cuenta que prescindir del testimonio del menor implica la pérdida de su valor probatorio, pero se hace en aplicación del principio constitucional de la primacía de los derechos de los niños y niñas.

Por otro lado, no se puede ignorar las circunstancias temporales que se observan a partir de los elementos fácticos en dichos casos, la ocurrencia de los hechos difiere considerablemente en el tiempo del momento en que se decretan y practican las pruebas en el juicio oral. Esto puede comprometer tanto la veracidad del relato de una persona menor de edad que presuntamente es víctima o testigo, como convertirse en un elemento de revictimización para el menor, quien recuerda sucesos pasados que ha olvidado o preferiría olvidar.

En efecto, la brecha entre la ocurrencia de los hechos y la audiencia de juicio oral puede afectar el medio probatorio debido al olvido o la imprecisión factual a los que está

sujeta la memoria de los niños y niñas. Además, pueden influir las personas cercanas a ellos hasta el momento del juicio oral, y en última instancia, puede tener consecuencias negativas para la salud de la presunta víctima, que se ve obligada a enfrentar nuevamente, mucho tiempo después, hechos dolorosos que no desea o no puede recordar. Todas estas circunstancias han sido expuestas por la entidad que interpone la acción de tutela en el proceso correspondiente.

En consecuencia, la decisión de prescindir del testimonio del menor en aras de protegerlo genera un déficit probatorio en el proceso, especialmente cuando el testimonio del menor es crucial para establecer los hechos en casos donde son posibles víctimas. Por un lado, este déficit probatorio puede resultar en la pérdida de pruebas importantes por parte de la acusación, lo que podría dar lugar a posibles casos de impunidad. Por otro lado, este déficit también puede afectar el derecho a la defensa del acusado, cuya responsabilidad podría ser evaluada en base a una declaración que no ha sido sometida a contradicción.

La Corte ha reconocido que, en casos de delitos de abuso sexual contra menores, debido a las circunstancias en las que suelen ocurrir estas infracciones, es necesario recurrir en muchos casos a una prueba de indicios en la cual la declaración de la víctima adquiere una relevancia muy especial. Por lo tanto, la ausencia del testimonio del menor puede generar un desequilibrio en la valoración de las pruebas y afectar tanto la acusación como la defensa en el proceso judicial. Teniendo en cuenta lo anterior la Corte Constitucional menciona:

Ante esta eventualidad, en la que el paso del tiempo puede generar una revictimización de los menores y afectar el medio probatorio, debe tenerse en cuenta que la

estructuración y lógica del proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004, previó la posibilidad de que se practiquen pruebas anticipadamente para luego incorporarlas al juicio oral (Sentencia T-116, 2017).

Así, debido a la naturaleza de la prueba anticipada, que se realiza en una audiencia ante el juez de control de garantías y cumple con los mismos requisitos del juicio oral, es necesario aplicar medidas a favor de los menores para evitar que su testimonio afecte su salud mental, tal como se mencionó anteriormente. En este contexto, es posible que, al tener en cuenta la opinión del menor, este se niegue a rendir testimonio, o que una evaluación realizada por profesionales concluya que el testimonio es perjudicial, lo cual llevaría al juez a decidir no practicar la prueba.

Por lo tanto, la Corte establece que no existe ningún impedimento para la prueba anticipada de la práctica de un testimonio con el fin de prevenir la posible revictimización que implica hacer que un niño o una niña hable sobre hechos ocurridos hace mucho tiempo. Además, esta anticipación puede prevenir la afectación del contenido del testimonio y proporcionar al proceso pruebas que permitan la construcción del caso y garanticen la contradicción para la persona acusada, como expresión de su derecho a la defensa.

II. Línea Jurisprudencial

Este aparte corresponde al desarrollo jurisprudencial emanado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, sobre la prueba anticipada en materia de delitos sexuales, y para ello, resulta pertinente precisar lo que en Colombia se ha definido

por jurisprudencia, en sentencia emanada por la Honorable Corte Constitucional ha reseñado sobre el concepto de jurisprudencia en Sentencia C-284 de 2015:

“La jurisprudencia comprende el conjunto de decisiones adoptadas por las autoridades a quienes les ha sido atribuido el ejercicio de la función judicial, este Tribunal ha concluido que nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente en este campo, al punto de superar las apreciaciones que consideraban de manera categórica a toda la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, para reconocer ahora, la fuerza vinculante de ciertas decisiones judiciales. Con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas” (Corte Constitucional, 2015).

Es por ello que, como se ha venido recalcando, para el desarrollo de esta investigación se tendrán en cuenta los parámetros deprecados por Diego López Medina, en su libro *El Derecho de Los Jueces* (2012) indicando que, una línea jurisprudencial es una herramienta jurídica necesaria para poder identificar las subreglas que se encuentran vigentes, en este caso, en el ordenamiento jurídico de Colombia; todo ello, buscando que las sentencias o pronunciamientos judiciales sean analizados de manera sistemática y no de manera aislada, para lo cual se debe presentar una comprensión y apropiación de aspectos relevantes en el lenguaje normativo.

Así las cosas, se desarrollará el paso a paso que se propone en la obra de López Medina antes reseñada, de la siguiente manera:

2.1 **Problema jurídico:**

¿es jurídicamente viable implementar la prueba anticipada en los procesos penales que se adelanten por delitos atentatorios contra la libertad y formación sexuales?

2.2 **Polos de respuesta:**

Desde la implementación de la ley 906 de 2004 y sus posteriores modificaciones, se ha incluido en el aparato jurisdiccional se ha incorporado a nuestro sistema la figura de la prueba anticipada, correspondiendo a la Corte Suprema de Justicia, sala penal, aclarar o precisar las diferentes interpretaciones que los inferiores jerárquicos han aplicado para resolver asuntos en concreto, e igualmente dando recomendaciones a partes e intervinientes dentro de los procesos sobre la relevancia de utilizar estos instrumentos procesales de la manera adecuada, destacando requisitos propios dados por la jurisprudencia; es por ello que, como polos de respuesta se tienen:

- Se debe implementar, de manera preferente, la prueba anticipada en los procesos los procesos penales que se adelanten por delitos atentatorios contra la libertad y formación sexuales

- No se debe implementar, de manera preferente la prueba anticipada en los procesos los procesos penales que se adelanten por delitos atentatorios contra la libertad y formación sexuales

2.3 **Punto arquimédico:** López Medina señala en su libro ``El derecho de los jueces`` (2006) que el punto arquimédico tiene como función: ``ayudar en la identificación de las sentencias hito de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea`` (p.168)

Además., esta debe contar con dos características fundamentales, por un lado, que sea lo más reciente posible e igualmente, que se tengan los mismos patrones fácticos o al menos lo más parecidos posibles.

Como punto arquimédico se resalta la sentencia SP5021-2021 Radicado 58853, cuyo detalle es como sigue:

Figura 1 Analisis de sentencia SP 5021-2021

Sentencia	SP5021-2021	Fecha	10 de noviembre de 2021
Radicado	58853	De lito	acceso carnal
Magistrado Ponente	Diego Eugenio Corredor Beltrán		abusivo, actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal violento, todas las conductas agravadas y en concurso homogéneo
Hechos Jurídicamente relevantes	Se relatan en la sentencia así: “ <i>Según fue consignado en el escrito de acusación, los hechos génesis de este proceso se dieron a conocer en virtud de denuncia formulada el 29 de mayo de 2016 por P.A.G.S., quien acudió en compañía de su madre Martha Estella Suárez Piragauta, y manifestó que su papá OSCAR JAVIER GARZÓN CAÑÓN en múltiples ocasiones realizó tocamientos libidinosos sobre sus partes íntimas, y en otras oportunidades la accedió carnalmente vía vaginal y anal. Relató que no dijo nada con anterioridad, porque su progenitor le</i>		

	<i>decía que si ella lo hacía él iría a la cárcel y allí lo matarían y ella cargaría con la culpa.</i> <i>En la entrevista forenses, la víctima señaló que los abusos iniciaron desde cuando ella era muy pequeña, que primero le daba besos en el cuerpo, en sus senos y vagina, y posteriormente la accedía carnalmente.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 58853, 2021)</i>
Ratio decidendi en torno a la prueba anticipada	El ordenamiento jurídico penal ha ofrecido diversas opciones o posibilidades a la Fiscalía para manejar el testimonio de niños víctimas de delitos sexuales o de alguna otra clase de delito, entre ellos la prueba anticipada. <i>“la Sala ha hecho hincapié en la necesidad de que la Fiscalía, en cuanto sea posible, haga uso de la prueba anticipada, pues la misma permite un adecuado punto de equilibrio entre la protección de los niños y la materialización de los derechos del procesado, sin perjuicio de que facilita la obtención de una mejor evidencia, bien porque la declaración sea más cercana a los hechos, porque quede mejor documentada y porque las partes puedan formular preguntas a la luz de sus respectivas teorías, lo que, sin duda, favorece la calidad del testimonio”.</i> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 58853, 2021)

2.4 Método de ingeniería en reversa y puntos nodales:

La ingeniería en reversa según Diego López Medina (2006) consiste en: “el estudio de las citas del punto arquimédico”, y es por medio de ella que se logra determinar el nicho citacional y establecer las sentencias consideradas importantes o de gran relevancia para el

tema objeto de investigación, a su vez, al revisar este nicho citacional, se recalcan y repiten algunas providencias, como ``puntos nodales`` dentro del nicho.

Aplicando esta metodología, se logró tener como nicho citacional visto en tres niveles, de la siguiente manera:

El primer nivel que inicia con la sentencia tomada como punto arquimédico, de la cual se citaron 15 sentencias, de las cuales 9 se encuentran por fuera del tema, tres son de carácter conceptual sobre las diferentes declaraciones que se pueden rendir antes de juicio, y tres nos hablan en específico del tema de prueba anticipada.

Con ello, procedimos al segundo nivel, en el cual resaltamos las tres sentencias que han hablado directamente del tema, se encuentran las providencias:

SP 934 2020 rad 52045 del 20 de mayo 2020;

SP 4485 rad 56638 del 28 de octubre de 2020 y

SP4103-2020 rad 56919 del 21 de octubre de 2020.

Figura 2 Análisis de sentencia SP 934- 2020

Sentencia	SP 934 -2020	Fecha	20 de mayo de 2020
Radicado	52045	De lito	acceso carnal
Magistrado Ponente	José Francisco Acuña Vizcaya		abusivo, actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal violento, todas las conductas agravadas y en concurso

			homogéneo
Hechos Jurídicamente relevantes	Se relatan en la sentencia así: <i>“Entre 2004 y 2012, JULIÁN ANDRÉS PEÑA MENDOZA y su esposa Ana Isabel Pineda Sastoque convivieron en un 2 inmueble ubicado en el barrio Prado Veraniego de Bogotá. Con ellos residían también Erika Isabel Parra Pineda, M.S.O.P. y C.G.P.P., hijas de Pineda Sastoque, y J.A.P.P., descendiente común de ambos. En ese contexto, y según lo tuvo por demostrado el Tribunal, PEÑA MENDOZA realizó sobre C.G.P.P., nacida el 25 de marzo de 1997, tocamientos en sus genitales, senos y glúteos, lo cual ocurrió cuando menos en diez ocasiones y desde que la niña tenía 8 años, tanto en distintas habitaciones de la vivienda familiar como en un vehículo que el nombrado conducía con fines laborales”</i>. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 52045, 2020)		
Ratio decidendi en torno a la prueba anticipada	Nos remite a la decisión CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056, en donde se destaca literalmente: <i>“Frente a los menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas o testigos, desde ahora cabe resaltar que si la finalidad principal de la prueba anticipada es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, su procedencia en este tipo de casos es evidente, no sólo porque la práctica de varios interrogatorios puede dar lugar a la victimización secundaria, sino además porque el medio de conocimiento podría verse afectado en la medida en que el menor “haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan rememorar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por</i>		

	<i>lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones”</i> . (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 44056, 2015)
--	--

Figura 3 Análisis de sentencia SP 4485-2020

Sentencia	SP4485-2020	Fecha	28 de octubre de 2020
Radicado	56638	De lito	actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.
Magistrado Ponente	Eyder Patiño Cabrera		
Hechos Jurídicamente relevantes	Se relatan por parte de la sala de la siguiente manera: “Con informe ejecutivo del 27 de noviembre de 2013, suscrito por el Patrullero de la Policía Nacional JEFERSON CALDERON GUARIN, se allegó denuncia formulada por CLAUDIA PATRICIA MONTEALEGRE RIVERA en la que informó que su madre, PAULINA, se enteró que su hija JTPM, de 12 años de edad ¹ , le comentó a la tía SANDRA MILENA MONTEALEGRE que su padre, NELSON PEÑA ARDILA, la besó en varias oportunidades, le hizo tocamientos en sus partes íntimas, amenazándola con matar a la hermana menor si contaba lo que ocurría, y veía pornografía delante suyo. Así mismo, puso en conocimiento que esos sucesos venían ocurriendo desde que la niña tenía 9 o 10 años.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 56638, 2020)		
	Reitera la posibilidad que tiene la Fiscalía para tomar declaraciones rendidas antes del juicio y hacerlas valer como		

Ratio decidendi en torno a la prueba anticipada	prueba dentro del proceso, entre ellas siempre existiendo la viabilidad de realizar prueba anticipada, reitera lo contenido en la sentencia CSJSP, 28 oct 2015, Rad. 44056.
--	---

Figura 4 Análisis de sentencia SP 4103- 2020

Sentencia	SP 4103-2020	Fecha	21 de octubre de 2020
Radicado	56919	De lito	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Magistrado Ponente	Patricia Salazar Cuellar		
Hechos Jurídicamente relevantes	Se relatan así por parte de la Corte: <i>“La niña M.P.A., nacida el 6 de diciembre de 2006, desde muy temprana edad se fue a vivir a la finca ubicada en la vereda San Luis del municipio de San José, C., junto a sus abuelos maternos, escenario en el que, conforme a la acusación, entre los 7 y los 10 años de edad fue objeto de diferentes manipulaciones de índole sexual por parte de su abuelo OBER DE J.A., quien al parecer se valía de la familiaridad con la pequeña que tenía lejos a su señora madre y que él tenía bajo su cuidado.</i> <i>Los hechos se conocieron a principios del año 2017 cuando una docente intervino el intercambio de papelitos entre niñas de la escuela, en el que la propia M.P.A. contaba a una amiguita que estaba siendo objeto de la lascivia de su abuelo, como así mismo se lo contó en lo sucesivo a diferentes personas, entre ellas al médico legista que al realizarle la valoración sexológica halló que su himen presentaba un desgarró antiguo, propio de una maniobra de penetración”.</i> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 56919, 2020)		
	Se tratan temas como la retractación del testigo frente a lo inicialmente dicho en entrevistas o declaraciones anteriores al		

Ratio decidendi en torno a la prueba anticipada	juicio; al respecto, la Corte insta a la Fiscalía a usar las herramientas procesales que tiene para evitar este tipo de situaciones, como lo es la prueba anticipada. Si la Fiscalía se inclina por usar la prueba anticipada, esta deberá tomarse de acuerdo a las formalidades procesales que se encuentran expresas en la ley 906 de 2004, teniéndose que esta forma de practicar tiene varias bondades “en la medida en que evita una nueva victimización en el ámbito judicial, le permite a la defensa el ejercicio del derecho a la confrontación, garantiza un adecuado registro de la declaración, etcétera” (CSJ, 2020). La sala observa con preocupación el manejo inadecuado de la Fiscalía en torno a las pruebas, haciendo alusión al fallo radicado 43866 transcribiendo: <i>“Para lograr un punto de equilibrio entre la protección de los niños que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de delitos sexuales, los derechos del procesado y la calidad de la evidencia, esto último por el mejor registro de las declaraciones y la posibilidad de su depuración a partir del interrogatorio cruzado”.</i> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.56919, 2020)
--	---

Una vez ubicadas las sentencias que directamente hablan sobre el tema, se procede nuevamente a identificar las providencias citadas en cada una de ellas y realizar el mismo ejercicio, dando como resultado el nicho citacional de tercer nivel, en el que muestra los siguientes resultados:

Respecto de la sentencia SP 934-2020 se encontraron nueve sentencias, ocho de las cuales correspondían a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y una sentencia de tutela de la Corte Constitucional; de esas nueve sentencias, ocho no se relacionan con el

objeto de investigación, y una de ellas es reiterada en su literalidad, esto es, la sentencia SP-3332 -2016 radicado 43866 del 16 de marzo de 2016.

Lo que tiene que ver con la sentencia SP 4485 rad 56638 del 28 de octubre de 2020, se relacionaron nueve pronunciamientos judiciales, de los cuales siete no tiene hablan sobre la prueba anticipada y en dos si se menciona si quiera esta figura, así: SP5295-2019 radicado 55651 del 04 de diciembre de 2019; y SP-3332 -2016 radicado 43866 del 16 de marzo de 2016.

En igual sentido, respecto de la sentencia SP 4103 de 2020; se hizo alusión a ocho sentencias, de las cuales siete resultan conceptualizadoras de otros temas como la prueba de referencia y la figura de retractación, y una es citada en cuanto a tomar la prueba anticipadamente, seguidamente: SP2709- 2018 radicado 50637 del once de julio de 2018.

Corresponde ahora, realizar ficha documental de estas decisiones, a fin de esclarecer los aportes sobre el tema que es objeto de estudio, para lo cual se ubicarán cronológicamente de la más reciente a la más antigua, como sigue a continuación:

Figura 5 Análisis de sentencia SP 5295-2019

Sentencia	SP5295-2019	Fecha	4 de diciembre de 2019
Radicado	55651	De lito	Actos sexuales abusivos con menor de 14 años
Magistrado Ponente	Patricia Salazar Cuellar		
	Los define el alto tribunal de la siguiente manera: <i>“El tribunal declaró probado que el procesado, en una oportunidad, realizó actos sexuales con L.F.B.N., de 12 años de</i>		

Hechos Jurídicamente relevantes	<i>edad, consistentes en besos y tocamientos de los senos y la vagina por encima de la ropa. Los hechos, según el fallador de segundo grado, ocurrieron en el año 2012, en un lote donde estaba ubicada la residencia de la menor y donde también funcionaban talleres de mecánica y el parqueadero donde el procesado guardaba su volqueta”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.55651, 2019)</i>
Ratio decidendi en torno a la prueba anticipada	En el acápite nombrado como “apelar a la figura de la prueba anticipada, como mecanismo para equilibrar la protección de los niños y la materialización de los derechos del procesado” la Corte, luego de referirse a la sentencia rad 44056 de 2015, reseña especialmente el estudio de derecho comparado que se hizo en su momento por parte de esta corporación, y es enfática en exponer los siguientes argumentos: En el plano internacional se encuentra armonización entre los derechos del acusado y de los menores que son víctimas en delitos sexuales dado que: I.) Se evita la victimización secundaria, II.) Garantiza en medida de lo posible los derechos del acusado, III.) limita el valor probatorio de las pruebas a las que el acusado no tuvo derecho a confrontar, IV.) Limita la posibilidad de que el acusado esté en frente con el testigo, pero ejerciendo el contradictorio, V.) La grabación del testimonio sirve como forma de preservarlo y ejercer la defensa, y VI.) cuando deba tomarse el testimonio de forma anticipada debe garantizarse en la mayor medida de lo posible los derechos del procesado. Se destaca y reitera de manera literal lo contenido en sentencia Rad 44056 de 2015.

Figura 6 Análisis de sentencia SP 2709 - 2018

Sentencia	SP2709- 2018	Fecha	11 de Julio de 2018
Radicado	50637	De lito	Actos sexuales con menor de 14 años agravado por el numeral 2 del artículo 211 del C.P.
Magistrado Ponente	Patricia Salazar Cuellar		
Hechos Jurídicamente relevantes	Se traen a colación en la sentencia: “El 04 de abril de 2009, en horas de la madrugada, DIEGO ALONSO CAMPO VIDAL ingresó a la habitación de la niña M.J.G.G., de seis años de edad para ese entonces, hija de su compañera sentimental, y la sometió a actos sexuales diversos del acceso carnal. Los hechos ocurrieron en el inmueble donde residían el procesado, la víctima y la madre de esta, ubicado en zona urbana de la ciudad de Cali”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.50637, 2018)		
Ratio decidendi en torno a la prueba anticipada	Señala la Corte que, pese a que las personas comparezcan al proceso penal en calidad de víctimas, eso no implica necesariamente que se dicte sentencia condenatoria, así ello implique incluso la transgresión de los derechos del acusado. Al respecto ya se ha pronunciado la Corte en Sentencia rad 43866 de 2016 en donde se hizo alusión a la armonización entre los derechos de víctimas y las garantías del acusado. Posteriormente, se afianza lo dicho en la jurisprudencia antes decantada precisando a tenor literal:		

	<i>“En la misma decisión, se resaltó que la prueba anticipada: (i) constituye una importante herramienta para proteger o asegurar la prueba; (ii) permite la materialización de los derechos del procesado; (iii) también puede favorecer los derechos de las víctimas, no solo porque con ella se puede evitar la victimización secundaria, sino que además permite superar la restricción prevista en el artículo 381 de la ley 906 de 2004; y (iv) es notoria la tendencia del legislador a potenciar el uso de la prueba anticipada para proteger los medios de prueba sin un sacrificio desmedido de los derechos del procesado”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.50637, 2018)</i>
--	--

Figura 7 Análisis de sentencia SP 3332-2016

Sentencia	SP-3332 -2016	Fecha	16 de marzo de 2016
Radicado	43866	De lito	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por el numeral 2 del artículo 211 del C.P.
Magistrado Ponente	Patricia Salazar Cuellar		
Hechos Jurídicamente relevantes	Se toman como punto de partida por parte de la Sala penal los siguientes: <i>“El 24 de mayo de 2010 la señora EJA le pidió a LFGS que le cuidara a sus dos hijos, de tres y ocho años de edad, mientras ella iba a otro lugar a usar el internet. Una vez el niño de ocho años estaba dormido, GS le ofreció al más pequeño, P.S.J.A.1, un carro de juguete a cambio de que le dejara introducir el pene en su boca (del párvulo) y realizar otros actos sexuales que lo llevaron a eyacular. El señor GS es hijo de la compañera</i>		

	<i>sentimental del abuelo materno de la víctima y en razón de dicho parentesco tenía con el menor contacto habitual”.</i> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.43866, 2016)
Ratio decidendi en torno a la prueba anticipada	En el acápite titulado “La armonización de los derechos del acusado y los derechos de los menores, en el derecho comparado” la sala penal ilustra sobre la acogida que se ha tenido en el plano internacional para proteger los derechos de las víctimas, en especial cuando son menores de edad, y del procesado o implicado penalmente; resalta que las reglas acogidas en el plano internacional pueden servir de base para el caso de Colombia y dar solución a problemas jurídicos, como lo es el caso del Tribunal español, y el tribunal europeo de derechos Humanos TEDH, cuyo soporte es el artículo 6 del convenio europeo de derechos humanos, y que en contenido se asemeja a al de los artículos 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, convenios que ha suscrito Colombia. Del estudio de estas normas, se ha llegado a la conclusión que es posible practicar la prueba de manera anticipada cuando haya riesgo de revictimización o afectación psicológica al declarante, y en dado caso de aplicarse esta prueba con anterioridad al juicio, siempre se garantizará conocer el interrogatorio, la grabación audiovisual del testimonio, la posibilidad de confrontación por parte de la defensa durante su recepción o con posterioridad a ello. A su turno, se señala que el código de procedimiento Penal de Chile en su artículo 191, da abiertamente la posibilidad de practicar la prueba con anticipo cuando existe menor víctima de

	delitos sexuales, siempre y cuando no varíen las circunstancias que llevaron a aplicar esta excepción. En el ámbito interno, es conocido que esta figura se encuentra regulada en el artículo 284 del código de procedimiento penal, precisa la Corte literalmente las siguientes ventajas sobre la prueba anticipada: <i>“De otro lado, en este tipo de casos la prueba anticipada puede reportar beneficios importantes, en cuanto: (i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y, en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la garantía judicial mínima consagrada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial.</i> <i>A lo anterior debe sumarse que la práctica de prueba anticipada no sólo constituye una forma de protección de los derechos del acusado, sino además una forma de</i>
--	---

	<i>obtener medios de conocimiento más útiles para la toma de decisiones en el ámbito penal, lo que también favorece los intereses de las víctimas y el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.43866, 2016)</i>
--	--

No resulta procedente hacer un siguiente nivel del nicho citacional, ya que se ha encontrado la sentencia hito fundadora de línea, la cual es Radicado 43866 de 2016, que corresponde a la primera en su clase y en la que se toca el tema directamente sobre las pruebas tomadas con anticipación al juicio oral.

III. Graficación de la línea jurisprudencial sobre la aplicación de la prueba anticipada en los delitos que atentan contra la integridad y formación sexual de menores de edad, según los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia

Según los parámetros establecidos por Diego López Medina, debe diagramarse primeramente los nichos citacionales en sus diferentes niveles como se observa:

Figura 8 Nicho Citacional de Primer Nivel

SP 5021-2021														
SP	SP	SP	SP	SP	AP	AP	SP	AP	AP	AP	AP	SP	SP	SP
934-2020	5295-2020	606-2017	2709-2018	4485-2020	Rad. 32058	Rad. 46153	SC 25920	Rad. 36177	Rad. 41908	Rad. 46153	Rad. 2014	Rad. 34509	Rad. 36784	4103-2020
							de 2007	De 2011	de 2014	de 2015	de 2014	de 2013	de 2014	

- Sentencia arquimédica.
- Sentencias Relacionadas con el tema.
- Sentencias por fuera del tema.

Figura 9 Nicho Citacional de Segundo Nivel

SP 934 de 2020	SP 4485 de 2020	SP 4103 de 2020
Rad. 55651 de 2019	SP 3168 Rad. 44599 de 2019	Rad. 46153 de 2015
T-008 de 2020	SP 2709 Rad. 50637 de 2018	Rad. 50637 de 2018
Rad. 43866 de 2016	Rad. 44056 de 2015	Rad. 52045 de 2020
SP 2709 Rad. 50637 de 2018	SP 5295 Rad 55651 de 2019	Rad. 43749 de 2014
Rad. 44950 de 2017	AP Rad. 46153 de 2015	Rad. 44950 de 2014
Rad. 55651 de 2019	SP 3274 Rad. 50587 de 2020	AP Rad. 55337 de 2019
Rad. 43651 de 2018	SP 3332 Rad. 43866 de 2016	Rad. 50637 de 2018
Rad. 50825 de 2019	SP 2709 Rad.50637 de 2018	Rad. 43866 de 2016
Rad 42656 de 2017	SP 791 Rad. 47140 de 2019	--

- Sentencias encontradas en el primer nivel.
- Sentencias relacionadas con el tema.
- Sentencias por fuera del tema.

Figura 10 Nicho Citacional de Tercer Nivel

Rad. 55651 de 2019	Rad. 43866 de 2016	Rad. 50637 de 2018
Rad. 43866 de 2016	--	Rad. 43866 de 2016

- Sentencias encontradas en el Segundo nivel.
- Sentencias relacionadas con el tema.

De las figuras anteriormente dadas, podemos observar que sobre el tópico de prueba anticipada aplicada en los delitos que atentan contra la libertad y formación sexual, se ha podido establecer un nicho citacional de tres niveles, en donde al finalizar el método de ingeniería en reversa se encontró la sentencia fundadora de línea; es decir, la primera dentro del ordenamiento jurídico mediante la cual la alta Corte centró su estudio, entre otros, en este tema en específico.

Es entonces, que una vez agotada la graficación de los nichos citacionales correspondientes a tres niveles, se debe dar paso a la elaboración de la línea jurisprudencial propiamente dicha, recordando las palabras de Diego López Medina (2012):

Una línea jurisprudencial es una idea abstracta. Para ayudar a “ver” la línea jurisprudencial resulta conveniente tratar de graficarla. Puesta sobre un gráfico, una línea de jurisprudencia es una pregunta o problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional. (López, 2012)

Figura 11 Línea Jurisprudencial

¿es jurídicamente viable implementar la prueba anticipada en los procesos penales que se adelanten por delitos atentatorios contra la libertad y formación sexuales?		
Se debe implementar, de manera preferente, la prueba anticipada en los procesos los	● SP 5021- 2021 rad. 58853 ● SP 934 – 2020 rad. 52045	No se debe implementar, de manera preferente, la prueba anticipada en los procesos los

procesos penales que se adelanten por delitos atentatorios contra la libertad y formación sexuales.	● SP 4485-2020 rad. 56638 ● SP 4103- 2020 rad. 56919 ● SP 5295- 2019 rad. 55651 ● SP 2709 – 2018 rad. 50637 ● SP 3332- 2016 rad. 43866	procesos penales que se adelanten por delitos atentatorios contra la libertad y formación sexuales.
---	--	---

Estas siete decisiones que han sido objeto de análisis son consideradas de gran relevancia dentro del estudio realizado, correspondiendo ahora clasificar las mismas según lo expresado por López Medina en el derecho de los jueces (2012), de la siguiente manera:

Sentencia Fundadora de línea: SP 3332- 2016 rad. 43866

Sentencia Consolidadora de línea: SP 5295- 2019 rad. 55651

Sentencia dominante: SP 3332- 2016 rad. 43866

Sentencias reiteradoras: SP 2709 – 2018 rad. 50637; SP 4103- 2020 rad. 56919; •
SP 4485-2020 rad. 56638; SP 934 – 2020 rad. 52045; SP 5021- 2021 rad. 58853

Análisis transversal

Una vez identificadas las sentencias estructuralmente relevantes, es necesario desglosar la información aquí recolectada, teniendo en cuenta el factor cronológico, frente a lo cual se explicarán desde la providencia más reciente, denominada sentencia

arquimédica, hasta la fundadora de línea, que se publicó para el año 2016; esto tiene su razón de ser por cuanto como se puede extraer del cuadro visto con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia siempre ha mantenido el mismo criterio y ha conminado a la utilización preferencial de la prueba anticipada en delitos sexuales y en específico cuando la víctima es un niño, niña o adolescente, lo cual toma sentido si se tiene en cuenta que lo más común en este tipo de procesos es que la víctima tenga tal calidad de ser menor de edad.

De lo visto de manera inmediatamente anterior, se puede extraer que la sentencia en donde más recientemente se ha tocado el tema de prueba anticipada dentro de una investigación por delito sexual es la SP 5021- 2021 radicado 58853, siendo esta una sentencia reiteradora de lo que por más de cinco años ha expuesto la Corte, cuya tesis no ha sido reformada o modificada, sino que, a contrario sensu, con el paso de los años y en todas las decisiones adoptadas por la Corte, se observa que el patrón de decisión se acoge a la misma postura.

Lo mismo sucede con las providencias SP 934- 2020 Radicado 52045, SP 4103- 2020 radicado 56919, y SP 4485-2020 radicado 56638, en donde no se notan grandes avances sobre el tópico en cuestión; no obstante, además de reiterar lo dicho con antelación por parte de la corporación, se conmina de manera contundente a la Fiscalía General de la Nación al uso de prueba anticipada o de las diversas formas de incorporación de declaraciones anteriores al juicio, para evitar la mala praxis en los procesos e igualmente con el fin de proteger tanto a la víctima de una doble victimización, y con el fin de preservar y conservar la prueba integra, de la mejor manera posible.

Es en sentencia SP 5295-2019 que la sala penal desplegó de manera más ardua específicamente la prueba anticipada, haciendo un arduo análisis primeramente en el acápite denominado “La obligación de proteger los derechos de los niños y adolescentes no implica la eliminación de los derechos y garantías del procesado” (CSJ.2019) se recordó que el derecho de las víctimas es que efectivamente se adelante un proceso penal por los hechos objeto de denuncia, pero no lo es recibir solo por ello una sentencia condenatoria; en segundo lugar en el acápite titulado “ La incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por menores de edad que comparecen en calidad de víctimas” (CSJ.2019) se hace relación especialmente a la prueba de referencia, en específico en la calidad de tal que tiene la entrevista forense a niños, niñas y adolescentes, no obstante, finalizando se recuerda a la Fiscalía que:

“la Sala ha resaltado que el ordenamiento jurídico le brinda diferentes opciones a la Fiscalía para el manejo de los testimonios de los menores, y, asimismo, ha hecho hincapié en que el ente acusador tiene la responsabilidad de decidir el manejo que debe darle a este tipo de pruebas, según las particularidades del caso” (CSJ.2019) lo que abre paso al objeto de estudio del cual se ha interesado esta investigación, correspondiente a la prueba anticipada. Así las cosas, siguiendo con la lectura de dicha decisión, en el apartado “ Apelar a la figura de la prueba anticipada, como mecanismo para equilibrar la protección de los niños y la materialización de los derechos del procesado” (CSJ.2019), la sala penal despliega el análisis hecho en sentencias anteriores, trayendo a colación especialmente un estudio de derecho comparado, en donde se encuentra un punto de equilibrio de los derechos y garantías tanto del acusado como de la víctima, siendo procedente en varios sistemas jurídico- penales incluido el de Colombia, que se aplique la

prueba anticipada, con el cumplimiento de unos presupuestos que se encuentran expresados en cada legislación, y para el caso colombiano, lo contempla el artículo 284 del código de procedimiento penal; también se desglosa la finalidad de recolectar una prueba anticipada, que no es otra que evitar la pérdida o alteración de un medio de prueba, siendo procedente a todas luces que se implemente en los casos de violencia sexual contra menores de edad, para evitar la victimización secundaria, y por cuanto un posible proceso de superación del episodio que generó trauma, aunado a la corta edad y el paso del tiempo podrían afectar los procesos de rememoración.

Por todo lo anterior, la sentencia SP 5295-2019 Radicado 55651 se considera de vital importancia dentro de la línea, pues resulta ser la consolidadora de la misma, tocando con más profundidad la temática de prueba de tipo anticipado, haciendo un estudio completo desde diferentes perspectivas para la aplicación de la misma, y dando conclusiones contundentes sobre su procedencia, viabilidad, y compatibilidad con los derechos de los diferentes sujetos que intervienen en la actuación procesal penal.

A su turno, en la decisión SP 2709-2018 radicado 50637, la Corte es breve en referirse a este tipo de medio de prueba, tomando acápites de la decisión SP 3332-2016 radicado 43866, sin presentar grandes avances o comentarios complementarios sobre el asunto.

Como sentencia fundadora de línea, tenemos a la providencia SP 3332-2016 radicado 43866, que es hasta la fecha la decisión más importante en torno a esta temática, y que ha venido siendo reiterada de manera pacífica por el alto tribunal; como aspectos relevantes se tiene que inicialmente se hace un análisis frente al derecho de confrontación de las pruebas que tiene el acusado, incluyendo las que se practiquen en el juicio y las que

se tomaron de manera anticipada; se despliega un análisis desde el derecho comparado, empezando por las normas consagradas en tratados internacionales, para finalizar con la adaptación que ha tenido esta figura en países tales como Chile, Panamá y España, para posteriormente centrar el estudio en el artículo 284 y siguientes de la ley 906 de 2004.

En cuanto a la legislación interna y el caso colombiano, se impartieron las siguientes precisiones:

“Frente a los menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas o testigos, desde ahora cabe resaltar que si la finalidad principal de la prueba anticipada es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, su procedencia en este tipo de casos es evidente, no sólo porque la práctica de varios interrogatorios puede dar lugar a la victimización secundaria, sino además porque el medio de conocimiento podría verse afectado en la medida en que el menor “haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan rememorar, por las presiones propias del escenario judicial” (CSJ. Radicado 43866. 2016).

Se recalca que aplicar esta forma de practicar la prueba no resulta violatorio de los contemplado en la ley 1098 de 2006 y 1652 de 2013, en tanto el juez encargado de recepcionar la prueba es un juez de control de garantías que vela por los derechos del menor.

De ello, la Corte logra establecer beneficios sobre implementar esta figura dentro de los procesos sexuales en donde se tenga víctima menor de edad, como lo son darle a la defensa la posibilidad de confrontación y con ello la declaración no tendrá la calidad de prueba de referencia, la intervención de un juez garantiza que sea un acto solemne

pudiendo dirimir las diferencias que puedan presentarse al practicar el interrogatorio, la existencia de un registro permitirá que el juez de conocimiento valore el medio de prueba, permite garantizar la “ garantía judicial mínima, que se consagra en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, y que se encuentran en la reglamentación interna en los artículos 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004, que tienen que ver con el derecho de defensa, principio de concentración y principio de inmediación de la prueba.

De lo anteriormente mencionado, se extrae que, aunque en ningún expediente tenga como antecedente principal un problema jurídico en torno a la prueba anticipada o a la aplicación del artículo 284 de la codificación procesal penal vigente; la Corte ha hecho estudio de esta entidad jurídica en al menos siete pronunciamientos, siendo contundentes en resaltar su relevancia, máxime en investigaciones donde la víctima es menor de edad transgredida en su libertad y formación sexual.

Conclusiones

La prueba anticipada en el sistema penal acusatorio colombiano es un mecanismo excepcional que, a pesar de la regla general de inmediación de la prueba en el juicio oral, se justifica constitucionalmente en situaciones específicas. Este tipo de prueba, regulada directamente por el legislador, es útil para proteger los derechos de los menores y garantizar el derecho a la defensa, evitando su revictimización. Aunque se aparta del principio de inmediatez, su carácter excepcional y su relación con el juez de control de garantías la legitiman como una herramienta procesal válida en el sistema penal acusatorio colombiano, toda vez que lejos de vulnerar sus principios rectores, permite su materialización.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido de manera pacífica y ha insistido en que se debe aplicar de manera preferente la prueba anticipada en las investigaciones por delitos atentatorios contra la libertad y formación sexual, conservando una línea jurisprudencial cuyo criterio no ha variado desde la primera decisión que se pronunció al respecto en el año 2016; haciendo llamados en varias oportunidades a la Fiscalía General de la Nación sobre la posibilidad que tiene de implementar de manera preferente esta herramienta jurídica, pues resulta el punto intermedio entre los derechos de la víctimas y del acusado, garantizando la originalidad de la prueba.

La Línea jurisprudencial sobre el tema de prueba anticipada en delitos sexuales en Colombia es considerada una línea sólida y estable, en donde la Corte Suprema de Justicia Sala Penal ha venido reiterando desde el año 2016 una misma inclinación de decisión, lo que materializa la seguridad jurídica respecto del tema abordado.

Referencias bibliográficas

Acto Legislativo 03. (19 de diciembre de 2002). Congreso de la República. *Por el cual se reforma la Constitución Nacional*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No 45.040 de diciembre 19 de 2002. Obtenido de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_03_2002.html

Carreño Murcia, W. (2014). *Conveniencia de la práctica de testimonios por la Fiscalía General en las audiencias preliminares. (trabajo de grado)*. Fundación Universitaria Católica del Norte. Medellín. Obtenido de

<https://core.ac.uk/download/pdf/51194717.pdf>

Constitución Política. (4 de julio de 1991). *Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá, D.C., Colombia: Gaceta Constitucional 114 del 4 de julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". (22 de noviembre de 1969). *Organización de Estados Americanos*. Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos de San José, Costa Rica. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado-27478-07 del 27 de junio de 2007 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Bogotá D.C., Colombia. Referencia: Acta No. 109. Obtenido de https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_no_27478_de_2007.aspx

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 5021- 2021, Radicado 58853 del 10 de noviembre de 2021. M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/12/SP5021-202158853.pdf>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 934- 2020, Radicado 52045 del 20 de mayo de 2020. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Obtenido de [https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jun2020/SP934-2020\(52045\).pdf](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jun2020/SP934-2020(52045).pdf)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 4485- 2020. Radicado 56638 del 28 de octubre de 2020. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Obtenido de

<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/not/penal20/avisos/56638casacion20112020.pdf>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 4103-2020. Radicado 56919 del 21 de octubre de 2020. M.P. Patricia Salazar Cuellar. Obtenido de <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-851632859>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 5295-2019. Radicado 55637 del 04 de diciembre de 2019. M.P. Patricia Salazar Cuellar. Obtenido de <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-845670853>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 2709- 2018. Radicado 50637 del 11 de julio de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuellar. Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/07/31/sistema-penal-acusatorio-dictamen-pericial-criterios-a-tener-en-cuenta-en-su-desarrollo-y-apreciacion/>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP 3332- 2016. Radicado 43866 del 16 de marzo de 2016. M.P. Patricia Salazar Cuellar. Obtenido de [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP3332-2016\(43866\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP3332-2016(43866).pdf)

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Resolución 217 A (III). París. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Gaceta del Congreso No. 339. (23 de julio de 2003). República de Colombia. Proyecto de Ley Estatutaria número 01 de 2003. Bogotá, D.C., Colombia:

http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2003/gaceta_339.pdf

Hernández, C., Ortega, S., Ortega, P. & Franco, J. (2017). Metodología de la Investigación Jurídica.

Ley 1652. (12 de julio de 2013). Congreso de la República. *Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial 48849 de Julio 12 de 2013. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53771>

Ley 906. (31 de agosto de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

López, D. (2012). El derecho de los Jueces, Segunda Edición, Editorial Legis.

Riaño Paipilla, A. C. (2014). Práctica y valoración de la prueba anticipada ante la presunta falta de aplicación del principio de inmediación en el juicio oral penal colombiano. (*trabajo de grado*). Universidad La Gran Colombia. Bogotá, D.C., Colombia. Obtenido de <https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4746/ARTICULO%20ANGELA%20CAROLINA%20RIA%C3%91O%20PAIPILLA%20PARA%20OPTAR%20POR%20EL%20TITULO%20DE%20ABOGADA%20-%20DIPLOMADO%20TECNICAS%20.pdf?sequence=1>

Sentencia C-177. (26 de marzo de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expedientes D-9830 y D-9841, acumulados. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-177-14.htm>

Sentencia C-591. (9 de junio de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5415. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-591-05.htm>

Sentencia C-284. (13 de mayo de 2015). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Mauricio González Cuervo*. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-10455. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/C-284-15.htm>

Sentencia T-116. (23 de febrero de 2017). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez*. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-5.645.844. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-116-17.htm>